

Las variantes y mejoras en la contratación del sector público¹

Héctor Cuesta Calleja

RESUMEN

La contratación del sector público está presidida, entre otros principios, por los de transparencia, igualdad de trato y no discriminación, estando dirigida al cumplimiento de los fines institucionales de sus entes integrantes mediante la satisfacción de sus necesidades. Pues bien, para determinar quién va a ser adjudicatario se ha utilizado, con carácter general, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa que tiene en cuenta, entre otros criterios, las variantes y mejoras para su definición. Este trabajo tiene por objeto exponer las líneas generales del régimen de las variantes y las mejoras y su aplicación práctica por distintos poderes adjudicadores del sector público.

- 1 Trabajo fin del III Máster de Contratación Pública Local impartido en el Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid.

Abreviaturas, siglas y acrónimos: art.: artículo; arts.: artículos; CCCA AND: Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía; JCCA Aragón: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; JCCA CAN: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias; JCCA CAT: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña; JCCA ESTADO: Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; JCCA Madrid: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid; JRCA MURCIA: Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia; LCAP: Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; LCSE: Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre proce-

ABSTRACT

Public sector hiring is governed, among other principles, by transparency, equal treatment and non-discrimination, and is intended to fulfill the institutional goals of its member entities by meeting their needs. Well then, in general terms, the criterion of the most economically advantageous tender has been used in order to determine who will be the contract awardee, taking into account, among other criteria, the variations and improvements to its definition. This work aims to expound upon the general guidelines of the legal regime of variations and improvements and its practical application by different contracting authorities in the public sector.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. RÉGIMEN POSITIVO DE LAS VARIANTES Y MEJORAS. 1. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. A. Directivas 92/50, 93/36 y /37/CEE. B. Directivas 2004/17 y /18/CE. C. Directivas 2014/23, /24 y /25/UE, de 26 de febrero. 2. REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. A. Normativa anterior a la LCAP. B. Normativa desde la LCAP hasta la LCSP. C. Normativa desde la LCSP hasta el TRLCSP. D. Otra normativa. E. Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público. III. DISTINCIÓN ENTRE VARIANTES Y MEJORAS. 1. CONCEPTO DE AMBAS FIGURAS. 2. PROHIBICIÓN DE PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES SIMULTÁNEAS. 3. ÁMBITO SUBJETIVO. 4. REQUISITOS COMUNES DE LAS VARIANTES Y MEJORAS. A. Procedimientos en los que se puede autorizar la presentación de variantes o mejoras. B. Publicidad de la autorización de la presentación de las variantes o mejoras. C. Concreción de los requisitos y condiciones de las variantes o mejoras. D. Vinculación al objeto del contrato. 5. PARTICULARIDADES DE LAS VARIANTES. A. Fijación de un presupuesto base de licitación para la oferta base y otro distinto para las variantes. B. Las variantes y la división en lotes del contrato. 6. PARTICULARIDADES DE LAS MEJORAS. A. Ampliación del objeto mediante las mejoras. B. Falta de presentación de mejoras por los licitadores. C. Oferta de mejoras no previstas en el pliego ni en el anuncio de la licitación. 7. LAS «OFERTAS INTEGRADORAS». A. Concepto, naturaleza y ámbito de aplica-

.....

dimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; OARCE: Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi; RD: Real Decreto; RGLCAP: Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; TACPA: Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; TACPCM: Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TRLCAP: Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; TRLCSP: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; TS Tribunal Supremo; TSJ Tribunal Superior de Justicia.

ción. **B. Requisitos y límites. 8. EFECTO DE LA INCORRECTA CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS VARIANTES O MEJORAS EN EL PLIEGO Y EN EL ANUNCIO DE LA LICITACIÓN. IV. ANÁLISIS PRÁCTICO DE LA UTILIZACIÓN DE VARIANTES Y MEJORAS. V. CONCLUSIONES. VI. ANEXO DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. 1. INFORMES DE JUNTAS CONSULTIVAS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. 2. RESOLUCIONES DE ÓRGANOS ENCARGADOS DE LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. 3. RESOLUCIONES JURISDICCIONALES.**

I. INTRODUCCIÓN

La contratación del sector público debe respetar y garantizar los «principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa» [art. 1 del TRLCSP].

Junto a estos principios, a lo largo del TRLCSP aparecen otros que, aunque no estén enunciados en su art. 1, también son de especial trascendencia. Uno de ellos es el del art. 86 que impone que el objeto de los contratos del sector público sea determinado. Ello tiene como consecuencia esencial que los licitadores, primero, al formular sus proposiciones, y el adjudicatario después al ejecutar las prestaciones contractuales, han de respetar escrupulosamente todas y cada una de las prescripciones técnicas y obligaciones contractuales en la forma que han sido configuradas en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares.

A ello se añade que el objeto del contrato debe ser idóneo con la naturaleza de las finalidades que se pretenden satisfacer con su ejecución, recordando que solamente se pueden celebrar contratos para el cumplimiento de los fines institucionales de los entes del sector público que promuevan la contratación [art. 22 del TRLCSP]. La competencia para fijar las necesidades a satisfacer y la idoneidad del contrato para ello es una cuestión que corresponde única y exclusivamente al ente del sector público que promueve el contrato² y no a los posibles licitadores.

.....

2 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, del TSJ del País Vasco de 27 de marzo de 2015 [recurso 744/2013].

De esta manera, los licitadores en general y el adjudicatario en particular no pueden introducir variaciones en la determinación del objeto contractual pues ello corresponde en exclusiva al ente contratante del sector público. Sin embargo, el propio TRLCSP regula algunos supuestos en los que sí resulta admisible la variación o alteración de las determinaciones del objeto contractual por parte de los licitadores, y es en aquellos supuestos de autorización de presentación de las variantes y mejoras.

En efecto, estas dos figuras, reguladas con parquedad por el TRLCSP, permiten que los licitadores, al elaborar sus proposiciones, puedan alterar una parte de las definiciones del objeto contractual, siempre que ello esté expresamente autorizado por el órgano de contratación y se definan con claridad todos sus requisitos, terminándose así de configurar con la adjudicación del contrato la integridad de la prestación contractual.

Esta necesidad de correcta identificación de las variantes y mejoras es consecuencia de la obligación de transparencia de la contratación del sector público, que implica la obligación de dar a los eventuales licitadores toda la información necesaria para poder adoptar la decisión de participar o no en la licitación, pues han de conocer cómo pueden elaborar su proposición y cómo van a ser valoradas.

Al analizar, fundamentalmente, las resoluciones de los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación y los informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas y sus órganos homólogos de las Comunidades Autónomas, resulta que se utiliza, en muchos supuestos, las figuras de las variantes y mejoras sin respetar su régimen jurídico, circunstancia que puede venir dada, por un lado, de la aludida parquedad de su regulación en el TRLCSP y, por otra, de la tradición de nuestro Derecho que permitía una absoluta indeterminación en su configuración, que es contraria a la normativa del Derecho de la Unión Europea por vulnerar los principios antedichos.

Ante las dudas que suscita el régimen de las variantes y mejoras, en este trabajo se pretende exponer de una forma sistemática los requisitos, condiciones y límites que tienen ambas figuras en la contratación del sector público.

II. RÉGIMEN POSITIVO DE LAS VARIANTES Y MEJORAS

1. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

A. Directivas 92/50, 93/36 y /37/CEE

Iniciaremos el estudio de las directivas partiendo de aquellas que fueron transpuestas íntegramente a nuestro ordenamiento interno a través de la LCAP, a saber: Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coor-

dinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Estas tres Directivas reguladoras de la contratación pública permitían que, cuando el criterio de adjudicación era el de la oferta económicamente más ventajosa³, los poderes adjudicadores pudieran tomar en consideración las variantes que hubieran presentado los licitadores, cuando dichas variantes respondiesen a los requisitos mínimos exigidos por dichos poderes adjudicadores. Estos debían mencionar en los pliegos de condiciones las condiciones mínimas que debían reunir las variantes así como las modalidades de su presentación. Si no se autorizaban las variantes, debía indicarse igualmente en el anuncio del contrato [art. 24 de la Directiva 92/50/CEE; art. 16 de la Directiva 93/36/CEE; y art. 19 de la Directiva 93/37/CEE].

B. Directivas 2004/17 y /18/CE

La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, de Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que fue objeto de transposición al ordenamiento interno mediante la LCSP, se ocupa de las variantes en su art. 24, señalando que los poderes adjudicadores podrán autorizar su presentación en los procedimientos en los que el criterio de adjudicación sea la oferta económicamente más ventajosa⁴, indicándose en el anuncio de licitación, considerándose que si no se indica no se autoriza. En los pliegos deberán recogerse sus requisitos mínimos y las modalidades para su presentación.

Finalmente, se establece la imposibilidad de rechazar una variante cuya presentación estaba autorizada, motivando el rechazo exclusivamente en que el contrato de suministros se convierta en un contrato de servicios o viceversa por el hecho de admitir la variante.

Por otro lado, al regularse la utilización de la subasta electrónica, se prevé que si se ha autorizado la presentación de variantes, deberá proporcionarse fórmulas distintas para cada variante [art. 54.5].

En línea con lo expuesto, la Directiva 2004/17CE, de 31 de marzo, de Coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del

.....

3 Actual procedimiento con pluralidad de criterios de adjudicación del art. 150 del TRLCSP.

4 Actual procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación del art. 150 del TRLCSP.

agua, la energía, los transportes y los servicios postales⁵, lleva a cabo una regulación similar de las variantes [art. 36], conteniendo idéntica previsión para el caso de admitirse su presentación en la subasta electrónica [art. 56].

C. Directivas 2014/23, /24 y /25/UE, de 26 de febrero

Estas tres Directivas, que derogan las anteriores Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, tienen un plazo de transposición al Derecho de cada uno de los Estados miembros que finaliza el próximo 18 de abril de 2016.

La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, proclama que los poderes adjudicadores deben generalizar con mayor frecuencia la autorización de presentación de variantes, dada la importancia de la innovación tecnológica [considerando 48].

En el art. 45 se prevé que los poderes adjudicadores podrán autorizar o exigir a los licitadores la presentación de variantes, debiéndose publicar en el anuncio de licitación y estar vinculadas al objeto del contrato. Los requisitos mínimos y las modalidades en las cuales se podrán presentar las variantes habrán de estar previstas en los pliegos del contrato, siendo preciso que los poderes adjudicadores se aseguren que los criterios de adjudicación son aplicables del mismo modo a las variantes presentadas que a la oferta base que presenten los licitadores.

Finalmente, se establece la imposibilidad de rechazar una variante cuya presentación estaba autorizada, motivando el rechazo exclusivamente en que el contrato de suministros se convierta en un contrato de servicios o viceversa por el hecho de admitir la variante.

La Directiva 2014/25/UE contempla una regulación similar a la directiva 2014/24/UE, pues regula de manera muy parecida el régimen de las variantes o alternativas en los llamados «sectores excluidos».

Sin embargo, en la Directiva 2014/23/UE no se incorpora expresamente ningún precepto relativo a las variantes y mejoras, al contrario de lo que sucede con las otras dos Directivas, lo cual no quiere decir que no resulte de aplicación a los contratos de concesión de obras o de servicios. Consideramos que las líneas esenciales del régimen de las variantes y de las mejoras de las otras dos Directivas también son aplicables a la de concesiones, en tanto servirán para identificar la oferta económicamente más ventajosa.

.....

5 Esta Directiva fue transpuesta al derecho español mediante la LCSE.

2. REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

A. Normativa anterior a la LCAP

Los conceptos de variantes y mejoras no surgen expresamente en nuestro ordenamiento jurídico hasta la entrada en vigor de la LCAP, pues no se halla regulación alguna con tal denominación acerca de estas figuras ni en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, ni en el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, ni en el Reglamento de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

Indirectamente encontramos alusión a estos conceptos, por una parte, en la Ley de Contratos del Estado, pues su art. 36.3 permitía que los licitadores, en los concursos, presentaran modificaciones que pudieran hacer más conveniente la ejecución del contrato, dentro de los límites establecidos en el pliego de cláusulas administrativas.

Por su parte, en el Reglamento de Contratación del Estado, al enumerar en el art. 113 los supuestos en los que procedería la utilización del concurso⁶ parece que aludía a la admisibilidad de las variantes, pues uno de los casos en que se admitía la utilización del concurso sería cuando el órgano de contratación considere que el proyecto puede ser mejorado mediante otras soluciones técnicas. Además, el art. 115 permite que los licitadores puedan presentar una sola proposición pero con soluciones distintas para la ejecución del proyecto.

Fuera de estos casos, que son muy semejantes a las variantes, dándose amplia libertad de actuación a los licitadores y a las Administraciones contratantes, la regulación de las variantes y mejoras, más o menos pormenorizada y acertada, no llega a la normativa de la contratación pública hasta la entrada en vigor de la LCAP a la que pasamos a referirnos inmediatamente.

B. Normativa desde la LCAP hasta la LCSP

a) *Regulación de la LCAP*

La LCAP no contenía mención alguna a las mejoras, refiriéndose únicamente a las variantes –que indistintamente denomina «alternativas»– en su art. 88, integrado dentro de la subsección 3^a de la Sección 2^a del Capítulo VII del Título III del Libro I, dedicada a la regulación de los concursos⁷. En ese precepto se

.....

6 Actual procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación del art. 150.2 del TRLCSP.

7 Actual procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación del art. 150.2 del TRLCSP.

admitía que las variantes podrían ser tenidas en consideración por el órgano de contratación en el caso de ser presentadas por los licitadores con arreglo a los requisitos y modalidades contemplados en los pliegos y en el anuncio de la licitación. A lo que se añadía que, si no fueran admitidas, así se debería consignar expresamente en los pliegos.

Sin embargo, esta concepción inicial de las variantes fue modificada con la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas⁸, pues redactó nuevamente este precepto pasando a admitirse las variantes siempre y cuando se autoricen expresamente en el pliego y en el anuncio de licitación, resultando preciso fijar sus requisitos y condiciones.

b) *Regulación en el TRLCAP*

El TRLCAP continuó refiriéndose a las variantes o alternativas [art. 87], no mencionando tampoco las mejoras (hallándose sistemáticamente en el mismo lugar que en la LCAP), remarcando, por una parte, que única y exclusivamente podrán ser tenidas en cuenta por el órgano de contratación cuando así se hubiera previsto expresamente esta posibilidad en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al introducir la interjección «solo», debiéndose precisar en dicho pliego los elementos y condiciones en que queda autorizada su presentación. Además, en el caso de autorizarse, obliga que esta circunstancia se haga constar en el anuncio de la licitación, continuando la senda abierta por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

Durante su vigencia el TRLCAP experimentó diversas modificaciones, siendo quizá una de las más importantes la operada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de Concesión de Obras Públicas, que añadió el Título V al Libro II, bajo la rúbrica «del contrato de concesión de obras públicas», conteniendo una regulación casi completa de este tipo contractual.

En la regulación de la concesión de obras públicas, no se formula mención alguna a las variantes, introduciéndose, sin embargo, el concepto de mejoras, a diferencia de la regulación general del resto de tipos contractuales en que sí se regulan parcamente, como hemos visto, las variantes pero no las mejoras. Esta regulación de las mejoras es la siguiente:

A) Las mejoras deberán recogerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares y podrán circunscribirse tanto al anteproyecto de construcción y

.....

8 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, del TSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2006 [recurso 1029/2001].

explotación de la obra como al proyecto de la obra [arts. 228.5 y 229.3], pudiéndose referir a características estructurales de la obra, a su régimen de explotación, a las medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales, o a mejoras sustanciales, pero no a su ubicación [art. 233.3].

B) El concesionario responderá de los daños que sean consecuencia de los defectos del proyecto cuando se deban, entre otras causas, a las mejoras introducidas por aquel [art. 229.5].

c) *Regulación en el RGLCAP*

El RGLCAP, que continúa en vigor mientras no se oponga al contenido del TRLCSP en los aspectos que aquí interesan, se refiere a las variantes o alternativas en los siguientes términos:

A) Cualquiera que fuere el contrato a adjudicar [art. 67.2.j)], en el pliego de cláusulas administrativas particulares habrá de indicarse, en su caso, la autorización de las variantes o alternativas, así como los requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que serán admitidas.

B) En el pliego de prescripciones técnicas particulares [art. 68.1.c)], también aplicable a cualquier contrato, si se hubieran admitido las variantes o alternativas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, habrán de recogerse sus requisitos, modalidades y características técnicas.

C) En el documento de formalización del contrato [art. 71.1.f)], habrán de incorporarse las cláusulas referidas a las variantes válidamente presentadas por el adjudicatario y admitidas por la Administración.

D) El RGLCAP prevé en el art. 89 que no podrá rechazarse una variante o alternativa propuesta por un licitador fundamentándose exclusivamente en el hecho de contener especificaciones técnicas definidas por alguna de las referencias mencionadas en el art. 52.1 del TRLCAP⁹, siendo el precepto equivalente, pero no idéntico, el art. 117 del TRLCSP.

E) Finalmente, en el art. 137 se exige obligatoriamente, antes de la adjudicación del contrato de obras, la supervisión del proyecto cuando se hubie-

.....

9 El art. 52.1 del TRLCAP disponía: «Sin perjuicio de las instrucciones o reglamentos técnicos nacionales obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas serán definidas por referencia a normas nacionales que transpongan normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos o especificaciones técnicas comunes, fijándose reglamentariamente los casos en que puede prescindirse de los mismos. A falta de los anteriores, las prescripciones técnicas podrán definirse por referencia a normas nacionales que transpongan normas internacionales, a normas nacionales o a otras normas».

ran admitido variantes al proyecto previamente aprobado por la Administración, con independencia del precio del contrato¹⁰.

C. Normativa desde la LCSP hasta el TRLCSP

Es necesario advertir en primer lugar que la regulación contenida en el TRLCSP es idéntica a la de la LCSP por lo que haremos referencia al primero de ellos por ser la norma actualmente en vigor, si bien se indicarán los preceptos equivalentes de la segunda. En segundo lugar, desde la LCSP, que es el resultado de transponer a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, es algo más amplia la regulación de estas dos figuras si se compara con la normativa anterior.

El art. 147 del TRLCSP [art. 131¹¹ de la LCSP], aplicable a todos los tipos contractuales e integrado en la subsección 3ª de la sección 1ª del Capítulo I del Título I del Libro III reguladora de las normas generales de la licitación de los contratos, a lo largo de sus tres apartados regula conjuntamente y de forma idéntica las variantes y mejoras.

Inicialmente señala este precepto que las variantes o mejoras solamente se admitirán en los contratos en los que para su adjudicación se tengan en consideración una pluralidad de criterios de adjudicación, siendo necesario que tal posibilidad se incorpore al pliego de cláusulas administrativas, recogiendo los elementos y condiciones precisos en virtud de los cuales se autoriza su presentación en el anuncio de la licitación.

El precepto finaliza con una norma aplicable solamente a los contratos de suministros y de servicios, relativa a la imposibilidad de rechazar una variante o mejora cuya presentación estaba autorizada, motivando el rechazo exclusivamente en que el contrato de suministros se convierta en un contrato de servicios o viceversa por el hecho de admitir la variante o mejora.

Otras alusiones a las variantes y mejoras a lo largo del TRLCSP son las siguientes:

A) El principio de presentación de una sola proposición por un licitador encuentra una excepción [art. 145.3] en la posibilidad de presentación de variantes o mejoras de acuerdo con lo dispuesto en el art. 147.

.....

10 La supervisión del proyecto es obligatoria en los contratos de obras cuya cuantía sea superior a 350.000,00 euros y en aquellas obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, cualquiera que sea su precio; en los demás casos será facultativa la supervisión [art. 125 del TRLCSP].

11 Este art. no experimentó cambios durante su tramitación parlamentaria pues no se presentaron enmiendas al mismo, siendo la redacción original del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las cortes Generales.

B) En los procedimientos de subasta electrónica se permite la existencia de un régimen de variantes o mejoras, debiéndose señalar las fórmulas distintas si ello fuera procedente [art. 148.6].

C) Uno de los supuestos en que procederá establecer una pluralidad de criterios es aquel en que se considere, por el órgano de contratación, la posibilidad de mejorar las prestaciones mediante la presentación por los licitadores de soluciones técnicas distintas a través de variantes [art. 150.3.b)].

D) Uno de los supuestos para adjudicar un contrato mediante procedimiento negociado es aquel en el que fueran irregulares o inaceptables en el procedimiento abierto o restringido anterior todas las proposiciones u ofertas económicas, entre otras causas, por infringir las condiciones de las variantes o mejoras [art. 170.a)].

E) En las normas relativas a las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras públicas¹², se alude inicialmente al hecho de que los licitadores podrán presentar variantes o mejoras al anteproyecto de construcción y explotación de la obra [art. 129.5], no haciéndose más referencia en estas actuaciones preparatorias a las variantes y solamente aludiéndose a las mejoras, como aquellas que se podrán proponer al proyecto de obras [art. 130.3], siendo necesario delimitar los aspectos a los que podrán afectar y que son las características estructurales de la obra, a su régimen de explotación, a las medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales, o a mejoras sustanciales, pero no a su ubicación [art. 131.1.c).7º], señalando también que el concesionario será responsable de los daños que sean consecuencia de defectos del proyecto a causa de las mejoras introducidas en el contrato [art. 130.4].

F) También se admite expresamente que en los contratos de obras a tanto alzado y con precio cerrado, se autorice la presentación de variantes por los licitadores, debiéndose realizar su presentación también bajo la modalidad de tanto alzado y precio cierto [art. 233.3.d)].

G) Los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública, en los contratos de valor estimado superior a 50.000 euros y que no estén sujetos a regulación armonizada o no tengan un valor estimado superior a 207.000 euros si se trata de contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP, habrán de incorporar a sus pliegos, en su caso, el régimen de variantes [art. 137.2].

.....

12 Estas disposiciones también son parcialmente aplicables a los contratos de gestión de servicio público con ejecución de obra según el art. 133.2 del TRLCSP.

D. Otra normativa

La normativa de contratación del Sector público no se agota con el TRLCSP, debiendo tener en cuenta, entre otras normas, la LCSE y la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

La LCSE establece el régimen de las variantes en el art. 62, no citándose las mejoras que no aparecen explícitamente a lo largo del texto de la Ley. Se admitirán las variantes cuando el criterio de adjudicación sea la oferta económicamente más ventajosa¹³, siempre que se autorice su presentación en los pliegos, indicándose las condiciones y los requisitos mínimos para su admisión, no pudiendo ser rechazadas por la simple razón de haber sido elaborada de conformidad con prescripciones técnicas definidas mediante referencia a prescripciones técnicas europeas o a prescripciones técnicas nacionales reconocidas de conformidad con los requisitos esenciales definidos en nuestro ordenamiento. Termina el precepto de forma similar al art. 147 del TRLCSP, previendo la imposibilidad de rechazar una variante cuya presentación estaba autorizada, motivando el rechazo exclusivamente en que el contrato de suministros se convierta en un contrato de servicios o viceversa por el hecho de admitir la variante o mejora.

Por su parte, en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, acontece algo similar a lo expuesto respecto de la LCSE, pues únicamente se prevé el régimen de variantes en su art. 29, no mencionándose las mejoras a lo largo de su texto. Se admite la presentación de variantes siempre que se autorice expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de la licitación, incorporándose a este último los requisitos mínimos, las condiciones y elementos a los que puede afectar, no presumiéndose su admisión si no se establece expresamente en la forma antedicha. Finaliza el precepto con una previsión idéntica a la ya señalada respecto de los contratos de suministros y de servicios en el art. 147 del TRLCSP y en el art. 62 de la LCSE.

Para dar término al análisis del régimen normativo de las variantes y mejoras no debe olvidarse la normativa específica de la Comunidad Foral de Navarra contenida en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, dado que esta Comunidad Autónoma en virtud de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reforma y Amejoramiento del Régimen Foral, le atribuye competencia exclusiva en contratación y concesiones con la única limitación del respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado [art. 49.1, letra d), de la Ley Orgánica 13/1982].

.....

13 Procedimiento abierto con pluralidad de criterios del TRLCSP.

A diferencia de la vigente regulación del TRLCSP, la Ley Foral regula por separado las variantes y las mejoras.

De las variantes se ocupa el art. 56 de la Ley Foral, que señala que los licitadores podrán presentar variantes o alternativas cuando así se autorice en los pliegos, que deberán establecer los requisitos para su admisión, especificando los elementos que son susceptibles de variación o alternativa. El art. 55, al igual que el art. 145.3 del TRLCSP, impide la presentación de proposiciones simultáneas por los licitadores excepto en el caso de variantes admitidas en los pliegos que rigen la adjudicación.

Por su parte, de las mejoras se ocupa el art. 51.1, letra b)¹⁴, las cuales son diferenciadas de los criterios de adjudicación de los contratos, señalándose que pueden ser objeto de valoración, debiendo describir suficientemente sus requisitos, límites, modalidades y características resultando preciso que estén vinculadas al objeto del contrato. También de las mejoras, al regular el contenido de las ofertas de los licitadores en los contratos de concesión de obras públicas, se ocupa el art. 150 de la Ley Foral en sentido casi idéntico al vigente art. 131.1.c).7º del TRLCSP.

E. Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público

Pasamos a abordar brevemente el régimen de las variantes y mejoras en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público¹⁵, con el cual se pretende transponer las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE¹⁶, que ha estado sometido a trámite de información pública hasta el pasado 14 de mayo de 2015¹⁷. Se ha utilizado para este pequeño análisis el texto publicado para dicha información pública¹⁸.

.....

14 Apartado redactado por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

15 Recibido informe del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas por el Consejo de Ministros en su reunión del 17 de abril de 2015. <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2015/refc20150417.aspx> (última consulta: 21 de abril de 2015).

16 Disposición final tercera del anteproyecto.

17 Resolución de 21 de abril de 2015, de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se acuerda la apertura de un periodo de información pública del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y del Anteproyecto de Ley de sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (BOE, 98, de 24 de abril de 2015).

18 <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Borrador%20Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20Contratos%20del%20Sector%20P%C3%ABlico-%202017%20abril%202015.pdf> (última consulta: el 9 de mayo de 2015).

En una decisión que, a nuestro juicio, resulta acertada, en la elaboración del anteproyecto se ha separado la regulación de las variantes y de las mejoras, con lo cual, queda nítidamente claro que ambas figuras son distintas y, como tales, han de gozar también de un tratamiento separado en la normativa de contratación del sector público, de forma similar, si bien no idéntica, al régimen de la Ley Foral 6/2006 después de la modificación operada por la Ley Foral 3/2013.

Así, el precepto equivalente al art. 147 del TRLCSP [art. 142 del Anteproyecto] solamente aparece rubricado como «admisibilidad de variantes» a diferencia del hoy vigente art. 147 que añade la expresión «o mejoras». Hecho que también acontece con su contenido, pues se abandona en todo momento cualquier referencia a las mejoras, circunscribiéndose únicamente a las variantes. Además de ello, contiene similar regulación que la actualmente vigente, si bien señala que para una correcta identificación de las variantes habrán de concretarse sus requisitos, límites, modalidades y características.

También se incorpora otra mención en el art. 143, relativo a la subasta electrónica [equivalente al vigente art. 148], en la que a diferencia de lo dicho anteriormente, si se admiten las variantes habrán de proporcionarse necesariamente fórmulas distintas, mientras que en la normativa hoy vigente se establece que esas fórmulas serán distintas si así lo estima el órgano de contratación.

El art. 139.3 [equivalente al actual art. 145.3] establece una excepción a la presentación de una sola proposición por cada licitador, al admitir la presentación de variantes en los términos del art. 142 del Anteproyecto.

De igual modo que en el Texto vigente, en el contrato de concesión de obras públicas [art. 246.5 equivalente al art. 129.5 del TRLCSP], se admite la posibilidad de presentar variantes por parte de los licitadores si lo estiman pertinente, cuando así se haya autorizado en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin luego hacerse ninguna otra referencia a esta figura en la regulación específica de este tipo contractual.

Pasando a las mejoras, según el segundo párrafo del art. 145.4 del anteproyecto «deberán entenderse por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones». Cuando las mejoras tengan, además, la consideración de criterios de adjudicación en los pliegos deberán recogerse mínimamente los aspectos a los que deban referirse, sus requisitos y ponderación.

Cuando las mejoras sean consideradas criterios de adjudicación y la valoración de estos últimos se lleve a cabo por comité de expertos u órgano equiva-

lente [art. 145.6.a) del Anteproyecto]¹⁹, su importancia no podrá ser superior al 2,5% del total de la puntuación a obtener.

La alusión a las mejoras en el contrato de concesión de obras públicas continúa teniendo un tenor idéntico en los arts. 246, apdos. 3 y 4, y 247.1.c).7º del anteproyecto [equivalentes a los arts. 130, apdos. 3 y 4, y 131.1.c).7º del TRLCSP].

III. DISTINCIÓN ENTRE VARIANTES Y MEJORAS

1. CONCEPTO DE AMBAS FIGURAS

Tal como se ha expuesto en el régimen positivo de las variantes y mejoras, ambas figuras están sometidas a idéntica normativa [actualmente el art. 147 del TRLCSP], si bien no aparecen en el texto legal nítidamente delimitados sus caracteres, pues no se da ninguna definición o concepto de cada una de ellas, lo que implica importantes dificultades en su aplicación práctica por los poderes adjudicadores, limitándose el TRLCSP a determinar sus requisitos generales. Por ello, para delimitar el concepto de estas dos figuras y proceder a su distinción, acudiremos a la doctrina derivada de los órganos consultivos y de los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, junto con algunas resoluciones jurisdiccionales.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española²⁰ define en su primera acepción variante como «que varía», y en la tercera como «variedad o diferencia entre diversas clases o formas de una misma cosa».

En el glosario de términos de la Ley de Contratos del Sector Público, preparado por la Dirección General de Patrimonio del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda²¹, en una primera aproximación define las variantes del siguiente modo: «Alternativas a la configuración de la prestación objeto de licitación que pueden proponer los licitadores cuando así se admita en los pliegos. Término variante se utiliza siempre en conexión con el de mejoras, en un sintagma alternativo: variantes o mejoras».

.....

19 Procederá la valoración por comité de expertos u órgano equivalente, cuando en los procedimientos abiertos o restringidos, la ponderación atribuida a los criterios dependientes de un juicio de valor sea superior a los criterios valorables en cifras o porcentajes.

20 Edición 22ª del *Diccionario*.

21 <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Patrimonio/GLOSARIO.pdf> (última consulta: 14 de mayo de 2015).

Es decir, variantes o alternativas son aquellas propuestas que pueden realizar los operadores económicos, ajustándose a los requisitos, condiciones y modalidades de los pliegos, que pueden variar o modificar la configuración inicial de la prestación definida en todo o en parte de sus extremos por el órgano de contratación. Así, el TACRC²² 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».

En fin, la variante se caracteriza por proporcionar al poder adjudicador diferentes soluciones técnicas en modo alternativo, de modo que puede elegir una cualquiera de entre ellas²³, sin que en ningún caso esa nueva solución técnica suponga una alteración del objeto contractual.

A la clarificación del concepto de esta figura nos ayuda la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, de 4 de julio de 2001 COM (2001) 274 final, que sobre la inclusión de criterios medioambientales en la contratación pública a través de las variantes señaló que con ello se podían obtener fines de carácter medioambiental en la consecución del objeto del contrato²⁴.

En el mismo sentido, la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, de 15 de octubre de 2001 COM (2001) 266 final, señaló que mediante la autorización de la presentación de variantes se podrían obtener fines de contenido social como la accesibilidad universal a los bienes y servicios de los ciudadanos con discapacidad²⁵.

.....

22 Resolución 592/2014 de 30 de julio [recurso 527/2014].

23 Resolución 76/2014, de 31 de julio, del OARCE [EB 2014/066].

24 «Al utilizar esta posibilidad, los poderes adjudicadores tienen que elaborar primero una definición estándar del objeto del contrato que cubra las exigencias mínimas. Además, pueden recurrir a una o más variantes estableciendo definiciones alternativas del objeto del contrato, como, por ejemplo, un mayor rendimiento ecológico o la utilización de un determinado proceso de producción no exigido por la definición de base».

25 «Estas variantes podrán referirse, por ejemplo, a diferentes soluciones técnicas planteadas de cara a la ergonomía de un producto o con vistas a garantizar la accesibilidad para los discapacitados de cierto material o servicio, incluidos las herramientas y servicios facilitados en línea o de tipo electrónico e informático».

En cuanto al concepto de mejoras, el Diccionario de la Real Academia²⁶ ha definido mejora como la «acción de acrecentar algo haciéndolo pasar a un estado mejor».

Poniendo en conexión este concepto del Diccionario de la Real Academia con la normativa contractual del sector público, resulta que las mejoras pueden conceptuarse como aquellas prestaciones adicionales, que no forman parte inicialmente del objeto contractual pero que están vinculadas con ellas, cuya ejecución podrá ser objeto de oferta por los licitadores, valorándose en fase de adjudicación por el poder adjudicador el ofrecimiento de su ejecución. El TACRC²⁷ ha conceptuado las mejoras del siguiente modo: «Las mejoras son aquellas prestaciones extraordinarias, más beneficiosas para el órgano de contratación, o más gravosas para el licitador, de las que han sido señaladas en el PCAP como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta».

Por tanto, la admisión de variantes implica que los licitadores han de presentar al procedimiento licitatorio una solución, llamemos «ordinaria» o «base», que es la definida por el poder adjudicador al definir las especificaciones técnicas, y otra u otras (dependiendo del régimen de autorización de su presentación) con carácter opcional, en que oferten la ejecución del contrato con soluciones técnicas alternativas o distintas, pero que no alteran el objeto del contrato pues continúa siendo el mismo, lo único que sucede es que el modo de su ejecución varía por llevar a cabo un proceso técnico distinto del previsto inicialmente en los pliegos, pero que concluye con la correcta ejecución de la prestación contractual obteniendo el mismo resultado que el definido en un principio.

En cambio, las mejoras son prestaciones adicionales, extraordinarias, al objeto del contrato, pero que están vinculadas a él, que serán objeto de valoración por el poder adjudicador en fase de adjudicación del contrato, y que convierten al objeto contractual en mejor, incrementando su valor si se ofertan por los operadores económicos. En este sentido el TACPA²⁸ ha manifestado que «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».

.....

26 Edición 22ª del *Diccionario*.

27 Resolución 592/2014 de 30 de julio [recurso 527/2014].

28 Acuerdos 8/2012, de 7 de febrero [recursos acumulados 0004/2012 y 0006/2012, y 27/2012], de 18 de julio [recurso 035/2012].

El TACPCM ha diferenciado del siguiente modo ambas figuras²⁹: «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».

Además de estas diferencias conceptuales entre las variantes y las mejoras, las consecuencias de las infracciones de su régimen jurídico son distintas, aspectos que se irán abordando en los apartados siguientes al efectuar un análisis pormenorizado del régimen jurídico de cada una de ellas, principiando el mismo con las normas comunes.

2. PROHIBICIÓN DE PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES SIMULTÁNEAS

Íntimamente relacionado al régimen de variantes y mejoras, está vinculado el principio de prohibición de presentación de proposiciones simultáneas. Este principio consistente en la prohibición de presentación de dos o más proposiciones en el mismo procedimiento de licitación de un contrato por un mismo operador económico, supone la inmediata exclusión de todas ellas [art. 145.3 del TRLCSP], estableciéndose una doble excepción a esta prohibición general: por una parte, la autorización de la presentación de variantes y mejoras del art. 147 y, por otra, la presentación de nuevos precios o valores en la subasta electrónica del art. 148. Tendrá idéntica consecuencia (inadmisión de todas las proposiciones presentadas) cuando un licitador también intervenga en la licitación individualmente y como miembro de una unión temporal de empresarios o, en su caso, cuando forme parte de dos o más uniones temporales de empresarios que presenten proposición.

La consideración de las variantes como excepción al principio de prohibición de proposiciones simultáneas ya fue remarcado por la JCCA Estado³⁰ al analizar los arts. 80 y 87 del entonces vigente TRLCAP [equivalentes a los arts. 145.3 y 147 del vigente TRLCSP], señalando que su admisión tiene carácter restrictivo, pues de no haberse autorizado en el pliego de cláusulas administrativas y en el anuncio de la licitación su presentación, de hacerlo algún empresario ello

.....

29 Resoluciones 43/2011, de 28 de julio [recurso 40/2011], y 39/2013, de 6 de marzo [recurso 34/2013].

30 Informe 19/04, de 12 de noviembre de 2004.

llevará consigo la exclusión de todas sus proposiciones, pues no deja de ser una excepción a la prohibición de proposiciones simultáneas.

Así, cuando las variantes no estén previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de la licitación, si un operador económico presenta una proposición alternativa, procederá la inmediata exclusión de todas sus proposiciones, con fundamento en lo preceptuado en el art. 145.3 del TRLCSP³¹, ya que ello supondría que el licitador tendría que competir contra sí mismo para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, lo cual es contrario, además, al principio de igualdad de trato y no discriminación al admitirse que un operador presente más de una proposición, con lo que podría alterar la valoración del resto de las proposiciones e influir en el régimen de las bajas incursas presuntamente en temeridad, pues el cálculo de estas últimas ha de realizarse en comparación a las ofertas válidamente presentadas [art. 152.2 del TRLCSP] y, en general, a las puntuaciones otorgadas a todos los licitadores.

3. ÁMBITO SUBJETIVO

El art. 147 del TRLCSP, como ya hemos dicho, se encuentra sistemáticamente en el Capítulo I del Título I del Libro III del TRLCSP [arts. 138 y ss.], bajo la rúbrica de «adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas», lo que nos podría llevar a considerar que el régimen de las variantes –y también de las mejoras por estar en el mismo artículo– solamente es aplicable a los contratos que adjudiquen las Administraciones Públicas.

No obstante, las normas del citado Capítulo I del Título I del Libro III del TRLCSP son aplicables a la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública según el art. 190.1, si bien se exceptúa la aplicación de determinados preceptos en la letra a) de ese artículo³², no hallándose entre ellos el art. 147.

.....

31 Informe de la CCCA AND. 4/2014, de 11 de julio.

32 Concretamente no son aplicables «las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del art. 150 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos, en los apartados 1 y 2 del art. 152 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, en el art. 156 sobre formalización de los contratos sin perjuicio de que deba observarse el plazo establecido en su apartado 3 y lo previsto en el apartado 5, en el art. 160 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y en el art. 172 sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos».

Acerca de los contratos no sujetos a regulación armonizada, el art. 191 establece que los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública deberán aprobar unas instrucciones que regulen los procedimientos de contratación con el fin de hacer efectivos los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. Además, respecto de estos contratos, el art. 137.2 del TRLCSP señala que aquellos que tengan una cuantía superior a 50.000 euros deberán recoger en su pliego el régimen de admisión de variantes.

De la interpretación conjunta de estas normas y teniendo en cuenta que la admisión de variantes debe publicarse en el anuncio de licitación e incorporarse su régimen a los pliegos que rijan la adjudicación de los contratos, se puede concluir que para los poderes adjudicadores también resulta de aplicación la normativa reguladora de las variantes.

Además, aunque el art. 137.2 del TRLCSP cite únicamente las variantes, consideramos que no existe obstáculo alguno para estimar que también ha de extenderse este régimen a las mejoras, pues de no ser así y cumplirse, por tanto, sus requisitos, en estos contratos se podrían vulnerar los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación.

Finalmente, respecto de los entes que carezcan de la consideración de poder adjudicador, en la adjudicación de sus contratos [art. 192.1 del TRLCSP] deberán hacerse efectivos los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, disponiéndose lo necesario en sus instrucciones internas para la consecución de esa finalidad. Dado que el régimen de variantes y mejoras está íntimamente vinculado con los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación, y estos presiden la adjudicación de los contratos de dichos entes, en sus instrucciones internas habrá de incorporarse lo adecuado para que en sus procedimientos de contratación se cumplan las líneas esenciales del régimen de variantes y mejoras y no se vulneren tales principios.

4. REQUISITOS COMUNES DE LAS VARIANTES Y MEJORAS

A. Procedimientos en los que se puede autorizar la presentación de variantes o mejoras

Para que el órgano de contratación autorice la presentación de variantes o mejoras por los licitadores resulta necesario que el contrato se adjudique mediante una pluralidad de criterios (antiguo concurso), y no solamente mediante el precio más bajo y ello es así porque cuando se utiliza un único criterio de adjudicación, están plenamente definidas las características de la prestación a contratar,

no siendo susceptible de ser alterada o mejorada mediante otras soluciones técnicas, mientras que de admitirse la presentación de variantes por los licitadores ello supone que no están definidas en su integridad las características, infringiéndose así del art. 150.3.b) del TRLCSP.

Ello se deduce, desde luego, de la dicción literal del primer inciso del art. 147.1 del TRLCSP «Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio [...]», lo que lleva consigo que se establezca una pluralidad de criterios para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, siguiendo así la senda de nuestro derecho positivo, pues el art. 85.b) del TRLCAP, circunscribía la utilización del concurso, entre otros supuestos, a la mejora de las prestaciones contractuales mediante la presentación de variantes y a la Directiva 2004/18/CE que se refiere expresamente al criterio de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa, que en términos del Derecho de la Unión Europea es la adjudicación mediante una pluralidad de criterios.

B. Publicidad de la autorización de la presentación de las variantes o mejoras

De la dicción literal de los dos primeros apartados del art. 147 del TRLCSP, resulta que en el pliego habrá de hacerse constar la autorización para la presentación de variantes, mientras que en el anuncio de la licitación del contrato se indicará tal posibilidad, precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

El anuncio de la licitación no parece que sea el lugar más adecuado para precisar los requisitos y condiciones en que se autoriza la presentación de variantes por los licitadores, dejando al pliego de cláusulas administrativas particulares la función de indicar únicamente la posibilidad de su admisión, pues de esta manera se estaría sustrayendo de los controles que han de efectuarse en la tramitación del expediente de contratación a un aspecto tan importante como es la excepción a la prohibición de presentar proposiciones simultáneas por los empresarios, máxime cuando han de reunir unos requisitos tan estrictos para su aplicación.

Jiménez Aparicio³³ ha estimado que el art. 147 ha de complementarse con lo dispuesto en el art. 67.2.j), del RGLCAP, pues no está derogado en todo lo que no se oponga al TRLCSP, y en este punto actúa de forma complementaria, y así en el pliego de cláusulas administrativas particulares deberán indicarse expresa-

.....

33 JIMÉNEZ APARICIO, E. (coord.) (2009): *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 399.

mente los requisitos, condiciones y límites que han de reunir las variantes que podrán presentar los licitadores, expresándose en el anuncio la admisibilidad de las variantes y remitiendo al pliego de cláusulas administrativas para conocer todos sus extremos, cuestión esta última que ha de dejarse clara para evitar confusión en los posibles licitadores acerca de la libertad para la presentación de las variantes sin ningún requisito, límite o condición.

En consecuencia, con esta solución se estaría dando cumplimiento a lo dispuesto en el TRLCSP y una cuestión tan importante como las variantes y mejoras no quedaría fuera de los controles que llevan a cabo los servicios jurídicos y la intervención con anterioridad a la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación al emitir los informes que preceptivamente tienen atribuidos por la normativa contractual.

C. Concreción de los requisitos y condiciones de las variantes o mejoras

Ahora bien, no resulta suficiente que, genéricamente, sean enunciados los requisitos y condiciones que hayan de regir la presentación de variantes, empleando fórmulas tales como «soluciones técnicas que no alteren cualitativamente la prestación» u otras similares, pues resulta imprescindible formular exactamente los requisitos y condiciones a los cuales se deben ajustar las variantes, con el objeto de que los licitadores conozcan en todo momento los parámetros en los cuales se pueden mover para la elaboración y presentación de sus proposiciones, ya que, en caso contrario, se estaría vulnerando los principios de igualdad y no discriminación de los operadores económicos, junto con el de transparencia de las licitaciones, pues los empresarios interesados desconocerían los criterios que seguiría el órgano de contratación para la admisión o rechazo de las variantes.

En este sentido el TJUE ha señalado que³⁴: «En efecto, la mera mención en el pliego de condiciones permite que los licitadores estén informados de la misma manera acerca de los requisitos mínimos que deben cumplir sus variantes para que la entidad adjudicadora pueda tomarlas en consideración. De hecho, es una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva (véase, en este sentido, por lo que se refiere a los criterios de adjudicación, la sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apdos. 41 y 42)».

.....

34 Sentencia de 16 de octubre de 2003 en el Asunto C-421/01.

No obstante, el mismo TJUE³⁵, ha permitido que se deje a los licitadores cierto margen de libertad para la elaboración de sus ofertas, no resultando necesario precisar todos los extremos de las variantes, pero no es admisible una redacción tan genérica que implique la realización de cualquier solución técnica, pues ello es contrario a la obligación de transparencia en las licitaciones que lleva consigo la vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación, ya que no se da a todos los potenciales operadores económicos que podrán intervenir en el proceso licitatorio todos los datos precisos para llevar a cabo en condiciones de igualdad la preparación de sus proposiciones, pues desconocen a priori cuáles son los límites que no pueden traspasar para que las soluciones que propongan sean admitidas y valoradas por el poder adjudicador.

Idéntico requisito ha de aplicarse también a las mejoras, estando proscrito su establecimiento genérico, empleando expresiones tales como «cualquier otra mejora que redunde en una mayor calidad de la prestación», u otras similares, puesto que los licitadores desconocerían, en un principio, los aspectos que serían objeto de valoración y la mesa, al carecer de unos parámetros objetivos que permitan valorar de una forma transparente las mejoras ofertadas, podría incurrir en arbitrariedad³⁶.

También algunas resoluciones jurisdiccionales han remarcado la necesidad de concretar los requisitos, condiciones, modalidades y límites de las variantes o mejoras. El TSJ de Castilla y León ha señalado en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Valladolid), Sección 1ª, de 20 de enero de 2014 [recurso 388/2012] que es imprescindible una correcta identificación de las variantes y mejoras para hacer efectiva la obligación de transparencia y, por tanto los principios de igualdad de trato y no discriminación, con lo cual han de preverse en los pliegos, con todo detalle, sus requisitos, condiciones, modalidades y límites³⁷.

.....

35 Sentencia de 22 de abril de 2010 en el Asunto C-423/07.

36 Resolución del TACRC 132/2015, de 6 de febrero [recurso 32/2015].

37 «Así pues, todos los licitadores han de concurrir en condiciones de igualdad de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias de contrato a ejecutar. Para ello el proyecto y los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, indicando si se admiten variantes y mejoras, y en tal caso, sobre qué han de versar unas u otras, cuáles son sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas.

Así, no se cumple tal requisito cuando se pretende valorar la modificación del proyecto, sin que previamente se hayan sido especificado en el pliego y concretado sobre qué elemen-

Dentro de las condiciones y requisitos que han de recoger el pliego y el anuncio de la licitación, respecto a las variantes y a las mejoras, la JCCA CAT. considera en su Informe 9/2012, de 20 de julio, que resultaría aconsejable introducir los parámetros objetivos que puedan determinar que dichas variantes o mejoras puedan estar incursas en valores anormales o desproporcionados en aras de la salvaguarda del principio de seguridad jurídica y con el fin de evitar actuaciones arbitrarias en la valoración de las proposiciones³⁸.

También, ha indicado la JCCA Aragón³⁹, que han de consignarse dentro de las condiciones de las variantes y mejoras los medios e instrumentos que se reserva el poder adjudicador para verificar, durante la ejecución del contrato, su correcta ejecución en los términos que hubieran sido ofertados.

En conclusión, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el anuncio de la licitación del contrato deben incorporar con total concreción todos los requisitos de las variantes y mejoras, que permitan a los posibles licitadores tener en cuenta todos los aspectos que van a ser tenidos en consideración por la mesa de contratación para admitir primero y valorar después sus proposiciones, pues en caso contrario, se estaría atentando al principio de igualdad de trato de los operadores, aspecto al que nos referiremos con mayor detalle en apartados posteriores, así como aquellos aspectos relativos a su debida ejecución, con el fin de poder comprobar su cumplimiento óptimo.

D. Vinculación al objeto del contrato

Un último requisito esencial de las variantes o mejoras es que tienen que estar vinculadas al objeto del contrato es decir, mediante la autorización de la presentación de cualquiera de ellas, no puede ser modificado ni alterado esencialmente el objeto contractual.

.....

tos versan tales variantes y la forma en que deberán valorarse, a efectos de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

De esta forma se ha de insistir en que se considerarán variantes o mejoras admisibles las que estén previstas con el suficiente grado de identificación en los pliegos y en el anuncio de licitación, debiendo guardar relación directa con el objeto del contrato».

38 «El hecho de introducir más o menos criterios de adjudicación o de incluir la posibilidad de presentar variantes o mejoras no tiene por qué comportar que se presenten ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados. Para evitar que se produzca esta situación es imprescindible que se defina también respecto de las variantes o mejoras los parámetros objetivos para determinar si una oferta o una proposición se puede considerar presuntamente anormal o desproporcionada, porque de esta manera se evitaría la posible inseguridad jurídica que se puede causar, y también actuaciones eventuales de carácter arbitrario».

39 Informe 4/2015, de 17 de marzo.

En efecto, los contratos que celebren los organismos y entes pertenecientes al sector público (no solamente las Administraciones públicas), están dirigidos al cumplimiento de los fines institucionales que tienen encomendados, para ello, en la documentación preparatoria de los contratos habrán de recoger la naturaleza de las necesidades a satisfacer y la idoneidad de la prestación para cubrir esas necesidades⁴⁰.

Pues bien, la admisión de variantes o mejoras no puede llevar consigo la alteración o modificación sustancial del contrato⁴¹, pues este dejaría de cumplir la función para la cual va a ser adjudicado. Así, las variantes propician que los licitadores puedan presentar a la Administración diferentes soluciones técnicas que lleven a cabo la realización del objeto contractual de una manera diferente a la inicialmente planteada por el ente contratante, pero que tendrá el mismo resultado es decir, la variante permite que por una senda distinta, el adjudicatario llegue al mismo destino que el que pretende obtener el poder adjudicador con el camino que ha planteado en los pliegos que rigen la licitación.

En cambio, con las mejoras, se están introduciendo prestaciones adicionales al objeto contractual definido inicialmente por el poder adjudicador, que no pueden desnaturalizar ese objeto inicial, pero que sí pueden mejorarlo siempre que sea ofertado por los licitadores.

5. PARTICULARIDADES DE LAS VARIANTES

A. Fijación de un presupuesto base de licitación para la oferta base y otro distinto para las variantes

La autorización de la presentación de variantes en un procedimiento de licitación de un contrato no supone que pueda establecerse un presupuesto base de licitación para la oferta base y otro para cada una de las posibles variantes que puedan presentar los operadores económicos⁴².

El precio de los contratos ha de ser cierto y de acuerdo con el mercado [art. 87.1 del TRLCSP], determinándose en un estudio económico en el que hay que tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en la prestación contractual para obtener ese precio. Al iniciarse el plazo de presentación de pro-

.....

40 Resolución del TACRC 341/2013, de 2 de septiembre [recurso 405/2013], e Informe JCCA Madrid 3/2013, de 15 de octubre.

41 Informes de la JCCA CAT. 9/2012, de 20 de julio, 1/2015, de 9 de marzo, y 6/2015, de 21 de abril.

42 Informe de la JCCA Estado 31/2007, de 5 de julio de 2007.

posiciones, ese precio es el presupuesto base de licitación excluido el IVA, que se constituye como el máximo precio que la Administración abonará al adjudicatario, pudiéndose ofertar bajas por los licitadores, con lo cual, el precio definitivo será el que proceda de la proposición del licitador que resulte adjudicatario.

Sentado lo anterior, resultaría prácticamente imposible para el ente contratante determinar un presupuesto base de licitación para la oferta base y otro para cada una de las ofertas alternativas, pues, al tiempo de realizar las actuaciones preparatorias del contrato, desconocería las características de las soluciones técnicas que voluntariamente podrían presentar los operadores económicos interesados en la licitación.

Por otra parte, el art. 147 del TRLCSP, al establecer el régimen de las variantes, no prevé ninguna norma especial acerca del presupuesto base de licitación en el caso de autorizarse su presentación, lo que lleva consigo que no sea posible fijar distintos presupuestos base de licitación según estemos ante la oferta base o ante ofertas alternativas, lo que nos lleva a concluir, que las soluciones técnicas o variantes ofertadas por los licitadores no pueden sobrepasar el importe máximo del presupuesto base de licitación determinado en el pliego, pues este actúa como importe máximo del gasto que la Administración asume en la ejecución de la prestación contractual, sea cual fuere la solución técnica empleada, lo que implica que de presentarse una variante que supere el presupuesto base de licitación no podrá ser tenida en consideración y deberá ser inadmitida (la variante, no la proposición si la oferta base cumple todos los requisitos).

B. Las variantes y la división en lotes del contrato

La división en lotes del objeto contractual y la autorización de la presentación de variantes han suscitado en la práctica diversos problemas, habiendo otorgado solución algunas Juntas Consultivas, refiriéndonos a continuación a los más importantes, dejando a un lado la problemática de las «ofertas integradoras» que serán objeto de tratamiento independiente más adelante.

Cabe resaltar que la división en lotes no es obstáculo para que se autorice la presentación de variantes para todos, algunos o uno solo de los lotes en que queda dividido el objeto contractual, siempre que se admita y detalle concretamente en el pliego y en el anuncio de la licitación los lotes respecto de los cuales se autoriza la presentación de variantes y los aspectos sobre los cuales puede versar⁴³.

Por otro lado, la presentación de variantes no autorizadas en uno o varios lotes de un contrato, no implica la exclusión de toda la proposición del licitador,

.....

43 Informe de la JCCA CAN. 2/2005, de 24 de febrero.

pues deberá ser valorada la proposición formulada correctamente en relación a los demás lotes, esto es, la presentación de una variante en un lote que no la admite no implica la invalidez de la integridad de la proposición del licitador⁴⁴.

6. PARTICULARIDADES DE LAS MEJORAS

A. Ampliación del objeto mediante las mejoras

Los órganos consultivos en materia de contratación, desde hace tiempo, se han venido pronunciando acerca de la imposibilidad de ampliar el objeto contractual mediante las mejoras. Ya la JCCA Estado en su Informe 29/1998, de 11 de noviembre de 1998, puso de manifiesto la imposibilidad de admitir mejoras entendidas estas como la ejecución de un mayor volumen de obra del previsto en el proyecto y en el contrato, pero por el mismo precio.

La misma JCCA Estado⁴⁵, con posterioridad, señaló que no se cumplen los requisitos de las mejoras cuando se pretende valorar la ejecución adicional y gratuita de obras adicionales por parte del contratista, sin que previamente haya sido especificada en los pliegos la forma de su valoración, a efectos de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Tampoco se cumple el requisito mencionado cuando las obras adicionales exigidas no guardan la debida relación con la prestación objeto del contrato⁴⁶.

Debe tenerse en cuenta, además, que en los contratos de obras existe un proyecto que debe recoger íntegramente los aspectos económicos y técnicos de la misma, con lo cual, resulta dificultoso admitir prestaciones adicionales a una obra que, previamente, ha sido definida en su integridad en el proyecto [art. 121 del TRLCSP].

Por otro lado, ha de tenerse en consideración al definirse la mejora que ello no suponga una distorsión del valor estimado del contrato y del precio que ha de estar acorde con los precios del mercado [art. 87 del TRLCSP]. Es ilustrativo en este punto el Informe de la JCCA Aragón 2/2015, de 17 de marzo, que califica como ilegal una mejora que distorsione el cálculo del valor estimado del contrato⁴⁷.

.....

44 Informe de la JCCA Madrid 3/2014, de 10 de julio.

45 Informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010.

46 En el mismo sentido el informe de la JCCA CAT. 6/2015, de 21 de abril.

47 «En todo caso, la posibilidad de mejoras, además de no distorsionar el objeto del contrato, debe preservar que se cumplan las exigencias de correcta determinación de su valor estimado. Es doctrina consolidada del TACPA [entre otros, Acuerdos 45/2014, 51/2014 y 6/2015],

B. Falta de presentación de mejoras por los licitadores

Tanto la autorización de la presentación de mejoras es potestativa para el órgano de contratación, como la presentación misma para los licitadores, lo que implica que su falta de presentación tenga por consecuencia su no valoración pero no la exclusión de la proposición del procedimiento licitatorio. Por tanto, mientras el operador económico cumpla con las prescripciones técnicas esenciales que se han definido en la prestación contractual, la falta de presentación de mejoras no puede conllevar su exclusión de la licitación, pues está cumpliendo los mínimos exigidos por el ente contratante, siendo las mejoras prestaciones adicionales que mejoran la prestación, pero que no forman parte de la esencialidad de esta última. Así lo ha considerado el TACRC en su Resolución 25/2015, de 14 de enero [recurso 942/2014], considerando que en el caso de ofertarse incorrectamente las mejoras, por no reunir los requisitos mínimos y necesarios previstos en los pliegos, impidiendo su correcta valoración, ello es equivalente a la falta de su oferta y, por tanto, no procede su exclusión⁴⁸.

C. Oferta de mejoras no previstas en el pliego ni en el anuncio de la licitación

Otra diferencia, además de la conceptual, que se puede apuntar de las mejoras en relación con las variantes, es el diferente régimen que sigue la presentación de mejoras por los licitadores, cuyo régimen no está descrito ni su presentación autorizada en el pliego ni en el anuncio de la licitación.

.....

que en la preparación del contrato la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado, tal y como exige el art. 87.1 TRLCSP. Esto significa que la estimación del importe debe ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato y diseñar una estrategia en la presentación de ofertas. Por ello, una mejora que distorsione el cálculo del valor estimado del contrato, sería, por este motivo, ilegal en sí misma. Y es que, como ha recordado el TACPA, «aun en circunstancias de restricciones presupuestarias, la búsqueda de la mayor eficiencia no puede justificar la alteración de la naturaleza y valor de la prestación demandada» [Acuerdo 12/2015, de 20 de enero].

48 «La configuración que la ley hace de las mismas, es que es potestad del órgano de contratación su introducción o no en el pliego como criterio a valorar, y que también es potestativa su oferta por el licitador que concurre al procedimiento, de modo que si el cumplimiento de las prescripciones técnicas de carácter esencial son de obligado cumplimiento, no lo son, por supuesto las mejoras, que pueden o no ser ofertadas.

De este modo, consideramos que si por parte del órgano de contratación ante la falta de definición de los productos que se ofertaban no podían valorarse las mejoras, debió equipararse esta situación a la de no ofrecimiento de mejora alguna, debiendo haber procedido la no valoración de este criterio, en vez de la exclusión».

Mientras que en las variantes, como ya dijimos, su presentación, cuando no esté autorizada, supone la exclusión de todas las proposiciones presentadas por el licitador, tanto la proposición inicial como la variante, por tener el tratamiento de proposiciones simultáneas al estar ello proscrito en el art. 145.3 del TRLCSP, en las mejoras, cuando un licitador oferte alguna o algunas no previstas en el pliego y en el anuncio de la licitación, no deberán ser tenidas en cuenta al valorar su proposición, pero no llevará la suerte de su exclusión, pues no estamos ante una proposición simultánea ya que las mejoras, por su propia naturaleza, son prestaciones adicionales o extras a la prestación inicialmente definida y que la mejoran. En este sentido, se ha pronunciado el Informe de la CCCA And. 4/2014, de 11 de julio. Acerca de la exigibilidad de estas mejoras ofertadas por el adjudicatario pero que no han sido valoradas en fase de licitación ya que no estaban previstas en el pliego de cláusulas y en el anuncio, la JRCA Murcia se ha inclinado por dar una respuesta positiva si son aceptadas sin reservas por la Administración contratante⁴⁹:

En relación a la cuestión planteada sobre si es posible exigir al adjudicatario de un contrato las mejoras recogidas en su propuesta, aunque no hayan sido valoradas por el órgano de contratación, no existe ninguna referencia específica en la normativa de contratación ni en la administrativa. Tanto los contratos administrativos como los privados tienen carácter consensual, en cuanto se perfeccionan por la prestación del consentimiento, así el art. 1.254 del Código Civil declara expresamente que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, y el consentimiento tiene lugar conforme dispone el art. 1.262 del Código Civil por la concurrencia de la oferta con la aceptación. La proposición formulada por los licitadores constituye una auténtica oferta de contrato en la medida que es una declaración formal dirigida al órgano de contratación con el fin de concluir el contrato una vez que sea aceptada por este, aceptación que tiene lugar con la adjudicación del contrato, momento en el que se produce efectivamente el acuerdo de voluntades, aunque el contrato se perfeccione con su formalización. En definitiva, si las mejoras ofertadas por el adjudicatario forman parte integrante de su proposición (oferta de contrato) y esta ha sido aceptada por la adjudicación del órgano de contratación sin ninguna reserva al respecto, aquellas serán exigibles al contratista con independencia de que hayan sido valoradas en la fase de adjudicación del respectivo contrato, oferta que deberá ser cumplida de forma estricta por el adjudicatario del contrato.

Para nosotros, la aceptación sin reservas de las mejoras ofertadas por un licitador que después es adjudicatario, que no estaban previstas ni en el pliego

.....

49 Informe 3/2010 de 15 de septiembre, reiterado el criterio en el informe 2/2013, de 17 de mayo.

ni en el anuncio de la licitación, ha de estar precedida de un riguroso análisis primero por la mesa de contratación y después por el órgano de contratación al acordar la adjudicación, ya que, por una parte, esa mejora no prevista y ofertada no puede alterar o modificar sustancialmente el objeto contractual, pues sería incoherente que el poder adjudicador, al autorizar la presentación de mejoras, esté limitado por una imposibilidad de variar el objeto contractual, mientras que por el hecho de su presentación en una oferta, un adjudicatario sí pueda hacerlo. Por tanto, de aceptarse la mejora, debe analizarse si realmente es una prestación adicional al objeto contractual inicialmente definido y no supone una ampliación o modificación sustancial a posteriori.

También esta situación puede encontrar dificultades en la fase de la ejecución pues, por una parte, habrá de estarse en su realización única y exclusivamente a lo recogido en la proposición del contratista de la Administración, y por otra, el poder adjudicador carecería de un medio tan importante para compeler a su correcta ejecución como es el de las penalidades del art. 212 del TRLCSP, que indica que, fuera de las penalidades por demora, en caso de cumplimiento defectuoso de las prestaciones contractuales se podrán establecer en el pliego las penalidades que procedan según la importancia del incumplimiento que, en todo caso, deberá ser proporcional y su cuantía no superior al 10% del presupuesto del contrato.

En fin, para aceptar sin reservas las mejoras propuestas por el adjudicatario en su oferta y que no están previstas en la documentación contractual que rige la adjudicación del contrato, han de analizarse detenidamente todos sus extremos, considerando las ventajas e inconvenientes que, para el interés público, tendría su aceptación y ejecución, cuidando que ello no suponga una alteración o modificación sustancial del objeto contractual.

Tampoco serán objeto de valoración aquellas mejoras propuestas por un licitador formulando reservas o condiciones en su ejecución, puesto que las proposiciones de los interesados se formularán «sin salvedad o reserva alguna» [art. 145.1 del TRLCSP], formando parte de la proposición las mejoras ofertadas⁵⁰.

Así, las mejoras ofertadas, para ser valoradas, deberán estar recogidas en el pliego y en el anuncio de la licitación, y habrán de formularse inequívocamente por el licitador, sin sujetarlas en cuanto a su ejecución a ninguna condición o reserva, pues en caso contrario, se tendrá por no formulada esa mejora según el mencionado art.145.1 del TRLCSP.

.....

50 Resolución del TACPCM 65/2012, de 20 de junio [recurso 62/2012].

7. LAS «OFERTAS INTEGRADORAS»

A. Concepto, naturaleza y ámbito de aplicación

Si bien *strictu sensu* no se trata de variantes o mejoras, se ha considerado que el concepto de oferta integradora participa de la naturaleza jurídica de las dos figuras de las que nos venimos ocupando, aunque no se trate de una solución técnica alternativa ni de prestaciones adicionales a una oferta base⁵¹.

Antes de analizar su concepto, naturaleza y requisitos, es necesario poner de manifiesto que esta figura únicamente puede darse en los contratos cuyo objeto esté dividido en lotes, no analizando aquí la problemática que suscita la unidad del objeto contractual y su posible división, por no ser materia del presente trabajo. Por ello, decir brevemente que el principio que rige en el TRLCSP [art. 86.3] es el de la unidad del objeto contractual, siendo excepcional la división en lotes «siempre que estos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto», debiéndose justificar debidamente estas circunstancias en el expediente.

Ni en el TRLCSP ni en el RGLCAP se define la expresión «oferta integradora», efectuándose una breve alusión en el art. 5 del RD 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación, al decir que: «El objeto del contrato definirá las necesidades que se quieran satisfacer mediante la celebración del contrato, realizando una descripción detallada de las mismas, estableciendo, siempre que sea posible, lotes separados de aquellos servicios que por sus características lo permitan. En este caso se podrá prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de presentar también ofertas integradoras de varios o de todos los lotes licitados».

Mientras que en la Directiva 2004/18/CE no se formula regulación alguna acerca de esta figura, en la Directiva 2014/24/UE sí existe una regulación de las «ofertas integradoras» en su art. 46.3 que dice: «Los Estados miembros podrán disponer que, en caso de que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, los poderes adjudicadores estén facultados para adjudicar contratos que combinen varios lotes o todos los lotes cuando dichos poderes hayan especificado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, que se reservan dicha posibilidad, y hayan indicado los lotes o grupos de lotes que puedan combinarse».

.....

51 Informe de la JCCA Aragón 11/2013, de 22 de mayo de 2013.

La JCCA Aragón⁵² ha definido en consecuencia la «oferta integradora» como «aquella que permite presentar una proposición simultánea a varios o a todos los lotes licitados –según se establezca en el pliego– de modo que se permita seleccionar la mejor oferta (individualmente o integrada), incorporando un elemento de comparación real y objetivo».

Por tanto, la «oferta integradora» presupone que el licitador presenta proposición individualmente a cada uno de los lotes y presenta otra oferta conjuntamente a todos los lotes respecto de los cuales se ha admitido esta «oferta integradora», permitiendo al poder adjudicador determinar si la oferta económicamente más ventajosa es la proposición que engloba a todos los lotes de forma conjunta o, en su defecto, resultan más ventajosas las proposiciones individuales para cada uno de los lotes. Así, el licitador presentará dos ofertas lo que lleva consigo la presentación de dos proposiciones simultáneas, constituyendo, al igual que las variantes y las mejoras, una excepción al principio consagrado en el art. 145.3 del TRLCSP. En virtud de ello, si un operador económico presentara una oferta individual para cada uno de los lotes y una «oferta integradora» de todos ellos, ambas proposiciones habrían de ser inadmitidas por aplicación del precitado art. 145.3 del TRLCSP, pues se estaría ante dos proposiciones simultáneas cuya presentación no estaba autorizada en el pliego de cláusulas administrativas ni en el anuncio de licitación⁵³.

La misma JCCA Aragón ha estimado que, a pesar de estar prevista la admisión de la «oferta integradora» para los contratos de servicios de telecomunicaciones en el RD 541/2001, resultaría aplicable a cualquier contrato, independientemente de su tipología, debiendo concurrir los requisitos del art. 147 del TRLCSP, precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación. Además, el TACRC⁵⁴ ha admitido también su aplicabilidad a las entidades locales, aunque su ámbito inicial de aplicación sea la Administración General del Estado.

B. Requisitos y límites

Siguiendo en este punto a la JCCA Aragón en el ya citado Informe 11/2013, de 22 de mayo, y al TACRC en su resolución 291/2015, de 30 de marzo [recurso 205/2015], los requisitos y límites de las ofertas integradoras son similares a los

.....

52 Informe 11/2013 de 22 de mayo de 2013.

53 Resolución del TACRC 155/2013, de 18 de abril [recurso 176/2013].

54 Resolución 291/2015, de 30 de marzo [recurso 205/2015].

exigidos para la correcta admisión de las variantes y mejoras, pudiéndose resumir del modo siguiente:

- a) que se autorice su presentación expresamente por el órgano de contratación, previa justificación en el expediente de la idoneidad y ventajas que para el interés público reporta su incorporación.
- b) que sean previstas expresamente en el pliego y en los anuncios, detallando con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.
- c) que se utilicen varios criterios de adjudicación, al ser este un requisito exigido por el art. 147 TRLCSP para la presentación de variantes o mejoras.
- d) todos los requisitos técnicos exigidos en los pliegos para cada lote serán de obligado cumplimiento por las ofertas integradoras.
- e) la presentación de una «oferta integradora» puede referirse a varios o a todos los lotes individualmente considerados, según lo que en los pliegos se establezca.
- f) su presentación será siempre potestativa para los licitadores, pues, en caso contrario, quebraría el propio principio de defensa de la competencia que quiere preservarse mediante la división en lotes del objeto del contrato.
- g) por el mismo motivo, todo licitador que desee presentar una «oferta integradora», deberá necesariamente presentar una oferta individual válida a cada uno de los lotes que integren aquella.
- h) cada licitador solo podrá presentar una «oferta integradora» en función de los lotes autorizados a ser integrados (no puede existir simultaneidad de «ofertas integradoras» referidas a los mismos lotes).
- i) Los criterios de adjudicación que se apliquen serán idénticos para valorar los lotes individualmente considerados y los lotes integrados en la oferta conjunta, y se deberá identificar en el pliego sobre qué criterios se permite la presentación de una «oferta integradora».
- j) el pliego deberá contener la ponderación asignada a cada lote según su importancia relativa, de modo que se posibilite la comparación objetiva.
- k) Por último, para que el contrato se adjudique a una «oferta integradora», ha de garantizarse en la valoración que es más ventajosa (según los criterios de adjudicación que se apliquen) que la suma ponderada de las mejores ofertas individualmente consideradas y, en todo caso, es requisito indispensable que iguale o mejore individualmente la puntuación obtenida en cada uno de los lotes integrados a la obtenida por la oferta individual presentada por el mismo licitador.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁵⁵ ha puesto de manifiesto los posibles riesgos que, las «ofertas integradoras» pueden tener para la libre competencia entre las empresas, favoreciendo a los grandes operadores sobre los medianos o los pequeños, limitándose a aquellos supuestos en que el criterio de valoración sea fundamentalmente el precio, razones tecnológicas lo justifiquen y a priori no quede afectada la libre competencia⁵⁶.

8. EFECTO DE LA INCORRECTA CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS VARIANTES O MEJORAS EN EL PLIEGO Y EN EL ANUNCIO DE LA LICITACIÓN

Expuestos pormenorizadamente los requisitos que han de reunir las variantes y mejoras al ser configurados por el poder adjudicador, corresponde describir los efectos que, sobre la licitación y, por tanto, sobre el contrato, tiene su errónea configuración, pues ello afecta a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa.

Tanto las variantes, como soluciones técnicas que voluntariamente pueden ofertar los licitadores si así se autoriza en el pliego y en el anuncio de la licitación, como las mejoras que no dejan de ser sino prestaciones adicionales que mejoran la prestación principal, son elementos determinantes para la definición de la oferta económicamente más ventajosa de las proposiciones presentadas, por ello, se requiere que estén plenamente descritas en todos sus extremos pues ello viene impuesto por la obligación de transparencia que ha de regir el procedimiento de adjudicación de los contratos, entroncando directamente con los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Si no estuvieran delimitados con claridad los requisitos de las variantes y de las mejoras, los operadores económicos no estarían en condiciones de igualdad para conocer el modo en que serían objeto de valoración sus proposiciones, con lo cual, no podrían elaborar su oferta con conocimiento de los aspectos que iban a ser tenidos en consideración⁵⁷.

.....

55 INF/DP/0007/14, de 13 de junio, sobre el pliego para la contratación de servicios consolidados de telecomunicaciones de la Administración General del Estado.

56 «Por tanto, desde un enfoque teórico parecería más razonable limitar la presentación de ofertas integradoras a aquellos sectores donde los criterios de valoración estén al máximo basados en el precio, donde verdaderamente existan razones tecnológicas que justifiquen esta solución y donde no existan perjuicios para la competencia».

57 Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008 [Asunto C-532/06].

Se ha considerado por los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación que la infracción de la correcta definición de los requisitos, condiciones, modalidades y límites de las variantes y de las mejoras es la nulidad de pleno derecho, pues afecta a los principios de igualdad y no discriminación que han de presidir la contratación del sector público, fundamentándose del siguiente modo⁵⁸: «[...] no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta».

Más discutida ha sido la doctrina de estos órganos en cuanto a la transmisibilidad del vicio de nulidad al pliego de cláusulas administrativas en su integridad y, por tanto, a todo el procedimiento de licitación en aquellos casos en que hubiera concluido el plazo para la presentación de proposiciones y se hubiera procedido a la apertura de los sobres y valoración de las proposiciones. Así, en un principio, se consideró⁵⁹ que el procedimiento de licitación continuaba, sin la cláusula que adolecía del vicio de nulidad, en virtud del principio de conservación de los actos del art. 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, determinándose la oferta económicamente más ventajosa con el resto de mejoras y criterios señalados en el pliego, habiéndose dicho en este sentido que⁶⁰: «[...] como en el caso citado, la nulidad no tiene por qué extenderse al resto de cláusulas de los pliegos afectados que pueden permanecer invariables y, conforme con el art. 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, conservar lo restantes actos y trámites».

Sin embargo, el TACRC modificó su doctrina relativa a esta cuestión⁶¹, considerando, con fundamento en la jurisprudencia del TJUE, que la nulidad de una mejora lleva consigo la del procedimiento de licitación, señalando en la resolución 585/2014, de 30 de julio [recurso 556/2014], que la declaración de nulidad de una mejora supone la modificación de los criterios que van a ser tenidos en cuenta para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, pues al desaparecer del procedimiento licitatorio uno de ellos el peso e im-

.....

58 Resolución del TACRC 69/2012, de 30 de marzo [recurso 044/2012].

59 Entre otras, Resoluciones del TACRC 5/2012, de 5 de enero [recurso 317/2011]; 140/2012, de 28 de junio [recurso 118/2012]; o 203/2012, de 20 de septiembre [recurso 187/2012]; y Acuerdo del TACPA 20/2012, de 14 de junio [recurso 026/2012].

60 Resolución del TACRC 203/2012, de 20 de septiembre [recurso 187/2012].

61 Modificación iniciada a partir de las Resoluciones 65/2013, de 6 de febrero [recurso 4/2013]; 97/2013, de 6 de marzo [recurso 107/2013]; y 129/2013, de 3 de abril [recurso 147/2013].

portancia del resto queda alterado, y los licitadores elaboraron su proposición en consideración a los criterios establecidos inicialmente con una determinada ponderación, que ha sido variada tras esa declaración de nulidad. Añadiéndose, además, que se trata de una cuestión de orden público y, por tanto, apreciable de oficio por los órganos encargados de la resolución del recurso especial sin necesidad de ser invocado el vicio por el recurrente⁶².

Algunos órganos jurisdiccionales de nuestro país también han adoptado la postura de considerar que la nulidad de una mejora supone la nulidad de la totalidad del procedimiento de licitación. En la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, del TSJ de Cataluña, de 9 de mayo de 2012 [recurso 244/2010], se han expuesto parecidos argumentos a los que ha empleado el TACRC, añadiendo que, además, esa alteración en las mejoras, por la supresión de aquellas que no estén debidamente configuradas en el pliego de cláusulas y en el anuncio de licitación, afecta a terceros operadores económicos que, si bien inicialmente no presentaron proposición a la licitación, después de

.....

62 «[...] al no haberse establecido de manera congruente la forma de acreditar las mejoras a considerar y las pautas para su valoración, las cláusulas del PCAP relativas a esas mejoras incurrir en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación pública exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su art. 1. En el mismo sentido, nos referíamos a otras sentencias del TJUE que declaran «la obligación de que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones en la prestación de las variantes o mejoras en aras al respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores».

Como también señalábamos en nuestra Resolución 370/2014 citada, con referencia a otras de este Tribunal, al anular el criterio de adjudicación relativo a las mejoras, hay que declarar también la nulidad del proceso de licitación. Como ha declarado el TJUE [Sentencia de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria] «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión». Y concluye que: «La normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso... se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso».

Sobre la posibilidad de apreciar de oficio los vicios de nulidad que afectan a la licitación, pese a no haberse solicitado por la empresa recurrente, como ya indicábamos en la reiteradamente citada Resolución 370/2014, este Tribunal no ha hecho en sus resoluciones sino seguir la doctrina que sobre esta cuestión ha mantenido el Tribunal Supremo.

la variación de las mejoras y de los criterios destinados a determinar la oferta económicamente más ventajosa, sí podrían estar interesados en la participación en ese procedimiento⁶³.

En definitiva, la infracción de los requisitos para la correcta configuración de las mejoras y variantes debe ser sancionada con la nulidad de pleno derecho, según la causa de la letra a) del art. 62.1 de la Ley 30/1992, siendo necesario que se proceda a modificar los pliegos e iniciar un nuevo procedimiento licitatorio, independientemente de haberse declarado esa nulidad al resolver una acción impugnatoria del pliego de cláusulas administrativas, o al impugnar posteriormente la adjudicación del contrato, y ello, por infringir la obligación de transparencia de las licitaciones y los principios de igualdad y no discriminación.

Los operadores económicos que pudieran estar interesados en la licitación han de conocer al tiempo de elaborar sus proposiciones, todos y cada uno de los extremos que se van a tener en cuenta para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, hecho que no acontecería de declararse la nulidad de una de las mejoras, pues tiene como consecuencia, por una parte, que uno de

.....

63 «Es cierto que dicha declaración de nulidad se contrajo a determinados criterios de valoración contemplados en el anexo IV del pliego de cláusulas. Sin embargo, ello comporta la invalidez del pliego en su conjunto, puesto que tales criterios constituyen un conjunto armónico, del que no puede desgajarse una parte sin que se alteren los objetivos que pretendía alcanzar en este caso la Administración a través de la concesión de las frecuencias de radiodifusión.

En cualquier caso, lo que resulta más relevante a los efectos de la presente *litis* es que los participantes en el concurso, ante la alteración de los criterios de valoración previstos y determinados en su momento, no tuvieron la oportunidad de adaptar sus ofertas a las nuevas prescripciones. Ello resulta especialmente relevante en cuanto se refiere al otorgamiento de 10 puntos respecto de aquellos criterios que inicialmente recibían hasta 20, alteración que no venía prefijada en modo alguno por la sentencia de la Sección 2ª de esta Sala, que se limitó a señalar el carácter desproporcionado de esta última puntuación.

Del mismo modo, el hecho de que se continuase el procedimiento de adjudicación, sin aprobar un nuevo pliego de cláusulas y abrir el correlativo plazo de presentación de ofertas, impidió a terceros la participación en el proceso selectivo, cuando hubieran podido tener interés en ello, a la vista de los nuevos criterios de valoración.

Es bien sabido que los pliegos de cláusulas constituyen la *lex contractus*, y que vinculan tanto a la Administración como a los participantes en el procedimiento de contratación. De ello deriva necesariamente que cualquier modificación del pliego, y en especial de los criterios de valoración, deba ir seguida de una nueva convocatoria que permita a los iniciales participantes adaptar su oferta a las condiciones sobrevenidas, así como que haga posible la participación de los terceros que así lo decidan en vista de los nuevos criterios. De otro modo, la alteración sustancial de las reglas que rigen la adjudicación produciría una absoluta indefensión de los participantes».

los elementos fijados inicialmente no se va a emplear para esa determinación y, por otro lado, los demás criterios modifican su ponderación, cambiando la importancia que tenían en un principio en la totalidad de la valoración.

IV. ANÁLISIS PRÁCTICO DE LA UTILIZACIÓN DE VARIANTES Y MEJORAS

Definido el régimen legal de las variantes o mejoras a la luz de su regulación en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho español, corresponde analizar la utilización que los distintos poderes adjudicadores de nuestro país hacen de las mismas, habiéndose consultado pliegos de cláusulas administrativas particulares publicados así como resoluciones de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación y de órganos encargados de la fiscalización de la contratación del sector público.

Lo primero que puede resaltarse de este análisis es que no se ha encontrado ningún pliego de cláusulas administrativas que incorpore todos y cada uno de los requisitos de las variantes y de las mejoras, ya que se nota la ausencia de determinaciones referidas a la forma de controlar y verificar su debida ejecución en los términos que han sido ofertados por el adjudicatario, así como los medios e instrumentos que se reserva el poder adjudicador para compeler a su cumplimiento efectivos tales como la imposición de penalidades o el establecimiento de causas de resolución vinculados a su grave incumplimiento.

En cuanto a la configuración de las variantes y mejoras, se ha observado todavía que en un pliego de cláusulas administrativas particulares⁶⁴, que rige la licitación de un contrato de gestión de servicios públicos con ejecución de obra, se autoriza la presentación por los licitadores de dos soluciones técnicas, si bien no se fija una solución técnica inicial por el órgano de contratación, lo que impide que los licitadores puedan presentar una oferta base y dos soluciones técnicas, justificándose tal decisión en la carencia de proyecto, diciendo que: «Dado que la Administración carece de Proyecto de Construcción del Área de Servicio y que, por tanto, tampoco cuenta con una solución totalmente predeterminada para la ejecución de aquella, la finalidad del presente procedimiento estriba en conseguir que cada licitador presente una proposición, que pueda incluir distintas soluciones de dicha obra, con los respectivos Proyectos y demás documen-

.....

64 Pliego de cláusulas administrativas particulares para el contrato de concesión de construcción y explotación del Área de Servicio de Cieza, en la Autovía A-67 de Cantabria a la Meseta, PK. 163,305, ambas márgenes, T.M. Cieza (Cantabria). Clave: 37-S-5640 AS. Cieza.

tos que la definan, y en que, al tiempo, pueda disponerse de la correspondiente oferta económica relativa a la ejecución de la mencionada Área y a su explotación según cada una de las citadas soluciones. Todo ello para tratar de lograr, mediante la elección del compendio *solución-oferta económica más favorable para el interés público, la mejor concepción posible de la obra*».

En cambio, en un pliego de cláusulas administrativas de un contrato de concesión de obra pública promovido por el Ayuntamiento de Madrid⁶⁵, sí se recoge detalladamente el régimen de requisitos, condiciones, modalidades y límites de las variantes, al señalar que: «1º) Variante relacionada con el procedimiento constructivo y sus fases de ejecución que pretenda desarrollar para la ejecución de las obras. En este sentido el licitador, podrá presentar variante en relación con el procedimiento de ejecución de las rampas de acceso a la infraestructura y aparcamiento, con el procedimiento de refuerzo y ampliación de la losa de cubierta previsto en el anteproyecto así como con los desvíos y fases de obra que se deriven como consecuencia de los procedimientos propuestos, siempre que estos procedimientos garanticen la no afección a las infraestructuras y edificaciones próximas. Se valorará conforme a los criterios 1 «Calidad del Proyecto Básico» y 3 «Sistema constructivo con menor afección negativa al normal funcionamiento de la ciudad y a la vida de los ciudadanos de los Criterios no valorables en cifras o porcentajes del apartado 17.1 del presente Anexo I».

Así, en este segundo pliego de cláusulas administrativas se contempla pormenorizadamente todos los aspectos para la debida presentación y, posterior admisión de las variantes por parte de los licitadores, presentación voluntaria como ya hemos dejado claro a lo largo del trabajo.

En cuanto a las mejoras, en los pliegos estudiados se utilizan con profusión definiciones en exceso genéricas como pueden ser a título ejemplificativo: «Propuestas de mejora con respecto a la calidad del servicio»; «Presentar propuestas que, sin aumento de coste, puedan mejorar la calidad tanto del servicio como de los equipos»; «Entrega de productos de igual o similar naturaleza». De ello podemos colegir que no se concretan las prestaciones adicionales o extras de la prestación inicial que pueden ofertar los licitadores en sus proposiciones, lo que facilita, por una parte, una posible actuación arbitraria por parte de la mesa de contratación al llevar a cabo la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, y por otro, que los operadores económicos que estuvieran interesados

.....

65 Contrato de concesión de obra pública denominado «redacción de proyecto, construcción y explotación de la infraestructura subterránea destinada a transporte y aparcamiento, Sevilla-Alcalá».

en la adjudicación del contrato, no tengan conocimiento pleno de los aspectos que van a ser tenidos en cuenta en la valoración de sus ofertas, lo cual resulta contrario a los principios de igualdad y no discriminación.

Además, también se ha encontrado algún pliego en el cual se establecen mejoras que no guardan relación con el objeto del contrato, valorándose⁶⁶ un «Porcentaje del importe de la licitación destinado a la adquisición de equipos médicos y / o quirúrgicos y / o de Servicios Centrales del Hospital». En este caso, además de ser genérica la descripción de la mejora, no guarda relación con el objeto del contrato, puesto que más de una prestación adicional vinculada a la prestación principal, se permite el suministro de cualquier bien con destino al Hospital, pero sin circunscribirse al concreto objeto del contrato.

Esta situación parece más o menos habitual en la contratación del sector público, según se puede comprobar en los informes de fiscalización de distintos órganos. El Tribunal de Cuentas en su informe de fiscalización 1066, de 20 de diciembre de 2014, al fiscalizar la contratación del sector público en el año 2012 formula, entre otras, las siguientes consideraciones:

En el expediente 79/2012 sus pliegos de cláusulas administrativas particulares incluyeron dentro de los criterios de adjudicación objeto de valoración subjetiva las «mejoras» presentadas por los licitadores, factor al que asigna hasta el 10% de los puntos totales, sin especificar el tipo de mejoras que, de acuerdo a las características del servicio a prestar, tendrían tal carácter de contribuir a incrementar el valor de la oferta técnica y la calidad de la prestación ejecutada a favor de la Administración, especificación esta que resulta esencial. La no determinación a priori de qué prestaciones contenidas en la oferta podrían ser consideradas como mejoras, por ofrecer la virtud de contribuir a elevar el grado de satisfacción de la entidad contratante, genera un espacio de excesiva discrecionalidad en el procedimiento de selección del contratista, lo que supone una clara merma de los principios de igualdad y transparencia que deben inspirar dicho procedimiento.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los dos expedientes fiscalizados, el 1200032, de servicios de soporte técnico de sistemas para el entorno técnico de la Entidad, y el 1200034, de servicios de soporte de los sistemas y servicios microinformáticos de la CNC, previeron como criterios para la adjudicación, configuradas como prestaciones adicionales, las «mejoras» presentadas por los licitadores, sin determinar su contenido y sin especificar en qué condiciones quedaba autorizada su presentación, tal como venía exigido por el art. 147 del TRLCSP. En estos pliegos, tampoco se definía el tipo de mejoras que, de acuerdo a las características del servicio, deberían haber contribuido a incrementar el valor de la oferta técnica y la calidad de la prestación ejecutada a favor de la Administración. Como

.....

66 Suministro de implantes de cirugía vascular con destino al Hospital Universitario de la Paz.

se ha reiterado en ejercicios anteriores, la ausencia de determinación de qué prestaciones ofrecidas por el empresario podrían contribuir a elevar el grado de satisfacción de la entidad contratante respecto de la oferta origina una discrecionalidad en el procedimiento de selección del contratista, que, en consecuencia, produce una debilidad en el debido cumplimiento de los principios de igualdad y transparencia que deben inspirar este procedimiento.

La Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid en su informe aprobado el 29 de julio de 2014 también formula consideraciones similares al Tribunal de Cuentas, diciendo que:

Las mejoras (ponderadas con un máximo de 10 puntos) se definían incorrectamente ya que el pliego no precisaba, como exige el art. 147. 2 TRLCSP, «sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación».

Esto supone una falta de transparencia ya que los licitadores desconocen cómo van a ser evaluadas sus ofertas antes de presentarlas y no queda garantizado que los licitadores concurren en condiciones de igualdad.

El pliego se limitaba a decir que «se valorarán [...] aquellas propuestas que redunden en una mejor prestación del servicio a juicio del Ayuntamiento».

Por tanto, son muchos los contratos en los que las variantes o mejoras no quedan plenamente definidas, propiciando posibles actuaciones arbitrarias de los órganos que intervienen en los procedimientos de adjudicación de los contratos del sector público, así como incurriendo en posibles vulneraciones del principio de igualdad y no discriminación e incumplimiento la obligación de transparencia, lo cual implicaría que esos procedimientos adolezcan de un vicio de nulidad de pleno derecho tal como examinamos antes.

V. CONCLUSIONES

En un principio, de acuerdo con el art. 147 del TRLCSP, las variantes y mejoras se configuran como una excepción a la prohibición de presentación de proposiciones simultáneas por un mismo licitador. Ahora bien, esa equiparación, que alcanza también a ostentar un régimen jurídico común, introduce confusión para su aplicabilidad por los distintos operadores económicos.

El vigente TRLCSP no define qué ha de entenderse por variantes y mejoras, lo que lleva, en ocasiones, a complicar la correcta aplicación de unas y otras. Por ello, las próximas reformas normativas y, particularmente, la transposición de las Directivas de 26 de febrero de 2014, sería un buen momento para definir, delimitar y establecer con claridad su concepto, requisitos, condiciones y modalidades.

De acuerdo con los pronunciamientos de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación y de las diferentes juntas consultivas de contratación administrativa, estas dos figuras cumplen distintas finalidades, si bien deben estar, en todo caso, vinculadas al objeto del contrato y ser objeto de publicidad en el anuncio de la licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares, procediendo su autorización en contratos en que no se haya establecido un solo criterio de adjudicación. Así, las variantes son soluciones técnicas que pueden presentar voluntariamente los licitadores, dentro de los requisitos, condiciones, modalidades y límites autorizados por el órgano de contratación y que varían en parte la prestación contractual inicialmente configurada por el órgano de contratación, sin modificar su objeto y finalidad definidos previamente. Por su parte, las mejoras, son prestaciones adicionales o extraordinarias a la prestación inicial que pueden presentar los licitadores para determinar la oferta económicamente más ventajosa, siendo preciso delimitar sus requisitos, condiciones y límites, fijando su forma de valoración en los pliegos.

La incorrecta configuración de las variantes y mejoras en los términos expuestos a lo largo del trabajo supone la infracción de la obligatoriedad de la transparencia en la contratación del sector público, y de los principios de igualdad y no discriminación, puesto que los licitadores no conocen qué aspectos de su proposición van a servir para determinar la oferta económicamente más ventajosa y, por otro lado, los órganos encargados de la valoración de las proposiciones pueden incurrir en arbitrariedad al determinar la oferta económicamente más ventajosa.

Pero, no solo es imprescindible configurar correctamente las variantes y las mejoras para que se defina con transparencia e igualdad de trato la oferta económicamente más ventajosa. También es necesario que, al fijarlas, se establezcan extremos relativos a su ejecución y exigibilidad, pues tan importantes son en la fase de licitación como en la de adjudicación del contrato, pues de no llevarse a cabo las ofertadas por el adjudicatario y aceptadas por el órgano de contratación, también se podría estar vulnerando el principio de igualdad de trato, pues ese operador económico ha obtenido la adjudicación de un contrato en virtud de una proposición que después no está cumpliendo ni se exige su cumplimiento.

De los pliegos estudiados y de los informes de fiscalización de distintos órganos se deduce que no es habitual que se regulen al establecer variantes y mejoras todos los aspectos necesarios para una correcta configuración, que se extiendan a la fases de licitación, adjudicación, formalización y ejecución del contrato. Así, todos los poderes adjudicadores deberían ser más diligentes al fi-

jar las variantes y mejoras, pues de no hacerlo con el cumplimiento de los aspectos expuestos, estarían vulnerando la obligación de transparencia y, consecuentemente, los principios de igualdad de trato y no discriminación, lo que llevaría consigo la nulidad de pleno derecho de la integridad del procedimiento licitatorio.

VI. ANEXO DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

1. INFORMES DE JUNTAS CONSULTIVAS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

ÓRGANO	NÚM. INFORME	FECHA
JCCA Estado	59/2009	26/02/2010
JCCA Estado	31/2007	05/07/2007
JCCA Estado	19/2004	12/11/2004
JCCA Estado	29/9829/1998	11/11/1998
CCA Andalucía	4/2014	11/07/2014
JCCA Aragón	4/2015	17/03/2015
JCCA Aragón	2/2015	17/03/2015
JCCA Aragón	11/2013	22/05/2013
JCCA Cantabria	2/2005	24/02/2005
JCCA Cataluña	6/2015	21/04/2015
JCCA Cataluña	1/2015	09/03/2015
JCCA Cataluña	9/2012	20/07/2012
JCCA Madrid	3/2014	10/07/2014
JCCA Madrid	3/2013	15/10/2013
JRCA Murcia	2/2013	17/05/2013
JRCA Murcia	3/2010	15/09/2010

2. RESOLUCIONES DE ÓRGANOS ENCARGADOS DE LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

ÓRGANO	NÚM. RESOLUCIÓN	FECHA	Nº RECURSO
TACRC	291/2015	30/03/2015	205/2015
TACRC	132/2015	06/02/2015	32/2015
TACRC	25/2015	14/01/2015	942/2014
TACRC	592/2014	30/07/2014	527/2014
TACRC	585/2014	30/07/2014	556/2014
TACRC	341/2013	02/09/2013	405/2013
TACRC	129/2013	03/04/2013	147/2013
TACRC	97/2013	06/03/2013	107/2013
TACRC	65/2013	06/02/2013	4/2013
TACRC	203/2012	20/09/2013	187/2013
TACRC	140/2012	28/06/2012	118/2012
TACRC	69/2012	30/03/2012	44/2012
TACRC	5/2012	05/01/2012	317/2011
TACPA	27/2012	18/07/2012	35/2012
TACPC	20/2012	14/06/2012	26/2012
TACPA	8/2012	07/02/2012	4 y 6/2012
TACPCM	39/2013	06/03/2013	34/2013
TACPCM	65/2012	20/06/2012	62/2012
TACPCM	43/2011	28/07/2011	40/2011
OARCE	76/2014	31/07/2014	2014/66

3. RESOLUCIONES JURISDICCIONALES

ÓRGANO	FECHA SENTENCIA	NÚM. RECURSO
TJUE	22/04/2010	C-423/07
TJUE	16/10/2003	C-421/01
TSJ País Vasco	27/03/2015	744/2013
TSJ Castilla y León	20/01/2014	388/2012
TSJ Cataluña	09/05/2012	244/2010
TSJ Cataluña	20/11/2006	1029/2001