

Muy buenas, hace bastante que no publicamos nada y os pedimos disculpas pero estábamos absortos en otros proyectos que reclamaban nuestra atención y todo a la vez no se puede, pero poco a poco nos vamos poniendo de nuevo a la faena y hoy queríamos resolver una vieja cuestión.

En el ámbito de la contratación pública sobre todo para aquellos que la miramos de forma tangencial, desde la fiscalización hay conceptos que se nos resisten uno de ellos es el de mejora y sobre todo el de variante pues aunque puedan parecer similares en realidad responden a conceptos diferenciados. Una definición que no a parecido muy clara, y por eso la ponemos en común es la del [TARC del 30 de Julio de 2014, nº 0592/2014](#) y como lo define de forma muy clara y didáctica, simplemente copiamos y pegamos el fundamento 6º:

Sexto. Variantes y Mejoras: Conceptualmente puede diferenciarse entre variante y mejora:

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.

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.

Ahora bien, jurídicamente su tratamiento es idéntico, pues el art. 147 del TRLCP separa ambos conceptos con la conjunción disyuntiva “o” para someterlas a idéntico régimen.

El art. 145.3 del TRLCSP determina que “cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras.

El artículo 147 del TRLCSP establece que:

“1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación”.

Este precepto tiene su origen en el art. 24 de 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, del siguiente tenor:

“1. Cuando el criterio de adjudicación del contrato sea el de la oferta económicamente más ventajosa, los poderes adjudicadores podrán autorizar a los licitadores a presentar variantes. 2. Los poderes adjudicadores indicarán en el anuncio de licitación si autorizan o no autorizan las variantes; en caso de que falte dicha mención, las variantes no estarán autorizadas. Los poderes adjudicadores que autoricen las variantes mencionarán en el pliego de condiciones los requisitos mínimos que deberán cumplir las variantes, así como las modalidades de su presentación”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre la obligación de que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones de la presentación de las variantes en aras al respecto al principio de igualdad de trato de los licitadores; así, en Sentencia de 16 de octubre de

2003, asunto C-421/01, Traunfellner GmbH (TJCE 2003, 322), considera contraria a la regulación comunitaria una licitación en la que se reconoce la presentación de variantes, pero en la que no se detalla ni precisa las condiciones y requisitos de las mismas:

“29. 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”.

Este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la admisibilidad y requisitos de las variantes o mejoras. Entre otras puede destacarse la Resolución 467/2014, de 13 de junio, que con abundante cita de otras resoluciones que contienen la doctrina del Tribunal sobre el particular, relata:

“Debe afirmarse, por tanto, que el TRLCSP proscribire las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y/o en cuanto al valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación. En este sentido, el Tribunal sostiene un criterio consolidado a lo largo de sus resoluciones, sirviendo como ejemplo las Resoluciones 514/2013, de 14 de noviembre; 207/2013, de 5 de junio; 302/2011, 14 de diciembre o la Resolución 189/2011, Como se expone en la Resolución de este Tribunal 180/2013, de 23 de mayo de 2013, dictada en el recurso 187/2013, y las que en ella se citan -Resolución 155/2011 (reiterada por otras muchas, como la 69/2012 o la 203/2012)- el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha analizado la obligación de que el Pliego de Cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GMBH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues como ha recordado la sentencia TJUE de 28 de noviembre de 2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el Pliego”.

La Resolución 57/2013, de 6 de febrero argumenta:

“Ya decíamos en nuestra Resolución 155/2011, reiterada por otras muchas (como la 69/2012 o la 203/2012), que el propio Tribunal de Justicia de la UE ha analizado la obligación de que el pliego de cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de mejoras, en aras del principio de igualdad de trato de los licitadores (Sentencia 16-10-2003, asunto Trunfellner GMBH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues, como ha recordado las STJUE de 24-11-2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejadas en el pliego. En tal Resolución decíamos que “debiera existir (en el pliego) una previsión concreta con ocasión de los criterios de valoración de qué mejoras se pueden presentar y cómo se van a valorar, caso contrario queda a disposición del órgano de contratación admitir cualesquiera mejoras y valorarlas de cualquier forma...”

La Resolución 421/2014, de 30 de mayo razona:

“Con arreglo a los artículos 147.2 TRLCSP y 67.2.j) RGLCAP, el de delimitar con precisión a qué elementos pueden afectar, en qué condiciones pueden admitirse y cuál es la forma en la que deben puntuarse (cfr.: Resoluciones 300/2014, 514/2013, 97/2013, 57/2013, 16/2012, 189/2011) (...). Esta imprecisión hace imposible que los licitadores puedan formular adecuadamente sus ofertas -por desconocer qué es lo que espera el órgano de contratación-, que éstas puedan ser examinadas y

confrontadas adecuadamente -al faltar la necesaria homogeneidad entre ellas- y que, en fin, pueda este Tribunal llevar a cabo su función revisora -por no existir una definición previa con la que comparar la evaluación llevada a cabo en la licitación- (cfr.: Resoluciones 318/2011 y 471/2013). Se comprometen gravemente, en suma, los principios de igualdad y libre concurrencia entre los licitadores y la misma transparencia del proceso de licitación (artículos 1, 139 y 150.1 TRLCSP), vicios que no pueden remediarse “a posteriori” con una evaluación técnica por muy razonada y extensa que se presente ésta. Por ello, este Tribunal se ve compelido a adoptar ahora la misma decisión que en ocasiones precedentes en las que se ha enfrentado con cláusulas genéricas sobre mejoras que no delimitaban los extremos de éstas ni la forma de puntuarlas: declarar la nulidad de pleno derecho de las cláusulas en cuestión, por hallarse incursas en el supuesto previsto en los apartados a) y e) del artículo 62.1 LRJPAC (Resolución 135/2014). Declaración que, por lo demás, puede hacerse de oficio dada la naturaleza de orden público del vicio que la genera (Resoluciones 370/2014 y 135/2014), incluso con ocasión de un recurso deducido contra un acto recaído en el procedimiento de contratación, aun cuando no se impugnaran los Pliegos correspondientes (Resoluciones 5/2012 y 284/2011). La apreciación de la nulidad de las cláusulas lleva consigo, obviamente, la de la propia adjudicación y, en fin, la del propio proceso de licitación, que no puede subsistir a la anulación de uno de los criterios de adjudicación (Resoluciones 629/2013, 207/2013, 173/2013, 180/2013, 97/2013), siendo, en consecuencia, imposible acceder a la pretensión de ordenar una nueva evaluación de las ofertas.”

A este respecto, cabe citar asimismo la Sentencia de 4 de diciembre de 2003, asunto C 448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria, en la que se declara que:

“en el caso de que el órgano que conoce el 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”, atentando de esa manera contra los principios de igualdad de trato y de transparencia en el procedimiento de adjudicación.

De lo hasta ahora expuesto puede deducirse la necesaria concurrencia de los siguientes requisitos para la admisión de la variante o mejora:

- a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación.
- b) Que guarden relación con el objeto del contrato.
- c) Que deberán mencionarlos en el pliego y en los anuncios.
- d) Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.

En fin creemos que con esto ya tenemos claras las diferencias y los límites por lo que la guardamos en nuestro fondo de armario

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES Expdte. TACRC - 527/2014