

Nº 29
Primer trimestre 2022

Gabilex

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



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

Número 29. Marzo 2022

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.

Secretaría de Gobierno Local.

D. Jordi Gimeno Bevia

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

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..... 12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA IMPLANTACIÓN DE LA CONTRATACIÓN
ELECTRÓNICA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL
D^a Josefa Hernández Martínez 23

LAS DECLARACIONES RESPONSABLES Y SU INCIDENCIA
EN LAS BAJAS DESPROPORCIONADAS
D. José María Moreno Muñoz..... 68

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
D. Daniel Valenzuela Ortego 115

LOS ANIMALES COMO NUEVOS MIEMBROS DE LA
FAMILIA
D. Antonio Garrido García 159

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA
JURISPRUDENCIA ARGENTINA
D. Luis Eduardo Rey Vázquez.....177

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

LA VARIACIÓN DEL MODELO DE OFERTA QUE NO
ALTERE SU SENTIDO NO ES SUSTANCIAL Y NO
COMPORTA EXCLUSIÓN DE LA OFERTA
D. Jaime Pintos Santiago
D^a. María Dolores Fernández Uceda.....217

INDEFENSIÓN EN EL ACCESO AL EXPEDIENTE POR LA
NEGATIVA A LA TOMA DE FOTOGRAFÍAS. LÍMITES A LA
DISCRECIONALIDAD TÉCNICA
D. Jaime Pintos Santiago
D^a. María Dolores Fernández Uceda231

BASES DE PUBLICACIÓN 243

EDITORIAL

En el número 29 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cuatro artículos doctrinales que se suman a un trabajo de la sección internacional, y dos reseñas de jurisprudencia, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D^a. Josefa Hernández Martínez, finalista del II premio Gabilex con el artículo que lleva por título "La implantación de la contratación electrónica en la administración local". El artículo está enfocado al estudio y análisis de la implantación de la e-contratación, o contratación electrónica, en el Sector Público Local español, con especial referencia a las Entidades Locales de municipios de menos de 20.000 habitantes (PYMEL).

A continuación, D. José María Moreno Muñoz, finalista del II premio Gabilex, analiza en un interesante y profuso trabajo "Las declaraciones responsables y su incidencia en las bajas desproporcionadas". es un estudio sobre el carácter de "presunción de veracidad" de las declaraciones de los operadores económicos en un procedimiento de licitación, especialmente de aquellas no contrastadas por no ser las adjudicatarias, y su incidencia en la consideración de las bajas desproporcionadas.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Daniel Valenzuela Ortego que aborda con maestría, la responsabilidad patrimonial de la administración en la contratación pública.

D. Antonio Garrido García en su artículo “Los animales como nuevos miembros de la familia”, se centra en realizar un glosario de las diferentes reformas que ha conllevado la nueva Ley 17/2021, del 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

La sección internacional cuenta con un trabajo de D. Luis Eduardo Rey Vázquez que hace una reflexión sobre “Los contratos administrativos en la jurisprudencia argentina”. Un interesante artículo que hará las delicias de los lectores.

Por último, este número se cierra con la reseña de jurisprudencia que brillantemente tratan D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, al comentar dos resoluciones de tribunales administrativos de contratación pública. En concreto, “La variación del modelo de oferta que no altere su sentido no es sustancial y no comporta exclusión de la oferta” y La indefensión en el acceso al expediente por la negativa a la toma de fotografías. límites a la discrecionalidad técnica”

El Consejo de Redacción

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

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

INDEFENSIÓN EN EL ACCESO AL EXPEDIENTE POR LA NEGATIVA A LA TOMA DE FOTOGRAFÍAS. LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

Dr. Jaime Pintos Santiago

Jaime Pintos Santiago
Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo,
Director Título Especialista en Contratos Públicos,
Director Título Experto Gestión Fondos Next Generation
y
Director del Grupo de Investigación Contratación
Pública e-stratégica i-ntegral UDIMA.
Socio-Director del Despacho Jaime Pintos Abogados &
Consultores
Funcionario de Carrera en Excedencia

D^a. María Dolores Fernández Uceda

Abogada en Jaime Pintos Abogados & Consultores
Especialista en Contratos Públicos

I. EL CASO

Se trata de la Resolución nº 96/2020, de 13 de mayo de 2020 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias (RCLSE 001-2020-SUM-GUAGUAS MUNICIPALES, S.A.), que DESESTIMA la reclamación en materia de contratación – sujeta a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre

procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales - interpuesta por don A.S.T.A. en nombre y representación de la entidad mercantil SEBASTIÁN TEJERA, S.L. contra la Resolución del Presidente del Consejo de Administración de GUAGUAS MUNICIPALES, S.A., de fecha 9 de marzo de 2020, por la que se resuelve la adjudicación del concurso público relativo al suministro, por lotes, de la uniformidad del personal de la entidad Guaguas Municipales, S.A. para el periodo 2019-2022, respecto al lote 1, a la mercantil El Corte Inglés S.A.

II. LA CUESTIÓN DE FONDO

Entre las cuestiones controvertidas en esta resolución, centraremos únicamente el análisis en torno al acceso al expediente de contratación¹ y al informe técnico de valoración de las ofertas.

La mercantil recurrente, tras recibir el informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor, solicitó el acceso a las muestras presentadas por el resto de licitadores y la información técnica presentada por éstos, dándosele acceso al expediente por el órgano de contratación pero sin permitírsele realizar fotografías de las muestras y de la documentación del expediente, en espera de elevar la consulta sobre ese extremo a sus Servicios Jurídicos.

Un día después, la recurrente volvió a solicitar el acceso al expediente para la realización de fotografías de las

¹ Véase también PINTOS SANTIAGO, J. y CARRODEGUAS MÉNDEZ, R. *"El acceso al expediente de contratación pública"*, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 9/2021, Thomson Reuters Aranzadi.

muestras y de la documentación del expediente, solicitud que fue posteriormente denegada por el órgano de contratación por considerar que ya se le había dado *"acceso completo y libre a las muestras y documentación solicitada y durante el tiempo que precisó, pudiendo tomar nota de cuanto observó, sin ningún tipo de limitación o impedimento"*. No obstante, el órgano de contratación solicitó acta notarial de presencia en la que figurasen fotografías de las muestras presentadas por las empresas participantes en la licitación, con el fin de facilitárselas al que posteriormente sería recurrente, cosa que no llegó a suceder por interponer este último recurso con antelación a la finalización del plazo para ello y sin tiempo material para el órgano de contratación pusiera dichas fotografías a su disposición.

Adjudicado el contrato, la recurrente solicitó el desglose de la oferta económica de cada licitador, documentación que le fue facilitada por el órgano de contratación.

Finalmente, interpuso recurso especial contra la resolución de adjudicación, siendo una de sus pretensiones la anulación de la misma y la rectificación del informe de valoración de los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor en lo concerniente a la valoración de su oferta. Alegaba que el sistema de valoración de ofertas no había resultado del todo transparente, que denotaba falta de formalidad a la hora de valorar la información que se acredita con las fichas técnicas, así como la indefensión que le había generado el no habersele permitido la toma de fotografías solicitada.

El órgano de contratación, en el informe acerca de las cuestiones planteadas en el recurso, señalaba, respecto al acceso al expediente y la negativa a la toma de fotografías, que tanto el contenido de la resolución de

adjudicación como las actas de los órganos de selección e informes de valoración, hechos públicos y notificados a las licitadoras, además de la vista y acceso al expediente de contratación completo otorgado a la recurrente, incluidas las fichas técnicas y muestras, que pudo examinar durante la visita, evidenciaban que en ningún modo se había impedido la formulación del recurso, cuya simple lectura manifestaba detalles tanto de las muestras como de la documentación técnica de la que se había servido la recurrente en la fundamentación del recurso.

En cuanto a la petición de rectificación del informe de valoración, manifestaba su improcedencia por cuanto se había cumplido escrupulosamente con la obligación de motivación como requisito formal de los actos administrativos en los que es preceptiva, y no se había infringido ninguno de los principios jurídicos limitadores de la actividad discrecional de la Administración, especialmente los de igualdad de trato y no discriminación e interdicción de la arbitrariedad.

III. LA DOCTRINA CONTRACTUAL

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias analiza la solicitud de acceso al expediente de licitación y la negativa del órgano de contratación a que la licitadora recurrente realice fotografías de las muestras presentadas por los restantes licitadores.

A juicio del Tribunal, la petición de acceso al expediente y la voluntad de realizar fotografías a las muestras se produjo una vez conocido por la recurrente el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor, y su finalidad era la de formarse un juicio acerca de si la

evaluación había sido correcta o si adolecía de irregularidades que fundamentasen la impugnación del acto.

El Tribunal hace hincapié en el hecho de que la licitadora recurrente tuvo acceso al expediente, aunque en dicho acto no se le permitió hacer fotografías, y que en el momento de presentar la reclamación en materia de contratación puso de manifiesto la negativa del órgano de contratación a la toma de fotografías pero no reiteró al Tribunal la petición, como prevé el artículo 29 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En relación al acceso al expediente, señala que *"es un derecho instrumental al de tutela judicial efectiva y por tanto el ejercicio de aquél sólo puede entenderse conectado a éste. En el presente caso, el acceso al expediente, en el que se integran las muestras y la posibilidad de analizar éstas era suficiente para conocer los motivos y razonamientos que habían llevado al órgano de contratación a asignar los puntos entre los licitadores, sin que **la no realización de las fotografías** de las prendas en aras a formular la presente reclamación, a juicio de este Tribunal, **no le ha generado indefensión, prueba de ello, es que no solicitó el acceso al expediente a efectos de completar la reclamación presentada"***.

Y respecto a la petición de rectificación del informe de valoración efectuada por la recurrente, el Tribunal de Recursos Contractuales Canario hace previamente una detallada alusión al criterio jurisprudencial y doctrinal sobre la discrecionalidad técnica de los órganos de

valoración y recuerda la necesidad de motivación de los actos de discrecionalidad técnica de la Administración, motivación que permite controlar además si la decisión es arbitraria, errónea o discriminatoria.

Tras analizar tanto el contenido del PCAP como el informe de valoración del criterio relativo a las muestras, determina que **"el recurrente, con las alegaciones efectuadas, no ha evidenciado que las manifestaciones vertidas en el informe de valoración sean erróneas, vulneren el ordenamiento jurídico vigente o hayan sido evaluados en clara discriminación de los licitadores. No alega falta de motivación de éste, sino disconformidad con su contenido. Respecto a éste, sus alegaciones se han limitado a realizar un juicio de valor distinto al emitido por el órgano evaluador y también distinto al emitido por El Corte Inglés, S.A. y reconocer que las muestras por éstos aportados presentaban determinados errores o defectos que perfectamente podrían ser corregidos a posteriori, en atención a los requerimientos del órgano de contratación. Es por ello, que no puede prosperar este motivo de impugnación, pues la valoración de las prendas contenidas en el informe de valoración, se encuentra suficientemente motivada, obteniendo puntuación todas ellas, si bien en mayor o menor medida en atención a la mayor comodidad y ergonomía de las prendas y a su mejor grado de terminación a juicio del órgano evaluador, aspectos que no pueden ser valorados por este Tribunal por entrar dentro del ámbito de la discrecionalidad del evaluador"**.

IV. LAS CONSECUENCIAS PARA LA PRÁCTICA

Primera: la vista del expediente no conlleva necesariamente la toma de fotografías.

Lo relevante en cuanto al acceso al expediente contractual es que el mismo se haya producido con todas las garantías, más allá de la toma de fotografías. Así lo tiene declarado la doctrina mayoritaria vinculante: *"en todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que **no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso**"* (fundamento jurídico sexto de la Resolución nº 741/2018, de 31 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

En el mismo sentido puede verse el fundamento jurídico tercero del acuerdo 32/2017, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por "CESPA, Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A." contra la adjudicación del contrato de limpieza viaria del Ayuntamiento de Pamplona, en el que con los matices del caso concreto el Tribunal resuelve que: *"En este caso, no se advierte indefensión, dado que la entidad ha accedido al expediente..."*, todo ello tras analizar el concepto de la indefensión.; el fundamento jurídico segundo de Resolución nº 166/2019 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en el que se recoge el derecho a la posibilidad de copias del expediente en aquello que no vulnere la confidencialidad, pero se llega a la misma conclusión: *"Por todo ello, debe concluirse que no se ha vulnerado el derecho de acceso al expediente por parte del órgano de contratación..."*, y

de manera similar, después de una explicada y estructurada doctrina, concluye que lo importante es la garantía de acceso al expediente; el fundamento jurídico octavo de Resolución nº 221/2016, en la que tras la reiteración de doctrina propia llega a la misma conclusión, siendo el acceso al expediente instrumental del derecho de defensa, lo importante es que dicho acceso se haya producido con todas las garantías, más allá de la específica obtención de copias, copias que en el caso que nos ocupa son equiparables a las fotografías; o la Resolución nº 717/2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuyo fundamento jurídico octavo se pronuncia en similares términos que los anteriores.

En definitiva, todas nos vienen a decir que *"en todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso"* (Resolución nº 741/2018). Y en esta misma línea doctrinal determina que lo imprescindible no es la copia o fotocopia (o fotografía) de la documentación, sino su verdadero acceso al mismo con todos los derechos y garantías. Es decir, lo verdaderamente nuclear es determinar en qué medida la limitación de copias (o fotografías) ha podido generar indefensión si el recurrente ha tenido acceso suficiente y garantizado al expediente.

Segunda: la motivación suficiente del informe técnico de valoración de ofertas lo convierte en inatacable

La debida motivación² del informe técnico de valoración garantiza que el juicio emitido haya sido fundado en elementos de carácter eminentemente técnico³, 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 operarían como límites a la discrecionalidad técnica y en cuyo incumplimiento podría basarse un eventual recurso.

² 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"*.

³ 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»*.

El control de la motivación debe comenzar analizando si la misma es suficiente⁴. 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 Pliegos⁵. Una vez satisfechos estos requisitos mínimos, no hay obligación de que la motivación se sujete a un esquema formal concreto⁶.

⁴ Resoluciones 52/2013 y 93/2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

⁵ Resolución 130/2015 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

⁶ Resolución 72/2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.