

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 Muñoz227

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 Soldado301

**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".



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 34

Junio 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>

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



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

**WHEN DISCRETION BECOMES
ARBITRARINESS IT IS NOT
CONTROLLABLE THROUGH ORDINARY
ADMINISTRATIVE APPEAL.**

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 Decreto nº 2022/6783, de 21 de abril de 2022, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Marbella, que desestima el recurso potestativo de reposición interpuesto por el segundo licitador mejor clasificado contra el Decreto de adjudicación de la Concesión demanial del uso privativo de una superficie de 1.032,82 m² de zona verde publica en el Sector URP-AN-8 "La Pepina" en Marbella, para la explotación y gestión de pistas de pádel existentes en la misma (Expediente: BPAT 6/21), de fecha 16 de marzo de 2022, así como la solicitud de medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación.

Abstract

Extensive analysis of the doctrine concordant with Decree no. 2022/6783, dated 21 April 2022, of the Local Government Board of the Marbella Town Hall, which rejects the appeal for reconsideration lodged by the second best-ranked bidder against the Decree awarding the Concession for the private use of an area of 1.032.82 m² of public green area in the Sector URP-AN-8 "La Pepina" in Marbella, for the operation and management of paddle tennis courts existing in the same (File: BPAT 6/21), dated 16 March 2022, as well as the request for a provisional measure to suspend the bidding procedure.

Palabras clave



Discrecionalidad - Variantes – Subsanación – Exclusión –
Lex contractus

Keywords

Discrepancy – Variants – Correction – Exclusion – Lex
contractus

Sumario

- I.- Motivos de la impugnación
- II.- Consideraciones del órgano que resolvió el recurso
- III.- Conclusiones: doctrina vinculante

I. MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

Se licitaba la concesión demanial del uso privativo de una parcela municipal para la explotación y gestión de pistas de pádel existentes en la misma. La recurrente, que aportó informe pericial, alegó en primer lugar la inviabilidad tanto física como urbanística de la propuesta del licitador propuesto como adjudicatario, incluida en la “Memoria justificada y presupuestada de reforma y mejora de las instalaciones”, que debió ser valorada con cero puntos.

A continuación, la recurrente argumentó que en la valoración de criterios sometidos a juicio de valor, hecha por el Técnico de la Delegación de Deportes, se había excedido de la discrecionalidad técnica porque no se habían respetado las disposiciones del pliego de cláusulas administrativas, valorándose con la máxima



puntuación una propuesta que, al incluir una cuarta pista de pádel y la construcción de una caseta cerrada con tala de doce árboles, en realidad estaba desnaturalizando el objeto del contrato, consistente en la concesión del uso privativo de una superficie para la explotación y gestión de tres pistas de pádel existentes en dicha superficie, puesto que en dicha licitación no se admitían y además el pliego sólo permitía al concesionario realizar a su costa las obras necesarias para mejorar, completar y poner en funcionamiento las instalaciones entregadas por el Ayuntamiento de Marbella con el objeto de adecuarlas al destino y actividades que resultan de la concesión.

El licitador propuesto como adjudicatario no cumplimentó adecuadamente el requerimiento de acreditación de las circunstancias relativas a capacidad de obrar, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar, en los términos previstos por el artículo 150.2 LCSP. Sostenía la recurrente que el licitador propuesto como adjudicatario no había cumplimentado adecuadamente el requerimiento de acreditación de las circunstancias relativas a capacidad de obrar, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar, en los términos previstos por el artículo 150.2 de la LCSP, por lo que se debió entender que había retirado su oferta y proceder a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que habían quedado clasificadas las ofertas, lo que habría supuesto la adjudicación a la recurrente.

La recurrente había tenido acceso al expediente y pudo comprobar tanto el contenido del requerimiento de aportación de documentación como la documentación aportada por el licitador propuesto como adjudicatario.



Llamaba la atención, en primer lugar, que la documentación aportada no lo había sido, pese a indicarlo así el requerimiento, a través de la plataforma de contratación del sector público, ni tan siquiera a través de la sede electrónica municipal, y tampoco aparecía presentada a través del registro municipal físico, de manera que no podía comprobarse si había sido aportada dentro del plazo conferido para ello, lo que ya de por sí era una muestra de que en la adjudicación efectuada no se estaba cumpliendo escrupulosamente con la legalidad. Únicamente habían sido presentadas a través de la sede electrónica municipal dos cartas de pago que completaban el importe de la garantía definitiva constituida.

Por otro lado, la adjudicataria no había aportado documentación acreditativa de la solvencia económica conforme a lo estipulado en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que permitía acreditarla mediante las cuentas anuales o mediante un justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales.

En lo que respecta a la solvencia técnica, concretada en la experiencia del licitador en la gestión de, al menos, un equipamiento deportivo similar durante, al menos, los tres últimos años, la misma se podía acreditar, bien mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario fuese una entidad del sector público, o bien, cuando el destinatario fuese un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañada de los documentos obrantes en poder del mismo que



acreditasen la realización de la prestación. Pues bien, el adjudicatario aportaba una declaración manifestando disponer de esa solvencia por haber dirigido un club de pádel pero no la acompaña de documentos acreditativos de la realización de la prestación, convirtiendo la admisión de esa pretendida acreditación en un auténtico acto de fe. Y, como los "milagros" existen, un informe del mismo Técnico que valoró su propuesta relativa a criterios sometidos a juicio de valor, dio por buena esa acreditación declarando que dicho licitador había manifestado disponer de la solvencia técnica y profesional contrastada en base a la dirección de diversos centros deportivos del municipio, y que ello podía entenderse *"como una declaración del empresario, acompañado de documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización participación en competiciones oficiales"*, evacuando por ello informe favorable. Dejamos a la interpretación del lector la calificación de esta actuación.

De los certificados de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, la recurrente comprobó que el adjudicatario había presentado certificados caducados. Por otro lado, no había aportado un certificado de estar al corriente de las obligaciones tributarias expedido por la Administración local con la que se iba a contratar, como exigía el pliego de la licitación, sino un Informe positivo del Patronato Provincial de Recaudación constatando la ausencia hasta la fecha de deudas en vía ejecutiva con el Ayuntamiento. Por tanto, tampoco en este aspecto se atendió debidamente el requerimiento.



Por último, la póliza de responsabilidad civil aportada por el licitador propuesto como adjudicatario no cumplía con el importe mínimo a garantizar requerido por el pliego, de manera que tampoco atendió en este aspecto el requerimiento de acreditación. El pliego establecía que el concesionario estaba obligado a contratar una póliza que cubriera a todo riesgo las instalaciones y la responsabilidad civil frente a terceros, incluidos los daños por incendio, por un importe mínimo que garantizase la cobertura de la totalidad de la explotación.

El propio pliego de cláusulas administrativas particulares establecía, respecto a la presentación de la documentación acreditativa de la constitución de la garantía definitiva, la relacionada con la acreditación de la circunstancia de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, y la relativa póliza de responsabilidad civil, que no sería concedido plazo de subsanación alguno, de manera que, de no cumplimentarse adecuadamente dicha documentación, se entendería que el licitador había retirado su oferta, procediendo a exigirle el importe del 3% del presupuesto base de licitación, en concepto de penalidad, procediéndose a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas.

II. CONSIDERACIONES DEL ÓRGANO QUE RESOLVIÓ EL RECURSO

Desde la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las



Administraciones Públicas han incrementado las resoluciones expresas de los recursos de reposición, no por voluntad de los órganos resolutorios sino para evitar que la falta de resolución expresa de la solicitud de medidas cautelares que los pueda acompañar tenga efectos estimatorios. No obstante, se siguen resolviendo y desestimando sistemáticamente dichos recursos con la "tranquilidad" que ofrece al órgano administrativo la posibilidad de abocar al administrado a la vía contencioso-administrativa, que en muchas ocasiones tiene efectos disuasorios.

En el caso objeto del presente comentario, el órgano administrativo resolvió el recurso, desestimándolo.

En relación a la inviabilidad urbanística de la propuesta técnica de la adjudicataria que alegaba la recurrente, se limitó a señalar que se verificaría en el momento que la adjudicataria solicitase la correspondiente licencia de obras. Es decir, viene a reconocer que se valoró con la máxima puntuación una propuesta cuya viabilidad se difiere a un momento posterior a la adjudicación del contrato. Nos queda el interrogante de saber qué haría el órgano de contratación si, llegado ese momento, comprobase que la propuesta era inviable, pues ya no podría excluirla. ¿Resolvería en este caso el contrato o le permitiría modificar su propuesta a posteriori? Ahí lo dejamos.

Respecto a la desnaturalización del objeto del contrato y no admisibilidad de variantes alegadas de contrario, el órgano de contratación considera que la construcción de una nueva pista de pádel no incluida en el objeto del contrato, que recordemos era la concesión del uso



privativo de una superficie para la explotación y gestión de instalaciones tres pistas de pádel existentes en la misma, pudiendo el concesionario realizar a su costa las obras necesarias para mejorar, completar y poner en funcionamiento las instalaciones entregadas por el Ayuntamiento, con el objeto de adecuarlas al destino y actividades que resultan de la concesión, *"no resulta contrario al interés público, ni al servicio que se supone que ha de prestar la instalación deportiva que se proyecta, sino todo lo contrario"*. Entiende que *"dotar a una instalación deportiva de 4 pistas de pádel nuevas supone, evidentemente, una mejora, y en ningún caso una variante, pues no hay nuevas soluciones técnicas en la prestación, como sería el caso de construir una cancha de baloncesto u otro deporte, o destinar la superficie a un restaurante, por ejemplo"*.

Finalmente, en lo que concierne a la alegación de la recurrente relativa a que la adjudicataria no cumplimentó adecuadamente el requerimiento de aportación de documentación acreditativa en los términos del artículo 150.2 de la LCSP, el órgano de contratación considera que sí cumplió.

Señala dicho órgano que, respecto a la solvencia económica, la adjudicataria aportó póliza de responsabilidad civil por riesgos profesionales mediante el mismo documento de póliza de responsabilidad civil de la explotación, de manera que con el mismo documento cumplía tanto con la cobertura de la actividad como con la solvencia económica.

En cuanto a la solvencia profesional, señalaba que constaba en el expediente declaración del adjudicatario



en el sentido de disponer de dicha solvencia pero que no se le había requerido documentación acreditativa de la experiencia en la gestión "*por ser opcional a tenor del art.90.1 a) segundo párrafo*" y que, en cualquier caso, constaba el informe favorable del Técnico de la Delegación de Deportes al que se ha hecho mención con anterioridad, y que venía a equiparar la sola declaración de disponer de solvencia al hecho de venir también acompañada de los documentos acreditativos de la misma, convirtiéndola en acto de fe. Es decir, el órgano de contratación interpreta la ley a su antojo, incumpléndola y justificando de esa manera la falta de acreditación de la solvencia técnica del licitador. La solvencia técnica consistente en la experiencia del licitador en la ejecución de contratos de igual o similar naturaleza se acredita, bien mediante certificados de ejecución, si el destinatario de los servicios es público, o bien, tratándose de un destinatario privado, mediante certificado expedido por éste o, en su defecto, mediante una declaración del empresario acompañada de los documentos que acrediten la realización de la prestación, de manera que la acreditación no es opcional.

Por último, los certificados de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, el órgano de contratación indica que constan en el expediente otros certificados vigentes y correctos – de fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas en dicha licitación y posteriores también a la finalización del plazo de atención del requerimiento formulado con arreglo al artículo 150.2 de la LCSP -, pero que la recurrente no solicitó copia de ellos. Parece querer olvidar el órgano de



contratación que en la diligencia municipal de entrega a la recurrente de copia de la documentación se relacionaba la documentación solicitada por la misma y en ella no se especificaba la fecha de dichos certificados.

III. CONCLUSIONES: DOCTRINA VINCULANTE

Analizamos, en consecuencia, la doctrina vinculante que incide sobre dos de los aspectos relevantes del caso objeto de comentario.

En primer lugar, según el artículo 145.7 LCSP, las mejoras son las prestaciones adicionales a las definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.

Como ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdos 8/2012, de 7 de febrero y 45/2015, de 16 de abril) en aquellos años en los que sus resoluciones suponían un importante elemento pedagógico de la contratación pública: *"por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, por qué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias."*

La **diferencia entre mejoras y variantes**. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos (TACP) de la Comunidad de Madrid, en sus Resoluciones 43/2011, de



28 de julio y 39/2013, de 6 de marzo ha diferenciado del siguiente modo ambas figuras: *"Las variantes son propuestas alternativas que incorporan otras soluciones técnicas a la prestación objeto de licitación y se concretan en una proposición alternativa u opcional para el órgano de contratación respecto de la exigida en los Pliegos de condiciones, las mejoras son aquellas aportaciones extras sobre la prestación que han sido señaladas en el PCAP como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta del licitador y determinar la adjudicación a través de los criterios de valoración"*.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en su Resolución 592/2014, de 30 de julio, ha entendido que *"las variantes son ofertas que incorporan soluciones técnicas diferentes a la prestación objeto de licitación y que, manteniendo la identidad o reconocibilidad de la prestación originaria, se concretan en una proposición alternativa u opcional para el órgano de contratación respecto de la exigida en los Pliegos"*.

Por ello, según la Resolución 76/2014, de 31 de julio, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco (OARC), la variante se caracteriza por proporcionar al poder adjudicador diferentes soluciones técnicas en modo alternativo de modo que puede elegir una cualquiera de entre ellas.

Respecto de la oportunidad de utilización de las variantes es algo que obedece a la pura casuística, a la praxis, a una suerte de circunstancias, a las necesidades del órgano de contratación, a los objetivos a satisfacer con



<http://gabilex.castillalamancha.es>

esa contratación y a un largo etcétera, pero es algo que ha de figurar expresamente recogido en el PCAP, al igual que las mejoras y ni unas ni otras podrán ser tenidas en cuenta si no son expresamente recogidas.

La forma de definir y valorar las mejoras es cumpliendo todos los requisitos legales y doctrinales a los que nos hemos referido y para ello la única forma es su valoración como criterio evaluable de forma automática, no sometidas por tanto a juicio de valor, pues resulta imprescindible formular los requisitos y condiciones a los cuales deben ajustarse tales mejoras, con el fin de que los licitadores conozcan en todo momento los parámetros en los cuales se pueden mover para la elaboración y presentación de sus ofertas. Asimismo, es evidente que las mejoras y variantes son figuras jurídicas distintas.

En segundo lugar, la **discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas**, respecto a la que la doctrina es unánime, pudiéndose traer a colación la Resolución nº 189/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que señalaba que la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor por parte de la Mesa de contratación, constituye una manifestación particular de la denominada "discrecionalidad técnica" de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de las Mesas de contratación al valorar criterios subjetivos o dependientes de juicios de valor.



Por su parte, la Resolución 159/2012 de ese mismo Tribunal manifestaba que *"sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental cabe entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación -seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde-, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar "un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos"*.

Y en la Resolución 368/2016, de 13 de mayo de 2016, declaraba dicho Tribunal que *"los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores; en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias, de modo que, fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración"*.

Recordemos que la motivación suficiente del informe técnico de valoración de ofertas lo



convierte en inatacable. La debida motivación¹ del informe técnico de valoración garantiza que el juicio emitido haya sido fundado en elementos de carácter eminentemente técnico², conforme con los criterios y subcriterios establecidos tanto en el pliego de condiciones como en el de prescripciones técnicas, sin que se advierta indicio alguno de arbitrariedad, dolo, ilegalidad o error manifiesto de ningún tipo, que

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2015 (Roj 3391)2015): *"la motivación del acto no nos permite examinar la entraña de la decisión técnica, producto de la indicada discrecionalidad técnica, y sustituir ese juicio técnico por el que expresa el recurrente o el propio tribunal. Lo que nos permite la motivación, en definitiva, es controlar que efectivamente se ha puesto de manifiesto, de forma comprensible, las razones de la puntuación expresada, y además, que esa decisión no es arbitraria, no incurre en desviación de poder, no se opone a los principios generales del derecho, o incurre en defectos de índole formal"*.

² Resolución 93/2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco: *«el control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina "**núcleo material de la decisión**", esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos»*.



operarían como límites a la discrecionalidad técnica y en cuyo incumplimiento podría basarse un eventual recurso.

El control de la motivación debe comenzar analizando si la misma es suficiente³. La motivación debe dar plena razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción del acto; sus elementos básicos, cuando el acto motivado es la adjudicación, son la descripción de los aspectos de las ofertas sobre los que se emite la valoración, el juicio valorativo que éstos merecen y la puntuación que, en consecuencia con todo ello, corresponde a cada proposición, de acuerdo con los criterios de adjudicación previamente establecidos en los Pliegos⁴. Una vez satisfechos estos requisitos mínimos, no hay obligación de que la motivación se sujete a un esquema formal concreto⁵. Pensemos pues si en el informe del expediente en cuestión objeto de análisis se cumple si quiera alguno de los anteriores hitos.

³ Resoluciones 52/2013 y 93/2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

⁴ Resolución 130/2015 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

⁵ Resolución 72/2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.