

## **Informe 19/04, de 12 de noviembre de 2004. "Diferencia entre proposiciones simultáneas y variantes".**

Clasificación de los informes: 15.3 Variantes de los concursos. 16.7 Otras cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas.

### **ANTECEDENTES**

1. Por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Oroso (La Coruña) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

*"Por este Ayuntamiento se declaró desierto el concurso convocado para la gestión integral del servicio público de abastecimiento y saneamiento de agua del Ayuntamiento, por estimar la Mesa de Contratación que los dos únicos licitadores que concursaron (AQUAGEST, S.A. y ESPINA y DELFÍN, S.L.) habían presentado sendas proposiciones simultáneas, aunque ESPINA y DELFÍN, S.L., la denominó expresamente "oferta variante" (se adjunta copia de la oferta base y de la variante). En el pliego de condiciones no se previó la posibilidad de presentar variantes. El licitador que no resultó adjudicatario en el posterior procedimiento negociado convocado (ESPINA y DELFÍN, S.L.) recurrió el acuerdo de Comisión de Gobierno declarando desierto el concurso por entender que su proposición no es simultánea sino variante, con lo cual el efecto es que no se debió declarar desierto el concurso por no admitir las propuestas por el suscritas, sino el no tomar en consideración la variante y resolver el concurso considerando la oferta base.*

*De las cinco consideraciones que introduce ESPINA y DELFÍN, S.L., en sus ofertas, sólo dos son coincidentes, a saber, el coste unitario del servicio y la tarifa media por metro cúbico de agua facturada, es por ello que se nos plantea duda sobre si existe algún criterio para discernir claramente entre lo que es una proposición simultánea y una alternativa o variante, sobre todo cuando en el pliego de condiciones no se prevé la posibilidad de presentar variantes, como es nuestro caso, dado que las consecuencias jurídicas son muy dispares de conformidad con el artículo 80 y arto 87 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas".*

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo la siguiente documentación:

a) Acta de la Mesa de Contratación de 13 de noviembre de 2002 por la que se propone declaración de desierto el concurso convocado para la gestión del servicio público mediante concesión administrativa de la explotación integral del servicio de abastecimiento y saneamiento de agua potable del Ayuntamiento de Oroso.

b) Notificación del acuerdo de la Comisión de Gobierno de 15 de noviembre de 2002, aceptando lo anterior propuesta a los licitadores "Aquagest, S.A." y "Espina y Delfín, S.L.," siendo la fecha de notificación de 24 de octubre de 2002, aunque no consta la fecha de recepción de las anteriores notificaciones.

c) Oferta base y oferta variante presentada por el representante de la empresa "Espina y Delfín, S.L.", en las que coinciden el coste unitario del servicio y la tarifa media por metro cúbico de agua facturada, variando el valor de las obras que se compromete a realizar (540.800 euros y 60.000 euros), la anualidad constante de amortización (capital más intereses y su plazo (37.842,42 euros en 20 años y 0 euros en 0 años) y la subvención a percibir por el concesionario por metro cúbico de agua facturada y cobrada (0,2017 euros y 0,1368 euros).

d) Escrito del representante de la empresa "Espina y Delfín, S.L.", formulando recurso potestativo de reposición contra el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Oroso, por el que se declara desierto el concurso convocado y fechado el 17 de diciembre de 2003.

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Aunque la cuestión concreta que se plantea en el presente expediente lo es en relación con un recurso potestativo de reposición y respecto de dicha cuestión haya que reiterar el criterio de esta Junta de no poderse resolver por vía de informe las mismas cuestiones que han de ser planteadas y resueltas por vía de recurso, también es cierto que en el expediente se plantea la cuestión más general y abstracta de las analogías y diferencias entre proposiciones simultáneas (artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y proposiciones que incluyen variantes (artículo 87 de la misma Ley) sobre las cuales y su respectivo régimen jurídico debe pronunciarse esta Junta partiendo del examen y la interpretación de los citados artículos 80 y 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. El artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, bajo la rúbrica de proposiciones simultáneas declara que “en las licitaciones, cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 87 de la presente Ley sobre admisibilidad de variantes” añadiendo que “tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros, si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal” y concluye con la prescripción de que “la infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”. Por su parte el artículo 87 bajo la rúbrica de admisibilidad de variantes establece en su apartado 1 que “el órgano de contratación solo podrá tomar en consideración las variantes o alternativas que ofrezcan los licitadores cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad “añadiendo a continuación que “el pliego precisará sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de variantes o alternativas” concluyendo el apartado 2 que “la circunstancia de autorización de variantes se hará constar, además, en el anuncio de licitación del contrato”.

3. El examen comparativo y la interpretación literal de ambos preceptos legales—los artículos 80 y 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas— conducen a una primera conclusión del mayor interés a efectos del presente informe consistente en afirmar que las propuestas que incluyen variantes o alternativas deben considerarse propuestas simultáneas, como resulta claramente de la prohibición y excepción del artículo 80 que después de prohibir la presentación de más de una proposición exceptúa lo dispuesto en el artículo 87, en el que literalmente, se admite más de una proposición.

Esta interpretación literal se ve confirmada por la evolución normativa sobre proposiciones simultáneas y variantes, tanto en las Directivas comunitarias, como en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Las Directivas 93/37/CEE, (artículo 19), 93/36/CEE (artículo 16) y 92/50/CEE (artículo 24), que son las que se incorporan al texto de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, no se ocupan de las proposiciones simultáneas en general, sino únicamente de las variantes y, aunque con alguna contradicción en cuanto al carácter positivo o negativo de la autorización de variantes exigen, en todo caso, para que puedan ser admitidas o “tomarse en consideración” que respondan a los requisitos mínimos exigidos por los poderes adjudicadores que deberán mencionarlos en el pliego así como las modalidades de su presentación. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 24 de la reciente Directiva 2004/18/CE, de 3 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, de obras, de suministros y de servicios, aclarando específicamente que “solo se tomarán en consideración las variantes que cumplan los requisitos mínimos exigidos”.

Al referirse las Directivas no al supuesto de varias proposiciones sino exclusivamente al de variantes, resulta evidente que no pueden establecer normas para supuestos distintos a los de variantes y que su toma o no toma en consideración debe considerarse equivalente a su admisión o

rechazo, sin que tengan que pronunciarse sobre el mantenimiento de otras hipotéticas proposiciones ni admitidas, ni reguladas.

La evolución de la legislación española de contratos de las Administraciones Públicas sigue una línea recta en este extremo, pues tanto el artículo 81 como el 88 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, en su primitiva redacción, ya establecían que la admisibilidad de variantes debía configurarse como excepción a la prohibición de presentación de más de una proposición y que la toma en consideración de las variantes requería el ajuste a los requisitos y modalidades de presentación señaladas en el pliego de cláusulas administrativas, siendo la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, la que introduce simples modificaciones de redacción en estos artículos que pasan a constituir los artículos 80 y 87 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

4. Debe procederse, a continuación y como último extremo, al examen del contenido del artículo 36 de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y de los artículos 99 y 115 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Real Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que, aparte de consignar normas de contenido idéntico o muy similar al de los artículos 80 y 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, venían a establecer en el segundo párrafo del artículo 36 de la Ley y del artículo 115 del Reglamento que "los licitadores en el concurso podrán introducir en las proposiciones las modificaciones que puedan hacerlos más convenientes para la realización del objeto del contrato, dentro de los límites que señale expresamente el pliego de cláusulas administrativas" y en el tercer párrafo del artículo 115 del Reglamento que "cada licitador no podrá presentar más que una sola proposición, pero ésta puede comprender cuantas soluciones, considere oportuno ofrecer en relación con el objeto del contrato...."

La Ley 13/1995, de 18 de mayo en su disposición derogatoria única, deroga expresamente la Ley de Contratos del Estado y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, deroga también expresamente, el Reglamento General de Contratación del Estado por lo que no puede cuestionarse la derogación del segundo párrafo del artículo 36 y de la Ley y del segundo y tercer párrafo del artículo 115 del Reglamento citados, en cuanto a la posibilidad de introducir modificaciones o soluciones no variantes en las proposiciones, ya que, a diferencia de otros aspectos de la regulación de variantes y quizá con la finalidad de evitar las dudas entre variantes y estas modificaciones o soluciones que se examinan, no se han incorporado al contenido de los actuales artículos 80 y 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por el contrario, en apoyo de la tesis que sustentamos debe citarse el artículo 85.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece que se adjudicarán por concurso aquellos contratos en los que "el órgano de contratación considere que la definición de la prestación aprobada por la Administración es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes o por reducción en sus plazos de ejecución".

5. Lo hasta aquí expuesto permite sin dificultad precisar el régimen jurídico de las proposiciones simultáneas, que será el establecido en el artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el de las variantes, que cuando no resulten admisibles o no se ajusten a los requisitos exigidos será igualmente el del artículo 80 o, por el contrario, su admisión y examen si su admisibilidad y requisitos figuran en el pliego y a estos últimos se ajustan las proposiciones que incluyan variantes.

La solución contraria que hipotéticamente pudiera sostenerse –el rechazo o la no toma en consideración de la variante y el mantenimiento de otra proposición–, aparte de contradecir la configuración de la variante como verdadera proposición y excepción a la prohibición del artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas estaría en contradicción con el espíritu y

finalidad de la regulación de variantes y su admisibilidad que, con un carácter restrictivo y subordinación a requisitos preestablecidos, se observa, tanto en las Directivas comunitarias, como en la legislación española de contratos de las Administraciones Públicas.

## **CONCLUSIÓN**

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, de conformidad con los artículos 80 y 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la admisibilidad de variantes constituye una excepción a la prohibición de presentación de proposiciones simultáneas y que tal admisibilidad y toma en consideración de las mismas se condiciona a la previsión en los pliegos y en los anuncios y su ajuste a los requisitos mínimos exigidos en los mismos, dado que en caso contrario se producirá el efecto del artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.