



Recurso nº 520/2017

Resolución nº 937/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 19 de octubre de 2017.

VISTOS el recurso interpuesto por D.C.A.B., en representación de la mercantil VIAJES HALCÓN, S.A.U., contra el anuncio y los Pliegos que han de regir el contrato de servicio denominado "*Servicios de Agencia de viajes para la Mutua de Accidentes de Canarias, Mutua Colaboradora de la Seguridad Social nº 272*", convocado por la Mutua de Accidentes de Canarias, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 8 de mayo de 2017 se publicó en el DOUE, el anuncio de la Mutua de Accidentes de Canarias, convocando licitación del contrato de Servicio consistente en "*Servicios de Agencia de viajes para la Mutua de Accidentes de Canarias, Mutua Colaboradora de la Seguridad Social nº 272*". El 8 de mayo de 2017 se procede a la publicación en el DOUE y el 8 de mayo de 2017 en la Plataforma de Contratación del Sector Público. El valor estimado del contrato se fija en la cantidad de 400.000 euros

Segundo. En fecha 26 de mayo de 2017, VIAJES HALCÓN, S.A.U. presentó recurso especial en materia de contratación contra el anuncio y los Pliegos que han de regir el contrato de servicio denominado "*Servicios de Agencia de viajes para la Mutua de Accidentes de Canarias, Mutua Colaboradora de la Seguridad Social nº 272*" en el registro del órgano de contratación, teniendo entrada posteriormente en el registro de este Tribunal.



En concreto impugna el anuncio de licitación del contrato referido publicado en la Plataforma del Sector Público, el documento de Pliegos publicado y determinado contenido del PCAP.

En cuanto al anuncio de la licitación manifiesta la recurrente que en primer lugar se indica que se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada cuando el contrato en cuestión no está sujeto a regulación armonizada. Considera asimismo que el anuncio incumple el artículo 147 del TRLCSP al no precisarse en qué condiciones queda autorizada la presentación de mejoras. Finalmente impugna del anuncio que contempla en el apartado "*condiciones de Adjudicación*" los criterios de adjudicación que impugna en el presente recurso.

Respecto del anuncio del documento de pliegos publicado lo impugna por las mismas razones que las establecidas anteriormente, por establecer que se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada y que contempla en el apartado "*condiciones de Adjudicación*" los criterios de adjudicación que impugna en el presente recurso.

Respecto de la impugnación del recurrente en lo que respecta al PCAP, se refiere a criterios de adjudicación contenidos en la cláusula 12ª, en concreto tres de ellos. En primer lugar el criterio de adjudicación ponderable en función de un juicio de valor, "*C) Mejoras al Pliego*", en segundo lugar impugna el criterio de adjudicación evaluable mediante fórmulas consistente en "*Upgrades de categoría de billetes de avión y habitación de hotel* punto B", y finalmente impugna el criterio de adjudicación evaluable mediante fórmulas consistente en "*los porcentajes de descuento en los servicios solicitados*", punto C.

Tercero. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, que fue recibido acompañado del correspondiente informe.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso interpuesto a los interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, con el resultado que obra en el expediente.



Quinto. Por resolución de 19 de junio de 2017, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación de conformidad con los arts. 43 y 46 del TRLCSP.

Sexto. En lo que nos interesa en el presente recurso el PCAP, concretamente La Cláusula 12ª, “examen de las ofertas”, “Criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor, hasta 20 puntos, apartado C)” establece:

“c) **MEJORAS AL PLIEGO: hasta 10 puntos**

En ningún caso estas mejoras serán de índole económica ni entrarán en contradicción con las ofertas presentadas en el sobre nº 3, y se ponderarán de la siguiente manera:

Mejoras de especial beneficio y utilidad para los intereses de MAC hasta 1 punto

Mejoras de interés y utilidad para los intereses de MAC hasta 0,5 puntos

Mejoras con nulo o escaso beneficio y utilidad para los intereses de MAC 0 puntos”

Y los “Criterios para la adjudicación evaluables mediante fórmula: 80 PUNTOS”, su apartado 2 establece:

“2.2. Upgrades de categoría de billetes de avión y habitación de hotel: máximo 20 puntos

a) UPGRADE CATEGORÍA DEL BILLETE DE AVIÓN hasta 10 puntos

Este criterio de ponderación valorará la subida del grado de categoría del siguiente billete de avión cuando se haya alcanzado un determinado umbral (expresado en euros) de facturación en la emisión de billetes. Se valorará con la máxima puntuación a la proposición que ofrezca el menor umbral de facturación (en euros) y el resto de proposiciones se ponderarán de forma proporcional.

Este criterio de ponderación se refiere al cambio de categoría que tendrá un billete de clase turista a clase business (clase superior) independientemente del tipo de subdivisiones que tengan las mencionadas clases turista o business e independiente de la compañía aérea.

Estarán sujetos a este beneficio tantos billetes como número de veces que se supere el umbral ofertado por el adjudicatario. Los billetes de avión a los que se les aplicará la



subida del grado de categoría serán para cualquier destino de la península, no tendrán caducidad y los beneficiarios/destinatarios quedarán a elección de MAC.

b) UPGRADE CATEGORÍA HABITACIÓN DE HOTEL hasta 10 puntos

Este criterio de ponderación valorará la subida del grado de categoría del siguiente alojamiento cuando se haya alcanzado un determinado umbral (expresado en máxima puntuación a la proposición que ofrezca el menor umbral de facturación (en euros) y el resto de proposiciones se ponderarán de forma proporcional.

Este criterio de ponderación se refiere al cambio de categoría que tendrá una habitación de hotel solicitada por la Mutua de una determinada clase, a otra de clase superior acorde a la categorización hotelera de las habitaciones que rija en las diferentes Autonomías Españolas.

Estarán sujetos a este beneficio tantos alojamientos como número de veces que se supere el umbral ofertado por el adjudicatario. La reserva de hotel al que se le aplicará la subida del grado de categoría será para cualquier destino del territorio español, no tendrá caducidad y el beneficiario/destinatario quedará a elección de MAC.”

Finalmente el apartado 3 establece:

*“2.3 Porcentajes de descuento en facturación de servicios: Este criterio de ponderación se refiere al % de descuento que se aplicará sobre el precio final de cada uno de los servicios solicitados a la Agencia de Viajes: .. **Máximo 25 puntos***

a) % de descuento sobre precio final del billete de avión destino interinsular...hasta 5 puntos

b) % de descuento sobre precio final del billete de avión destino nacional hasta 5 puntos

c) % de descuento sobre precio final de alojamiento en hotel hasta 5 puntos

d) % de descuento sobre precio final de alquiler de vehículos hasta 5 puntos

e) % de descuento sobre precio final de billete marítimo interinsular hasta 5 puntos



En cada apartado, se valorará con la máxima puntuación (5 puntos) a la proposición que ofrezca un mayor % de descuento. La puntuación del resto de las proposiciones para ese apartado se otorgará de forma proporcional.

El precio final de cada servicio solicitado podrá ser comprobado por la mutua en cualquier momento y, en el caso de que la mutua pudiera conseguir un precio mejor que el propuesto por el adjudicatario, incluidas las ofertas encontradas en internet, el adjudicatario estará obligado a aplicar dicha tarifa más ventajosa, tal como se referencia en el apartado 1.2 del presente pliego.”

Séptimo. Asimismo debe señalarse que el PCAP establece en cuanto al objeto del contrato en su cláusula 1ª que es la contratación del Servicio de agencia de viajes para la Mutua de Accidentes de Canarias, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 272 y consistirá en la contratación y programación de viajes, gestión y confirmación de reservas, emisión, modificación, anulación y entrega de billetes de transporte aéreo, terrestre y marítimo y, en los casos que se requieran, el alojamiento y alquiler de vehículos con o sin conductor, así como cualesquiera otras gestiones relacionadas y que resulten necesarios con ocasión de los desplazamientos y estancias tanto de los empleados de la Mutua como de los pacientes y sus acompañantes que por razón de patología o estado físico precisen de consulta médica, pruebas diagnósticas o tratamiento en puntos alejados de sus lugares de residencia, así como ingresos hospitalarios para intervenciones quirúrgicas y que por razones del servicio sean precisos para esta Mutua.

Octavo. Contra las citadas cláusulas establece el recurrente que respecto de las mejoras se produce una vulneración del principio de igualdad de trato y de transparencia puesto que no se especifican los requisitos, límites ni modalidades de la mejora, no se encuentran definidas de forma detallada. Dando lugar a una interpretación amplia y arbitraria.

Así mismo alega en relación con criterios para la adjudicación evaluables mediante fórmula, apartado segundo, *Upgrades de categoría de billetes de avión y habitación de hotel*, que tal criterio va en contra de la economía de mercado, considerando que con el mismo la administración está obligando a los licitadores a incurrir en pérdidas. Señala que a su vez podría incurrirse en una infracción de la Ley de Competencia Desleal.



Considera la recurrente que tal criterio infringe el ordenamiento jurídico por lo que deberá procederse a redactar un nuevo pliego sin la inclusión de dicho criterio de adjudicación.

Por último, alega en contra de los criterios para la adjudicación evaluables mediante fórmula, apartado tercero, *Porcentajes de descuento en facturación de servicios*, considera que ello supone la exigencia de que el licitador oferte un porcentaje de descuento sobre el precio de mercado del billete, y con ello se está modificando el precio fijado por el proveedor, lo que no está permitido. Este criterio supone también que la empresa si aplica el descuento incurra en pérdidas. A juicio del recurrente el criterio impugnado beneficia a los licitadores que no se ajustan a la legalidad.

Noveno. El órgano de contratación indica en su informe con carácter previo, la falta de legitimación de la recurrente. Establece en lo que respecta a las alegaciones de la recurrente en primer lugar que en lo que respecta al anuncio de licitación que si bien es cierto que el contrato en cuestión no es de los contratos de servicios que por su categoría la Ley sujete a regulación armonizada, se tramitó el expediente por procedimiento de regulación armonizada pues ello añade más garantías, tanto por la publicidad a la que se somete como por los plazos aplicados. Asimismo considera que no adolece de ningún defecto ni vulneración del ordenamiento jurídico ni el anuncio de licitación ni los documentos que se han publicado en el mismo.

En cuanto a las alegaciones en contra de los PCAP establecidas por el recurrente, el órgano de contratación mantiene en su informe que no pueden aceptarse ninguna de ellas, ni las relativas a las mejoras pues considera que son conformes a lo establecido en la Ley, ni las establecidas en contra de los criterios para la adjudicación evaluables mediante fórmula, apartado segundo y tercero, pues son plenamente conformes a derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso especial corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de conformidad con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP.



Segundo. El acto recurrido son los pliegos de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que en base a lo dispuesto en el artículo 40, apartado 1a) y 2 a) del TRLCSP, es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Tercero. En cuanto al plazo de interposición se refiere, debemos considerar que el recurso se ha interpuesto en plazo.

Cuarto. En tanto que potencial participe en el procedimiento de licitación del contrato, la entidad recurrente se halla legitimada para interponer el presente recurso, con arreglo al artículo 42 del TRLCSP. No pudiendo aceptar en este punto la alegación de falta de legitimación mantenida por el órgano de contratación en su informe, máxime cuando en el expediente consta que la recurrente si ha presentado su oferta en el plazo establecido, aun manteniendo el recurso por ella interpuesto frente a los pliegos.

Quinto. Comenzando por la primera de las cuestiones planteadas en el recurso, referente al anuncio de la licitación, manifiesta la recurrente que en primer lugar se indica que se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada cuando el contrato en cuestión no está sujeto a regulación armonizada. Considera asimismo que el anuncio incumple el artículo 147 del TRLCSP al no precisarse en qué condiciones queda autorizada la presentación de mejoras. Finalmente impugna del anuncio que contempla en el apartado "*condiciones de Adjudicación*" los criterios de adjudicación que impugna en el presente recurso. En lo que respecta a que el contrato se haya licitado con el procedimiento de regulación armonizada sin ser un contrato sujeto a regulación armonizada, nada alega la recurrente en el sentido de que tal circunstancia le haya producido una vulneración de sus derechos o le haya provocado ningún perjuicio, sino que en este punto debemos mantener lo establecido por el órgano de contratación de que ha supuesto más garantías.

En cuanto al anuncio de licitación debemos señalar que es plenamente conforme a derecho, pues en el mismo constan todos los datos establecidos legalmente, en cuanto a las mejoras se deja constancia en el propio anuncio que los licitadores podrán ofrecer mejoras y como son puntuadas éstas. Así mismo constan los criterios de adjudicación.

Cuestión diferente es que el recurrente lo que hace es impugnar como están reguladas o contempladas estas mejoras y determinados criterios de adjudicación en los propios



pliegos, cuestión que se analizará más adelante, pero no impugna realmente nada de su publicación o anuncio.

Debe por tanto desestimarse las alegaciones de la recurrente en contra del anuncio de la licitación.

En cuanto a los documentos publicados en el anuncio de licitación, igual suerte desestimatoria debe correr tal alegación. No pueden aceptarse las alegaciones de la recurrente en este sentido pues realmente no está impugnado el anuncio o la publicación de tales documentos sino los criterios contenidos en los pliegos que son sus alegaciones posteriores, es decir, sus alegaciones en contra de determinados criterios establecidos en el PCAP, que analizaremos en fundamentos posteriores. Debiendo por tanto desestimar tal motivo del recurso.

Sexto. En cuanto a las alegaciones en contra del pliego, en primer lugar y en cuanto a las mejoras y a su posible valoración, ya hemos transcrito en el antecedente Sexto de la presente resolución la Cláusula 12ª, “examen de las ofertas”, “Criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor, hasta 20 puntos, apartado C) en el que se establecen.

Sobre este motivo, lo primero que debe precisarse aquí es que el PCAP no admite la presentación de variantes, pero sí incluye criterios de adjudicación en los que se alude a “mejoras” de los servicios ofrecidos. La segunda precisión es que las mejoras contenidas en el pliego se corresponden con el concepto de mejoras que habitualmente viene utilizando los órganos de contratación, como criterio residual de adjudicación que valora la oferta de otras prestaciones que no modifican ni alteran la licitada, y de carácter accesorio o meramente complementario de la prestación licitada. A este concepto de mejoras se refiere el artículo 145 del Proyecto de Contratos del Sector Público en tramitación en el Parlamento, que las define como “...las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sin que aquéllas puedan alterar la naturaleza de las prestaciones, ni del objeto del contrato”.

Del examen de esta alegación de la recurrente resulta de forma palmaria que identifica los criterios o subcriterios alusivos a “mejoras” a que alude el PCAP en la cláusula 12,



que, a su vez, se concreta en la inclusión en la proposición única que establece el mismo, que no admite la presentación de proposiciones variantes o alternativas, con la figura que se denomina “**Variantes**” en las Directivas comunitarias, y en nuestro Derecho, si bien en este se utilizó en un principio también el término “**Alternativas**” como sinónimo de aquél y, luego, en la LCSP, el de “**Mejoras**”, también como sinónimo de “**Variantes**”, términos estos dos últimos que dejan de emplearse en el nuevo proyecto de ley de Contratos del Sector Público, en tramitación actualmente en el Congreso de los Diputados, para referirse solo a la presentación de ofertas “**Variantes**”.

Pues bien, de dicha regulación resulta que las **variantes**, o mejoras, como sinónimo de aquéllas, son simplemente, bien una oferta que varía la prestación completamente definida en los pliegos, bien ofertas adicionales a la básica exigida para ofertar a la prestación objeto del contrato, que son excepción a la norma sobre unicidad de ofertas, e implican pluralidad de ofertas que modifican la prestación objeto del contrato, tal y como se define en los Pliegos del contrato, que por ello mismo solo son admisibles si las autorizan los Pliegos, y en el PCAP se concretan “*requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas*”, que determina el artículo 67 del RGLCAP.

En nuestro caso concreto, no hay cláusula alguna en la documentación preparatoria del contrato a licitar, ni, por ello, en sus Pliegos, que autorice la presentación de más de una oferta por licitador, es decir, además de la oferta básica, otras como Variantes de esta, o bien una sola oferta variante, sea empleando ese término, sea empleando los sinónimos Alternativas o Mejoras, en el sentido de ofertas que varían la definida en los pliegos y/o la básica, que alteren la prestación objeto del contrato, tal y como se define en el PPT y en el PCAP. Por tanto, puesto que no se autoriza la presentación de Variantes, **es improcedente que se exija que se concreten los requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que no son admitidas**. Por el mismo motivo, puesto que no son admitidas, si hubieran sido presentados por algún licitador, debería procederse a rechazar todas las ofertas por él presentadas, la básica y las variantes (TRLSP, **Artículo 145. Propositiones de los interesados:**... “3. *Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147*

*sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. **La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas**”.)*

Toda la doctrina administrativa que cita la parte recurrente, sea del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) o de las Comunidades Autónomas, se refieren a la figura citada de Variantes, o sus sinónimos empleados por distintas normas legales (TRLCAP y TRLCSP), Alternativas o Mejoras, como supuestos de pluralidad de ofertas, y que han de ser autorizadas para que puedan ser presentadas, sin incurrir en la prohibición legal antes citada y en la consecuencia legal de su infracción, que es el rechazo de todas las ofertas presentadas por el infractor. Y, además, se refieren al caso de que de ser autorizadas, han de regularse en los el PCAP las circunstancias antes citadas, a saber: *requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas*, así como a la regulación que de estas circunstancias efectúan los pliegos del contrato, a los efectos del correcto cumplimiento de los principios de igualdad, objetividad y transparencia.

Por tanto, no admitiéndose en los Pliegos del contrato la presentación de más de una oferta, ni que esta varíe la prestación licitada definida en los pliegos, es decir, la presentación de variantes, o sus sinónimos, alternativas o mejoras, nada había que regular sobre ellas, por lo que en nada es aplicable al caso las citadas doctrinas administrativas invocadas por la recurrente, ni, por ello, concurren los vicios que imputa a las cláusulas recurridas en este motivo o alegación que examinamos.

Sobre las Variantes y su régimen, debe aquí reproducirse el dictamen de la JCCAE nº 19/2004, de 12 de noviembre, que examina con detalle la cuestión de la “Diferencia entre proposiciones simultáneas y variantes” (que figura en la página web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) y su régimen, en el que determina lo siguiente:

“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”.

Y concluye:

*“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”.*

En nuestro caso, cuando el Pliego alude como subcriterio de adjudicación a mejoras y “Otras mejoras” en modo alguno emplea ese término como sinónimo de Variantes que emplean los artículos 139 y 142 del actual TRLCSP, y la legislación antecedente sobre la materia de la contratación pública, es decir, como autorización de la posibilidad de presentar más de una oferta y modificar la prestación del contrato licitado tal y como la define la documentación preparatoria del contrato, sino simplemente como mejora de aspectos cuantitativos de la prestación técnica determinada en forma de mínimos en los pliegos, o de mejora de la oferta técnica como “cualquier otro servicio que se compromete a prestar la entidad”, que son accesorios o complementarios propios de este tipo de contratos y sus prestaciones en el mercado, y que habitualmente son ofertados y que en nada alteran las prestaciones típicas propias del contrato licitado.

Por tanto, el PCAP y el PPT, en cuanto aluden también a dichos subcriterios, emplean ese término “mejoras” y “Otras mejoras” en el sentido de criterio de adjudicación, no en el de Variantes, que delimita y define en el propio PCAP, que son integración de la prestación mínima definida en los pliegos, o son meramente accesorios o complementarios, en cuanto en nada alteran o varían las prestaciones propias del contrato definidas de forma total y cerrada, su objeto, tal y como se ha definido por la Administración en la documentación preparatoria del mismo, ni alteran su naturaleza, pero que sí le añaden valor o ventaja susceptible de apreciación como criterio de adjudicación para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

En nuestro caso, las mejoras referidas en la cláusula 12 se emplean en el PCAP, simplemente como criterio de adjudicación. Se concreta y determina en los propios pliegos y refiere a los servicios que se ofertan; esos más servicios complementarios están delimitados y determinados, y no los desconocen los licitadores.

Respecto a las Mejoras, la recurrente impugna la cláusula 12 de los pliegos, en el entendimiento de que la cláusula que realmente ha sido denominada como mejora, no cumplían los requisitos legalmente exigibles. Es decir, invocan como motivo de impugnación de las cláusulas que recurren que éstas no establecen verdaderos criterios de adjudicación, sino variantes o mejoras, sin haber cumplido los requisitos legales

precisos para autorizar su presentación (Art. 67.2,j) del RGLCAP: Indicación expresa, en su caso, de la autorización de variantes o alternativas, con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas”), sea como única proposición que modifica la prestación licitada definida de forma completa por los pliegos, sea como excepción al principio de unicidad de la proposición, mediante la autorización de la presentación de más de una, la proposición básica y otra u otras variantes que modifiquen la prestación tal y como es definida de forma completa por los pliegos.

Antes de proceder al examen de los motivos impugnados, debemos precisar el significado del concepto “Variantes”, y afirmar el carácter sinónimo del término “Mejoras” del de Variantes que emplea el TRLCSP, mediante la exposición de la normativa y su evolución que crea este último y la que luego equipara a este el de Mejoras, de forma que la normativa española emplea éste como sinónimo de aquél.

- El concepto “**Variantes**” procede, en lo que aquí interesa y sin perjuicio de sus antecedentes normativos, de la Directiva 2004/18/CE, del 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, cuyo artículo 24 determinaba:

“Artículo 24

Variantes

- 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.*
- 3. 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.*
- 4. Sólo se tomarán en consideración las variantes que cumplan los requisitos mínimos exigidos.*



En los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro o de servicios, los poderes adjudicadores que hayan autorizado variantes no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato público de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato público de servicios”.

Por su parte, “**la Directiva 2014/24/UE**” del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, **sobre contratación pública** y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, determina en su artículo 45 lo siguiente:

“Variantes.

1. Los poderes adjudicadores podrán autorizar a los licitadores a presentar variantes o exigir que lo hagan. Indicarán en el anuncio de licitación, o, cuando se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, en la invitación a confirmar el interés, si autorizan o no, o exigen variantes. Las variantes no estarán autorizadas en caso de que falte dicha mención. Las variantes estarán vinculadas al objeto del contrato.

2. Los poderes adjudicadores que autoricen o exijan las variantes mencionarán en los pliegos de la contratación los requisitos mínimos que deben cumplir las variantes, así como las modalidades de su presentación, en particular cuando las variantes puedan ser presentadas solo en caso de que también se haya presentado una oferta que no sea una variante. Asimismo, se asegurarán de que los criterios de adjudicación elegidos puedan aplicarse tanto a las variantes que cumplan estos requisitos mínimos como a las ofertas conformes que no sean variantes.

3. Solo se tomarán en consideración las variantes que cumplan los requisitos mínimos exigidos por los poderes adjudicadores.

En los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro o de servicios, los poderes adjudicadores que hayan autorizado o exigido la presentación de variantes no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a



un contrato de servicios en vez de a un contrato público de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato público de servicios”.

Ese precepto se incardina en el Capítulo Tercero, Sección Primera, relativa a la Preparación del Procedimiento, mientras que los criterios de adjudicación se integran en la Sección Tercera del mismo Capítulo

- El TR de la LCAP, aprobado por RD Legislativo 2/2000, citado, determinaba, en sus artículos 80, 85.b) y 87 lo siguiente:

“Artículo 80. Propositiones simultáneas.

*“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. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. **La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”.***

Artículo 85. Supuestos de aplicación del concurso.

Se adjudicarán por concurso aquellos contratos en los que la selección del empresario no se efectúe exclusivamente en atención a la oferta cuyo precio sea más bajo y, en particular, en los siguientes casos:

(...)

*b) Cuando 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 reducciones en su plazo de ejecución.*

“Artículo 87. Admisibilidad de variantes.

*1. El órgano de contratación sólo podrá tomar en consideración **las variantes o alternativas que ofrezcan los licitadores cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.** En este supuesto, el pliego precisará sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de variantes o alternativas.*



2. La circunstancia de autorización de variantes se hará constar, además, en el anuncio de licitación del contrato”.

Por tanto, en dicho texto se utilizan como sinónimos los conceptos **Variantes** y **Alternativas**, conceptos que implican presentación de una sola proposición que altera o modifica la prestación tal y como es definida en los pliegos, o la presentación de una proposición básica con sujeción a los pliegos más otra u otras variantes adicionales a la básica que modifica la prestación objeto del contrato licitado aprobada por la Administración licitadora, “modificación” que implica mejorar dicha prestación tal y como es licitada.

Por su parte, el artículo 67.2, j, (los artículos 89 y 137 RGLCAP también se refieren a las variantes, este último en lo relativo a la supervisión de la variante ofertada por el posible adjudicatario si afecta a los proyectos), del Reglamento de la LCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, todavía vigente, determinan lo siguiente:

Artículo 67. Contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares contendrán aquellas declaraciones que sean específicas del contrato de que se trate y del procedimiento y forma de adjudicación, las que se considere pertinente incluir y no figuren en el pliego de cláusulas administrativas generales que, en su caso, resulte de aplicación o estén en contradicción con alguna de ellas y las que figurando en el mismo no hayan de regir por causa justificada en el contrato de que se trate.

2. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares serán redactados por el servicio competente y deberán contener con carácter general para todos los contratos los siguientes datos:

(...)

i) Criterios para la adjudicación del concurso, por orden decreciente de importancia, y su ponderación

*j) Indicación expresa, en su caso, de la autorización de **variantes o alternativas**, con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas”.*



-Los artículos 145.3 y 147 de la Ley de Contratos del Sector Público, Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, reproducen los preceptos correlativos antes reseñados del TRLCAP, pero en vez de emplear los términos **variantes o alternativas** utiliza los de **variantes y mejoras**, también como sinónimos.

-Los artículos 139.3 y 142 **del proyecto de ley de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014**, (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 2 de diciembre de 2016) determina lo siguiente.

“Art. 139

*3. Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de **variantes** y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”*

Art. 142. Admisibilidad de variantes.

1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes que ofrezcan los licitadores, siempre que las variantes se prevean en los pliegos suficientemente identificadas. Se considerará que se cumple este requisito cuando se expresen con concreción los requisitos, límites, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato. 2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación. 3. En los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, los órganos de contratación que hayan autorizado la presentación de variantes no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato de servicios”.

Como puede apreciarse, dicho proyecto vuelve a los términos propios de las Directivas comunitaria, de forma que emplea solo el término “*Variantes*”, y suprime **y elude** los términos “*Alternativas*” y “*Mejoras*”, que solo han generado confusión.

No obstante, en su artículo 145 entra a regular la práctica tradicional y habitual en la licitación de contratos mediante los antiguos concursos, de introducir como criterio de adjudicación la oferta de prestaciones accesorias por los licitadores, que no pueden alterar ni la naturaleza del contrato ni su objeto o prestaciones que lo integran tal y como son definidas por los Pliegos, precepto aquél en cuyo apartado 4 determina que:

“En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado 6.a) del presente artículo (se refiere a supuestos en que su valoración depende de un juicio de valor, no automático), no podrá asignársele una valoración superior al 2,5%.

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, ni del objeto del contrato”.

Por tanto, el proyecto se refiere a las mejoras a los solos efectos de su empleo como criterio de adjudicación, y no como **variantes**, ya que éstas últimas solo son tratables como ofertas o proposiciones que se autoriza que se presenten, bien como única oferta, bien como proposiciones adicionales a otra básica al contrato tal y como es licitado, que varían o alteran el objeto del contrato, incluso su naturaleza, o su contenido prestacional, tal y como son definidos en los pliegos.

Mejoras son, por tanto, prestaciones adicionales a las propias del contrato licitado según los pliegos, que se pueden incluir en la única oferta a realizar para ser apreciadas como criterio de adjudicación de tipo residual, normalmente, y que tienen mero carácter accesorio o complementario de las prestaciones que integran el objeto del contrato



licitado. No son ofertas variantes, por lo que su inclusión en la proposición no rompe el principio y requisito del principio de unicidad de proposiciones u ofertas y su excepción, las variantes autorizadas (un licitador, una oferta o proposición); no han de ser expresamente autorizadas en los pliegos, ni por ello delimitar sus requisitos, modalidades, etc. Basta que figuren como criterio de adjudicación con la ponderación que se les atribuye como cualquier otro criterio de adjudicación. Y por ello, como meras mejoras, en el caso de que no consten como criterio de adjudicación en los pliegos, si se presentan, simplemente no serán evaluadas las mejoras ofertadas, pero las proposiciones no serán rechazadas, ya que no son variantes, es decir, ofertas adicionales a la básica, que alteran, cambian o modifican el objeto o las prestaciones del contrato tal, y como es licitado.

Expuesto el origen y evolución normativa del concepto Variante y el empleo sinónimo de Alternativas y Mejoras, procedemos a examinar los motivos invocados por los recurrentes:

A. Comenzaremos por la impugnación general según la cual, las mejoras debían ser publicitadas en los anuncios de licitación.

A este respecto, hemos de negar la razón al recurrente.

Con arreglo a la normativa citada, los conceptos variantes y mejoras se emplean como sinónimos y se refieren siempre a las proposiciones, es decir, son proposiciones, no criterios de adjudicación, bien única, que altera el contenido prestacional licitado definido en los pliegos, bien adicional o adicionales a la básica que sí se ha de ajustar a la prestación definida en los pliegos, por lo que en todo caso ha de ser autorizada y regulada su admisión en los pliegos y publicada su autorización, si no, no serán ni podrán ser presentadas ni admitidas, ni por ello evaluadas.

Tal sinonimia resulta clara, además de por su régimen general, a la vista del artículo 150.3, b), del TRLCSP en cuanto determina el empleo de más de un criterio de adjudicación en aquéllos contratos en que el órgano de contratación “...considere que la



definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución”, precepto del que claramente resulta que la mejora de la proposición que es susceptible de ello puede efectuarse vía variantes, pero solo en caso de que la prestación licitada sea susceptible de ser mejorada mediante la presentación de otras soluciones técnicas, lo que implica modificación de aquella prestación definida en los pliegos y licitada, lo que, desde este momento ha de afirmarse, no ocurre en aquellos casos en que la prestación licitada está definida en términos de mínimos exigibles, de forma que la oferta que incremente esos mínimos la completa pero no la altera, en cuanto que dicha prestación no está cerrada o completa, sino que ha de completarse con la proposición del licitador seleccionado, lo que excluye la idea de variación.

Pues bien, en nuestro caso el PCAP determina que no autoriza la presentación de variantes, y ello es así, con toda corrección, en cuanto que la mejora establecida no modifica la prestación o prestaciones tal y como son definidas en los pliegos, sino que constituye la oferta técnica misma en ese elemento que pueda considerarse mejora a la oferta presentada y que pueda tener mayor o menor interés para el órgano contratante, pues con ellas no altera la prestación en sí, sino que se permite la oferta de mejores servicios, lo que son efectos o resultados de la prestación, no variación de la misma.

A la vista de la normativa y la doctrina establecida respecto de las variantes o mejoras, y que las mejoras que se prevén en el pliego no tiene la naturaleza de variantes, es indudable que su previsión e inclusión en los pliegos no requiere ser autorizada ni, por ello, se ha de incluir en el anuncio de licitación esta posibilidad de su presentación, ni precisar sus requisitos, sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación, sin perjuicio obviamente que, al emplearse como subcriterio de adjudicación, sí se incluya en los anuncios.

En consecuencia, el motivo debe desestimarse en este aspecto.

B. Declarada la inexistencia en los pliegos impugnados de la posibilidad de presentar proposiciones variantes o mejoras, y por ello la improcedencia de pretender su inclusión

en los anuncios de licitación, salvo para concretar que no admite su presentación, debemos pasar ahora a examinar en cuanto al fondo, la indeterminación de las mejoras.

Se plantea que las mejoras establecidas en la cláusula 12, como criterios no sería suficientemente determinadas en orden a conocer los criterios mediante los cuales se asignarán los puntos reservados para tales apartados y serían nulas tanto por su incorrecto tratamiento como criterios de adjudicación, como por no cumplir con los requisitos exigidos para las mejoras, entre los cuales se encuentra: *“Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.”*

Este Tribunal no comparte la alegación porque no se trata de variantes o mejoras, por lo que no es preciso detallar en el PCAP los requisitos mínimos y modalidades de su presentación, y porque, como subcriterios, que lo son real y válidamente, están suficientemente determinados para aplicarlos sin vestigio de arbitrariedad, todo ello con arreglo a lo que exige la normativa aplicable: determinación del criterio y subcriterios y ponderación global y relativa que se les atribuye, todo ello en relación a las prescripciones que se contienen en el PPT.

Séptimo. En relación con la cláusula 12ª, “examen de las ofertas”, “Criterios para la adjudicación evaluables mediante fórmula, apartado 2, *Upgrades de categoría de billetes de avión y habitación de hotel*, alega la recurrente que debe ser anulado puesto que tal criterio va en contra de la economía de mercado, considerando que con el mismo la administración está obligando a los licitadores a incurrir en pérdidas. Señala que a su vez podría incurrirse en una infracción de la Ley de Competencia Desleal.

Considera la recurrente que tal criterio infringe el ordenamiento jurídico por lo que solicita que se proceda a redactar un nuevo pliego sin la inclusión de dicho criterio de adjudicación.

En este punto, debe establecerse, tal y como establece el órgano de contratación, que tal criterio en modo alguno contraviene el ordenamiento jurídico ni supone imponer la obligación al licitador de incurrir en pérdidas. En efecto, lo que considera el órgano de contratación es que llegado a un umbral determinado la Agencia adjudicataria se habrá



de encontrar en disposición de invertir parte de lo que haya sido su beneficio en beneficios para la Mutua contratante. Siendo esa la razón para que pueda la agencia de viajes adjudicataria ofertar ese tipo de beneficios en razón a su propio volumen de negocio. Establece la Mutua que es la misma previsión que en la actualidad vienen aplicando muchas compañías aéreas y marítimas mediante el sistema de puntos o millas, así como cadenas hoteleras que revierten en upgrades y vuelos gratuitos a determinados clientes en razón al consumo que hayan observado.

El criterio hace previsión de que el adjudicatario haya llegado a un nivel de ganancia tal que le permita realizar una inversión en upgrades en favor del cliente y es en todo caso el licitador quien establece libremente el umbral de facturación mínimo en su oferta.

Se ha de concluir por tanto que el PCAP resulta conforme a derecho en este punto, y que tal criterio en ningún caso es contrario al ordenamiento jurídico, procediendo pues, a no estimar esta pretensión del recurso.

Octavo. Finalmente, en cuanto a la cláusula 12ª, “examen de las ofertas”, “Criterios para la adjudicación evaluables mediante fórmula”, apartado 3, *Porcentajes de descuento en facturación de servicios*, mantiene la recurrente que el criterio establecido en ese punto supone la exigencia de que el licitador oferte un porcentaje de descuento sobre el precio de mercado del billete, y con ello se está modificando el precio fijado por el proveedor, lo que no está permitido, pues debe tenerse en cuenta que las taifas de los billetes las fija unilateralmente los proveedores de servicios y lo que cobra la Agencia de Viajes son los cargos de gestión o “service fee”. Este criterio supone también que la empresa si aplica el descuento incurra en pérdidas. A juicio del recurrente el criterio impugnado beneficia a los licitadores que no se ajustan a la legalidad.

El órgano de contratación manifiesta que los proveedores en ocasiones y en razón al volumen de contratación o cualquier otra circunstancia aplican unos importes a las agencias de viajes que en ocasiones se sitúan por debajo de lo que se considera tarifa general, y es precisamente ahí, también, donde la Agencia de Viaje puede repercutir en el beneficiario final comprador del billete esas condiciones más beneficiosas.



De tal manera que los licitadores podrán hacer descuentos no sólo sobre el precio de gestión de la agencia, sino que en función de los eventuales acuerdos que puedan mantener con prestadoras de servicios, repercutir asimismo mayores porcentajes de descuento.

Debe manifestar que el criterio que se impugna, en modo alguno expresa de donde deba realizarse el porcentaje de descuento sobre el precio final en que se suman, tarifas, service fee e impuestos, lo que pone de manifiesto la falta de fundamento de la argumentación de la recurrente sobre que el licitador debería incurrir en pérdidas para cumplir con este criterio. El criterio impugnado contenido en el PCAP establece un porcentaje de descuento sobre el precio final del billete que ha de pagar la mutua, en ningún caso hace referencia a la tarifa fijada por el proveedor del servicio.

Se ha de concluir por tanto que el PCAP resulta conforme a derecho en este punto, y que tal criterio en ningún caso es contrario al ordenamiento jurídico, procediendo pues, a no estimar esta pretensión del recurso.

Por todo ello,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.C.A.B., en representación de la mercantil VIAJES HALCÓN, S.A.U., contra el anuncio y los Pliegos que han de regir el contrato de servicio denominado “Servicios de Agencia de viajes para la Mutua de Accidentes de Canarias, Mutua Colaboradora de la Seguridad Social nº 272”, convocado por la Mutua de Accidentes de Canarias, y confirmarlos por ser conformes a derecho.



Segundo. Alzar la suspensión acordada con arreglo a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante La Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.



VOTO PARTICULAR QUE PRESENTA EL VOCAL M.R.O. A LA RESOLUCIÓN Nº 937,
DEL RECURSO 520/2017

Discrepo de la resolución citada en lo referente a la impugnación de la cláusula 12º del Pliego relativo al examen de las ofertas. Bajo la rúbrica “Criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor, hasta 20 puntos, apartado C)” se establece:

Mejoras al Pliego.....hasta 10 puntos

En ningún caso estas mejoras serán de índole económica ni entrarán en contradicción con las ofertas presentadas en el sobre 3 y se ponderarán de la siguiente manera:

Mejoras de especial beneficio y utilidad para los intereses de MAC.. hasta 1 punto

Mejoras de interés y utilidad para los intereses de MAC.....hasta 0,5 puntos

Mejoras con nulo o escaso beneficio y utilidad para los intereses de MAC.....0 puntos.

En el recurso se considera que esta cláusula debe ser declarada nula al no precisarse los elementos de la oferta sobre los que pueden proponerse las mejoras y depender su aplicación de un juicio arbitrario del órgano de contratación.

Suscribimos esta posición, que ha sido aplicada en múltiples resoluciones de este Tribunal y que se basa en la clara prescripción de art. 147, 1 y 2 del TRLCSP según el cual: “1) Cuando para 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 esta posibilidad.

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

A la luz del precepto transcrito queda claro que la normativa contractual española, y también la comunitaria, proscribe las mejoras genéricas, siendo indispensable para su

admisión que los licitadores conozcan de antemano no sólo la posibilidad de su presentación sino también los aspectos y las condiciones sobre los que se permitirá su presentación, así como su ponderación relativa. Así se pronunció este Tribunal, entre otras muchas, en la resolución 467/2014 citada por la recurrente en la que se afirmó que “el TRLCSP proscribe las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que sería mejorables por las propuestas de laso licitadores”, siendo obligatorio que “El pliego de cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores”. A lo que se debe añadir que, como cualquier otro criterio de adjudicación, aunque su ponderación esté sujeta a juicios de valor, debe ser lo suficientemente concreto para poder conocer de antemano el criterio que adoptará el órgano de contratación en su aplicación.

En el mismo sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 59/2009 sobre la posibilidad de admisión de mejoras en los contratos de obras debiendo para ello “tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente y guardar relación directa con el objeto del contrato”.

Esta misma posición se mantiene en el proyecto de ley de contratos públicos aprobado ya definitivamente por el Congreso de los Diputados y que entrará en vigor en breve tiempo. Así en el art. 145,5,b), al regular los criterios de adjudicación dispone que “Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada”, que es precisamente lo que hace la cláusula recurrida al dejar al libre arbitrio de órgano de contratación la decisión sobre la “utilidad y beneficio” que las mejoras puedan aportar al MAC. Este mismo requisito de concreción y especificidad se establece en el mismo precepto legal invocado (art. 145,7) para el caso de las mejoras disponiendo que “deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato”.



Ninguno de estos requisitos exigidos por la actual y futura normativa legal concurre en el supuesto cuestionado en el que el Pliego no concreta en absoluto sobre qué elementos de la oferta y en qué condiciones serán admitidas las mejoras y, además, el criterio de valoración de las inconcretas mejoras es completamente subjetivo y discrecional para el órgano de contratación, siendo imposible para los licitadores formular las mejoras con un mínimo conocimiento de los aspectos que podrán estimarse “beneficiosos o útiles para los intereses de MAC”, que es como se configura el criterio cuestionado en los Pliegos.

En consecuencia entiendo que debió estimarse esta pretensión del recurso y anularse la cláusula cuestionada.