

## OFERTAS DE PRECIO CERO EN UN CONTRATO PÚBLICO EN ESPAÑA



Por Dr. Santiago González-Varas Ibáñez<sup>1</sup>

Este artículo ha sido publicado el 6 de octubre de 2021 en ES.público, <https://www.administracionpublica.com/ofertas-de-precio-cero-en-un-contrato-publico/>.

Se difunde con la autorización expresa de su autor.

Este trabajo informa de distintas resoluciones que se han venido dictando en la materia en España. Según la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RTACRC) 1187/2018 el contrato oneroso es aquel en que ambas partes tienen obligaciones y ventajas económicas recíprocas, por contraposición al lucrativo o gratuito en que una de las partes realiza la prestación por mera liberalidad, sin esperar recibir nada a cambio. Un contrato es oneroso, aunque no se oferte precio a alguna de las unidades a las que se refieren los precios unitarios, si en el global del contrato, es decir, sumando todos y cada uno de los precios unitarios ofertados, el ente contratante ha de pagar un precio con el que el contratista obtiene su beneficio.

La Resolución 1187/2018 del TACRC admite que el licitador oferte prestar gratuitamente alguno de los servicios incluidos en el contrato.

La Resolución 38/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid entiende que esta posibilidad no es contraria a Derecho ni anula la nota de onerosidad del contrato, en la medida que puede entenderse en el supuesto concreto objeto del recurso, que dicho coste se retribuye con cargo al precio general del contrato.

Ahora bien, la Resolución 386/2019 del TACRC anula la adjudicación a favor de un licitador que traslada los costes de una de las prestaciones a otra con la finalidad de ofrecer los servicios accesorios a precio cero, porque el Tribunal considera

<sup>1</sup> Santiago González-Varas Ibáñez: Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Alicante (2002). Realiza habitualmente labores de asesoramiento a Ayuntamientos, así como contencioso-administrativo.

que se trata de una estratagema para desvirtuar la aplicación de la fórmula de valoración, de manera que obtiene la totalidad de los puntos correspondientes a ese apartado.

Se ha entendido que no carece de lógica que pueda hacerse una oferta más baja en una de las prestaciones o servicios del contrato que pueda compensarse con la realizada en otra partida o componente del mismo. De este modo, el precio ofertado por el licitador implica que este es el precio que facturará al órgano de contratación por los servicios que le preste, pero dicho precio no tiene por qué coincidir con el coste de esas horas de trabajo para la empresa adjudicataria, o dicho de otro modo, con lo que la empresa abonará a sus trabajadores, no implicando por tanto que el licitador vaya a incumplir la normativa laboral y convencional, puesto que los precios por hora de trabajo ofertados han de considerarse en el conjunto o globalidad de la oferta y el órgano de contratación debe considerarse ajeno a los componentes del coste que los licitadores hayan tomado en consideración para formular sus proposiciones (ATARC Andalucía 111/2019, de 11 de abril). Puede verse también la resolución del tribunal catalán de contratos del sector público 79/2021 anulando la adjudicación.

En la resolución 913/2021 el TACRC considera un «artificio» el tratar de obtener mayor puntuación a través de ofrecer precios irrisorios o irreales (precios cero o cercanos a cero) en algunas de las prestaciones incluidas en el servicio licitado, cuando los pliegos las dotan de sustantividad propia, asignándoles también puntuación distinta e individualizada. Así, el TACRC confirma la decisión del órgano de contratación de excluir la oferta de la licitadora al no haber podido justificar su baja en el incidente correspondiente (artículo 149 LCSP), verificando que cada una de las actividades que van a desarrollarse son individualmente viables.

Puede citarse también la RTACRC 407/2020 sobre el caso de las ofertas económicas efectuadas a cero (0), o a valores cercanos a 0, en relación con algunas prestaciones o unidades. Se entiende que son válidas, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: i) que en su conjunto la oferta tenga un precio positivo; ii) que la fórmula no quede desvirtuada, dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas y iii) que el resultado



final no suponga otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien, en su conjunto, ha realizado una oferta más cara.

Para la RTACRC 513/2020 (“contratos no configurados con un precio único global y ofertas de precio cero en alguna prestación: el cero como “no precio” y la exigencia de un precio real”, establece que cuando en los pliegos el aspecto económico no consiste en un precio único global, sino en precios distintos, uno por cada prestación, lo que implica onerosidades distintas, la forma de satisfacer la onerosidad propia de la prestación a través de otras prestaciones, solo obedece a un fin en fraude de ley, que es manipular la fórmula de valoración del criterio a su favor y en perjuicio de los otros licitadores que ofertan un precio real y existente, que consigue sobre la apariencia de una presunta omisión del pliego consistente en que no prohibiría el precio cero. Simplemente, cero no es un precio, es un no precio, y el pliego y la fórmula de su valoración exigen un precio real, que no se ha ofertado.

Según la RTACRC n° 1060/2020 la adjudicataria incurre en fraude de ley al formular 5 de los 12 precios de las prestaciones tipo del Lote 2 por importes ficticios o simbólicos de 0,01€, que no cumplen ni respetan la estructura y composición de los precios unitarios de cada prestación tipo calculados por el OC según estimaciones de mercado, como exige la LCSP, y determinados en el PCAP. El TACRC concluye que lo hace para aparentar el máximo descuento y, en consecuencia, obtener los puntos del descuento neto ponderado, que NO obtendría si hubiese formulado el precio en los términos legales y del pliego, quebrantado el principio de competencia real y efectiva; consiguiendo así un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario al mismo.

Para la RTARC Andalucía 161/2020 se produce una indebida justificación de una oferta en baja temeraria en un caso de imputación a coste cero del personal propio de la empresa. No es posible admitir el argumento de que las funciones realizadas en el contrato por el personal de la empresa, o del grupo de empresas, son a coste cero o sin costes, como si este personal estuviera carente de costes salariales y de seguridad social, entre otros, ya que sea personal de plantilla o de nueva incorporación, de forma parcial o en exclusividad, puesto que toda persona trabajadora tiene un coste, bien directo

por la dedicación a esta actividad, bien indirecto por pérdida de oportunidad al dedicarse a esta actividad en lugar de otra.

Este tipo de ofertas gratuitas parciales pueden llevar a una apariencia de corrección pero ausencia de control efecto a posteriori, tal como ejemplifica la RTARC Andalucía 231/2020, sobre la viabilidad de un criterio que valora las horas ofertadas sin coste, en el que no se establece un número máximo de horas a ofertar, relegándose un control de la proporcionalidad. Según esta resolución, no puede admitirse que solo la fijación de un tope máximo al número de horas por servicios extraordinarios permita dar cumplimiento a la normativa, ya que el pliego establece algún medio que permita controlar la proporcionalidad y viabilidad de la bolsa de horas gratuitas ofertada, y, desde esta perspectiva, el límite existe en el PCAP, aunque no opere según la fórmula clásica de su inclusión en la propia definición del criterio de adjudicación, sino a través de los parámetros objetivos para considerar incurso la oferta en presunción de anormalidad o desproporción, tal y como sucede con la oferta económica en cuanto a su límite de proporción o normalidad en la bajada.

Según el dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público remitido el 23 de octubre de 2015, «en relación con el artículo 2 el Consejo de Estado llama la atención de que no contiene al respecto ninguna noción de lo que se entiende por onerosidad. Habida cuenta de que no son infrecuentes los casos de contratos en los que su precio o valor estimado en su caso es 0 y en los que el contratista obtiene algún tipo de ventaja o beneficio no estaría de más recoger que su carácter oneroso concurre cuando el contratista obtiene algún tipo de beneficio económico de forma directa o indirecta» (página 55).

Según la sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2020, asunto C-367/19, no puede rechazarse una oferta en la licitación de un contrato público solo porque su importe sea 0, sin perjuicio de la aplicación del procedimiento de baja anormal. Puede verse P. Corvinos Baseca, “El mito de la onerosidad como principio caracterizador de los contratos públicos”, septiembre 2020 en el blog <http://pedrocorvinosabogado.es>: «el TJUE acaba de romper el mito de la onerosidad como principio caracterizador de los contratos públicos –sentencia de 10 de septiembre de 2020; asunto C-367/19, Tax-Fin-Lex d.o.o.-, al reconocer



que es de aplicación a un contrato gratuito la Directiva 2014/24/UE. Lo que se plantea en este asunto es si puede rechazarse de la licitación de un contrato de acceso a un sistema de información jurídica, con un valor estimado 39. 959,01 euros, una oferta a precio cero realizada por una de las empresas licitadoras. La finalidad que al parecer persigue la empresa licitadora comprometiéndose a ejecutar el contrato sin percibir un precio, es resultar adjudicataria para de esta forma conseguir experiencia y poder acceder a un nuevo mercado. Adviértase que, en este caso, a diferencia de otros en los que se hacen ofertas a precio 0 para algunas unidades licitadas por precios unitarios, la empresa licitadora no percibiría ninguna contraprestación económica por la ejecución del contrato».

Interesa también la STJUE de 18 de octubre de 2018 (asunto C-606/17 IBA Molecular Italy) que, en relación con la adjudicación directa de suministro de medicamento y el concepto de contrato oneroso, entiende que «debe tenerse en cuenta la existencia de una contraprestación abonada al proveedor de este medicamento mediante subvención de 700.000 euros»: 1) El artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «contratos onerosos» incluye una decisión por la que un poder adjudicador asigna directamente a un determinado operador económico, sin organizar un procedimiento de adjudicación de contrato público, una financiación destinada íntegramente a la elaboración de productos que el operador debe suministrar gratuitamente a distintas administraciones, las cuales no han de abonar contraprestación alguna a dicho proveedor a excepción del pago, en concepto de gastos de suministro, de una cantidad a tanto alzado de 180 euros por cada envío. 2) El artículo 1, apartado 2, letra a), y el artículo 2 de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que, al equiparar los hospitales privados «clasificados» a los hospitales públicos mediante su inserción en el sistema de programación pública sanitaria nacional regulada por convenios especiales, diferentes de la relación ordinaria de acreditación con los demás operadores privados que participan en el sistema de prestaciones sanitarias, sustrae a dichos hospitales privados de las normativas nacional y de la Unión en materia de contratación pública, incluso en los casos en que tales

hospitales estén encargados de elaborar y suministrar gratuitamente a las entidades sanitarias públicas productos específicos necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria, recibiendo como contrapartida una financiación pública destinada a la elaboración y suministro de esos productos». Puede verse J. Tejedor, «¿Pueden llegar a estar sujetos los prestadores privados vinculados a redes públicas de servicios a la Ley de Contratos del Sector Público?», blog *espublico* 28 de diciembre de 2018.

Otra referencia es la STJUE de 28 de mayo de 2020 (C-796/18, “concepto de contrato oneroso” y “cooperación horizontal”), sosteniendo un concepto amplio de contrato más allá de la regla de onerosidad.

En este contexto, puede citarse la Resolución del TACRC 1499/2019, de 26 de diciembre (FJ 6.º, con un criterio que parece diferir del de al STS de 17.12.2019): al existir en los pliegos un sistema de determinación de las ofertas temerarias, la justificación de su viabilidad debe realizarse por cada uno de dichos precios y no por el importe global de la oferta.

Para la resolución 22/2020 OARCE la anormalidad se verifica en relación con la totalidad de la oferta y no respecto de precios unitarios: «en este sentido, debe recordarse que la finalidad del procedimiento de apreciación de la temeridad es determinar si la oferta es viable, lo cual debe comprobarse, consecuentemente, con relación a la globalidad de la oferta. Por ello, carece de sentido hablar de precios unitarios anormales considerados individualmente porque la desproporción en uno de ellos podría compensarse con el importe del otro precio para dar como resultado una oferta viable en su conjunto».

Según la RTARC Cataluña 348/2020, en un caso de una oferta de determinados precios unitarios relativos a servicios accesorios por importe de 0,0001 euros, no se aprecia baja anormal: en la fijación del umbral de temeridad hay que tener en cuenta la oferta en su conjunto y no precios unitarios de determinados artículos o servicios individualmente considerados. La oferta de precio cero o casi cero en alguna parte del contrato no afecta al principio de onerosidad si la oferta en su conjunto es positiva, pero incurre en fraude de ley cuando el ofrecimiento de un precio irreal con imputación de los costes



a otras partidas desvirtúa la aplicación de la fórmula y otorga una puntuación mayor en el criterio precio a la oferta más cara.

En este contexto, puede citarse la Resolución del TACRC 1499/2019, de 26 de diciembre (FJ 6.º, con un criterio que parece diferir del de al STS de 17.12.2019): al existir en los pliegos un sistema de determinación de las ofertas temerarias, la justificación de su viabilidad debe realizarse por cada uno de dichos precios y no por el importe global de la oferta.

Para la resolución 22/2020 OARCE la anormalidad se verifica en relación con la totalidad de la oferta y no respecto de precios unitarios: «en este sentido, debe recordarse que la finalidad del procedimiento de apreciación de la temeridad es determinar si la oferta es viable, lo cual debe comprobarse, consecuentemente, con relación a la globalidad de la oferta. Por ello, carece de sentido hablar de precios unitarios anormales considerados individualmente porque la desproporción en uno de ellos podría compensarse con el importe del otro precio para dar como resultado una oferta viable en su conjunto».

Según la RTARC Cataluña 348/2020, en un caso de una oferta de determinados precios unitarios relativos a servicios accesorios por importe de 0,0001 euros, no se aprecia baja anormal: en la fijación del umbral de temeridad hay que tener en cuenta la oferta en su conjunto y no precios unitarios de determinados artículos o servicios individualmente considerados. La oferta de precio cero o casi cero en alguna parte del contrato no afecta al principio de onerosidad si la oferta en su conjunto es positiva, pero incurre en fraude de ley cuando el ofrecimiento de un precio irreal con imputación de los costes a otras partidas desvirtúa la aplicación de la fórmula y otorga una puntuación mayor en el criterio precio a la oferta más cara.