

Nº 34
Segundo trimestre
2023

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 34. Junio 2023

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y
REDALYC**

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local.



D. Jordi Gimeno Beviá

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED. Prof. Derecho Procesal

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 13

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

EL CICLO REGLAMENTARIO LOCAL: UNA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

D. José Manuel Bejarano Lucas 19

2ª Parte: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO Y DE LOS DIFERENTES CONTEXTOS: LA NECESIDAD DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS A NIVEL INTERNACIONAL EN LA MATERNIDAD SUBROGADA.

D. Angel Corredor Agulló.....93

LOS CONCIERTOS SOCIALES, NOVEDADES JURÍDICAS Y SUS IMPLICACIONES.

D. Javier Mendoza Jiménez

Dª Isabel Otilia Gutiérrez Santana.....159

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Dª. Carolina Sempere Gelardo179



LA REGULACIÓN DEL PRECIO DE LA ELECTRICIDAD Y LA INTERVENCIÓN PÚBLICA ANTE LOS DESEQUILIBRIOS DEL MERCADO	
D. Carlos Fernández-Espinar Muñoz	227
MARCO LEGAL DE LAS ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY, REMISIONES CONDICIONALES ILEGALES Y ERRORES JURÍDICOS DE JUZGADOS	
D. Salvador Moreno Soldado	301
SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO	
LA GRATUIDAD DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS ESTATALES EN MÉXICO	
D. Hilarino Aragon Matias.....	351
RESEÑA DE JURISPRUDENCIA	
EL INCUMPLIMIENTO DEL PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS POR PARTE DE LA OFERTA DEL LICITADOR NO SUPONE UNA EXCLUSIÓN AUTOMÁTICA	
D. Jaime Pintos Santiago	
D ^a . María Dolores Fernández Uceda.....	391



CUANDO LA DISCRECIONALIDAD SE VUELVE
ARBITRARIEDAD NO ES CONTROLABLE A TRAVÉS DEL
RECURSO ADMINISTRATIVO ORDINARIO.

D. Jaime Pintos Santiago

D^a. María Dolores Fernández Uceda.....401

BASES DE PUBLICACIÓN 419



EDITORIAL

En el número 34 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional siete artículos doctrinales que se suman a uno de internacional, una reseña de jurisprudencia, y una recensión de un libro, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D. José Manuel Bejarano Lucas con el artículo que lleva por título "El ciclo reglamentario local: una revisión jurisprudencial".

Aborda una visión jurisprudencial de los aspectos más relevantes que han de ser considerados en el ejercicio de la potestad reglamentaria local, y en particular en el hoy conocido como ciclo reglamentario local.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Ángel Corredor Agulló que trata un tema de máxima actualidad "Análisis de derecho comparado y de los diferentes contextos: la necesidad de instrumentos jurídicos a nivel internacional en la maternidad subrogada".

A continuación, D. Javier Mendoza Jiménez y D^a Isabel Otilia Gutiérrez Santana realizan con brillantez un análisis jurídico de "Los conciertos sociales, novedades



<http://gabilex.castillalamancha.es>

jurídicas y sus implicaciones". En concreto estudian dos recientes autos del TJUE que han venido a resolver varias cuestiones fundamentales que se refieren a la posibilidad de restringir la participación solo a entidades sin ánimo de lucro y a la validez de ciertos criterios.

D^a. Carolina Sempere Gelardo analiza minuciosamente "La modificación de los contratos del sector público". La autora hace un análisis de los distintos tipos de modificaciones contractuales en un contrato público, comenzando dicho análisis desde un punto de partida fundamental: las prerrogativas de la Administración Pública. Analiza las modificaciones previstas en los pliegos, las no previstas y la importancia, tanto de su posterior formalización, como de la publicación de las mismas, ya que, como consecuencia de los numerosos cambios que ha sufrido la LCSP respecto de la legislación previa, entre ellos las modificaciones de los contratos, a medida que sus preceptos se han ido poniendo en práctica, han ido generando nuevos retos y dudas.

A continuación, D. Carlos Fernández-Espinar Muñoz aborda un tema de máximo interés como es "La regulación del precio de la electricidad y la intervención pública ante los desequilibrios del mercado".

El último artículo de la sección nacional corresponde a D. Salvador Moreno Soldado que trata el "Marco legal de las electrocuciones de avifauna: vulneración del principio de reserva de ley, remisiones condicionales ilegales y errores jurídicos de juzgados".



La sección internacional cuenta con un trabajo de D. Hilarino Aragon Matias sobre "La gratuidad de la educación superior en las universidades públicas estatales en México".

Dentro de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez "El incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por parte de la oferta del licitador no supone una exclusión automática" y "Cuando la discrecionalidad se vuelve arbitrariedad no es controlable a través del recurso administrativo ordinario".

El Consejo de Redacción

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO**

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



**EL INCUMPLIMIENTO DEL PLIEGO DE
PRESCRIPCIONES TÉCNICAS POR
PARTE DE LA OFERTA DEL LICITADOR
NO SUPONE UNA EXCLUSIÓN
AUTOMÁTICA**

**NON-COMPLIANCE WITH THE
TECHNICAL SPECIFICATIONS BY THE
TENDERER'S BID DOES NOT
AUTOMATICALLY LEAD TO EXCLUSION.**

Dr. Jaime Pintos Santiago

Socio-Director del Despacho Jaime Pintos Abogados &
Consultores

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
en UDIMA

Funcionario de Carrera en Excedencia

Orcid: 0000-0002-1622-5162

D^a. María Dolores Fernández Uceda

Abogada Senior en Jaime Pintos Abogados &
Consultores



Especialista en Contratos Públicos

Resumen

Análisis amplio de la doctrina concordante al Acuerdo nº 454/2022, de 1 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Recurso nº 438/2022), que desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la Resolución de la Gerente de la Universidad Carlos III de Madrid, de fecha 3 de octubre de 2022, por el que se dispone la adjudicación de la contratación del "Suministro de cluster de cómputo para el Proyecto React-Predcov-Cm (Multi-source and multi-method prediction to support COVID-19 policy decision making)" (expediente nº 2022/0006148), dejando sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP, y no apreciando la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

Abstract

Comprehensive analysis of the concordant doctrine to Agreement no. 454/2022, of 1 December, of the Administrative Tribunal for Public Procurement of the Community of Madrid (Appeal no. 438/2022), which rejects the special appeal in procurement matters lodged against the Resolution of the Manager of the Carlos III University of Madrid, dated 3 October 2022, by which the award of the contract for the "Supply of computing cluster for the React-Predcov-Cm Project (Multi-source and multi-method prediction to support COVID-19 policy decision making)" (file no. 2022/0006148) was ordered,



leaving without effect the automatic suspension provided for in article 53 of the LCSP, and not appreciating the concurrence of bad faith or recklessness in the lodging of the appeal.

Palabras clave

Acceso al expediente – Lex contractus – Prescripciones técnicas – Discrecionalidad técnica – Exclusión

Keywords

Access to the dossier – Lex contractus – Technical specifications – Technical discretion – Exclusion

Sumario

- I.- Motivos de la impugnación
- II.- Consideraciones del Tribunal
- III.- Conclusiones: doctrina vinculante

I. MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

Recurrió el acuerdo de adjudicación la empresa cuya oferta resultó segunda mejor clasificada por considerar que los equipos ofertados por la empresa adjudicataria no cumplía con los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas, por lo que debió haber sido objeto de exclusión.



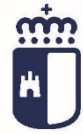
Los pliegos de la licitación no contemplaban la aportación de la documentación técnica de los equipos ofertados, si bien la Mesa de Contratación la requirió a ambos licitadores con carácter previo a la celebración de la sesión de apertura de ofertas basadas en cifras o porcentajes, aunque en el acta de la misma no se mencionaba dicha circunstancia.

La recurrente, a los efectos de fundamentar su derecho de defensa a través de un eventual recurso contra el acuerdo de adjudicación, solicitó le fuese facilitada copia de la ficha técnica del equipo ofertado por la adjudicataria, siéndole compartida a través de Google drive un documento que no era una ficha técnica sino una reproducción de las características del equipo ofertado en relación a los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas, y del que no se indicaba su procedencia.

En el recurso especial interpuesto se fundamentó desde el punto de vista técnico que los equipos ofertados por la adjudicataria no cumplían con los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas, por lo que debió ser objeto de exclusión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCAP.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, antes entrar en el fondo del asunto, hace una llamada de atención al órgano de contratación sobre el hecho de que el pliego de cláusulas



<http://gabilex.castillalamancha.es>

administrativas particulares no incluyera la obligación de presentar cualquier tipo de documentación acreditativa del cumplimiento de las prescripciones técnicas, algo que, a su juicio, genera indefensión a los licitadores y es contraria al interés público.

Señala, además, que ello no es excusable por el hecho de que en la licitación no se contemplasen criterios dependientes de juicios de valor, ya que lo único que determinaría en ese caso es el sobre en el que incluir dicha documentación técnica, como explicita la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid en su informe 1/2020, de 1 de marzo.

Y trae a colación su Resolución 434/2022 de 17 de noviembre, en la que desarrolla en qué medida tal omisión genera indefensión. En dicha resolución el Tribunal pone de manifiesto que *"el diferimiento a la recepción del suministro del examen del cumplimiento de todas las prescripciones técnicas en este suministro vulnera los principios y normas de la contratación pública, y es causa de nulidad de pleno derecho, no convalidada por la no impugnación de los pliegos. Es causa de nulidad de pleno derecho, porque deja fuera del control de los licitadores un elemento fundamental de la adjudicación, causando indefensión, vulnerando los principios de concurrencia, igualdad y publicidad, y prescindiendo del procedimiento legalmente previsto para la adjudicación."*

El diferimiento a la ejecución del contrato del estudio de todas las prescripciones técnicas deja el cumplimiento de las mismas fuera del procedimiento de contratación, y con ello del control por la Mesa, por los técnicos del



órgano de contratación, y eventualmente su fiscalización y control por los licitadores y órganos administrativos y judiciales. Por lo mismo, es contrario al interés público que se difiera a tal momento el control de un suministro de esta naturaleza. En la recepción del suministro, como se configura en el pliego, solo cabe o hacerse cargo del mismo, aunque incumpla, o resolver el contrato.

Supone que se va a llegar a la formalización, y por tanto perfección, del contrato sin determinación precisa de su objeto”.

Añade el Tribunal que, una cosa es que las prescripciones técnicas rijan la ejecución de la prestación y otra bien distinta que se prescindiera de cualquier control en fase de licitación y adjudicación, dejando la entera comprobación de la conformidad del equipo a la ejecución del contrato.

En el caso objeto del presente comentario el Tribunal de Madrid considera, no obstante, que la actuación de la mesa de contratación solicitando la ficha técnica, pese a que el pliego no requería nada, subsana esta deficiencia de los pliegos.

Entrando en el fondo del asunto, el Tribunal recuerda que la mera presentación de la proposición presume el cumplimiento por el licitador de las prescripciones técnicas y que sólo cabe concluir incumplimientos de declaraciones expresas contrarias a los pliegos técnicos en la documentación o la oferta técnica, no del silencio sobre documentación no requerida.

A continuación, el Tribunal apela a la doctrina de la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas,



<http://gabilex.castillalamancha.es>

recogida en muchas de sus resoluciones, como las nº 269/2022 de 7 de julio; 1039/2015, de 30 de octubre; 21/2014, de 17 de enero. Y también trae a colación la doctrina mantenida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que el TACP de Madrid comparte, referente a la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos. Así, por ejemplo, la resolución del TACRC nº 980/2019, 6 de septiembre, afirma que *“es doctrina reiterada del Tribunal la que atribuye a los informes técnicos de la Administración una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo pueda ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados”*.

La valoración de las ofertas tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el Tribunal considera que carece de la competencia adecuada, al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos.

Por otro lado, pone de manifiesto que para excluir a un licitador por incumplimiento de las prescripciones técnicas, como concluye el TACRC en su resolución nº 1564/2021, de 11 de noviembre, es preciso que se trate de un incumplimiento claro, palmario y evidente, que conste en la documentación. En el caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas. Si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos pero admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, ésta es la que debe imperar. Únicamente procede la exclusión cuando el incumplimiento sea expreso, de



modo que no quepa duda de que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego.

III. CONCLUSIONES: DOCTRINA VINCULANTE

Analizamos, en consecuencia, dos aspectos relevantes en lo que se refiere a la valoración de las ofertas.

Por un lado, las **consecuencias del incumplimiento de las condiciones técnicas establecidas en los pliegos**. Así, debemos tener en cuenta, como destaca el TACRC en su Resolución nº 551/2014, de 18 de julio, citada en la nº 474/2019, de 30 de abril, cuya doctrina es recordada en la Resolución nº 973/2019, de 9 de septiembre, que *“es innegable que **la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los documentos rectores de la licitación debe aparejar la exclusión del licitador**, porque ello supondría la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las condiciones previamente fijadas por la Administración y aceptados por el licitador al presentar su oferta”*.

No obstante, el Tribunal aclara que la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los documentos rectores de la licitación debe aparejar la exclusión del licitador, **siempre y cuando** concurren las premisas que la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales han ido fijando: *“que **tal incumplimiento sea expreso** (no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone*



<http://gabilex.castillalamancha.es>

abiertamente a las exigencias mínimas técnicas) y claro (debe referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el PPT y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos)”.

Por otro lado, debemos referirnos también a la **discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas**. Señala el TACRC en la Resolución nº 282/2022 de 3 de marzo que *“los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos, de que vulneran el ordenamiento jurídico vigente o que se han dictado en clara discriminación de los licitadores (Resolución TACRC nº 153/2020, de 6 de febrero, entre otras)”*

La doctrina de la discrecionalidad técnica ha experimentado una evolución en los últimos años. Debemos recordar que no es absoluta, sino que debe respetar los límites que condicionan su ejercicio. Como ponía de manifiesto el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la misma, la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están “dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados”.



Como señalaba el propio TACP de Madrid en la Resolución nº 049/2020, de 5 de febrero, *"si lo que se está revisando es el cumplimiento de las prescripciones técnicas por el licitador (que constituye una obligación legal ex artículo 139 de la LCSP) existen dos términos de comparación asequibles cuales son el Pliego de Prescripciones Técnicas y la documentación aportada por el licitador, y sí es revisable por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública la actuación del órgano de contratación, en tanto es una cuestión de legalidad, el cumplimiento de las prescripciones y su afectación a otros principios como el de igualdad de trato de los licitadores, y en cuanto no concierna al núcleo de la discrecionalidad técnica propiamente dicho"*.

Por tanto, la valoración del cumplimiento de las prescripciones técnicas por parte de la oferta del licitador efectuada por el órgano de contratación, en cuanto que se trata de una cuestión de legalidad, es revisable por parte de los Tribunales de Recursos Contractuales y no olvidemos tampoco que el juicio de veracidad y acierto se sustenta en dos premisas indisociables, cuales son, la competencia para ello y la cualificación idónea y necesaria.