

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Principi de caràcter oneros del contracte enfront de la presentació d'ofertes a preu zero

23-01-2019

Una qüestió sovint discutida per la doctrina ha estat la relativa a la gratuïtat o al caràcter oneros dels actes i negocis jurídics, que és conseqüència de l'absència de regulació normativa explícita sobre què és el caràcter oneros del contracte en el dret positiu. En el dret públic, tradicionalment, el caràcter oneros d'un contracte ha fet referència a l'existència d'un intercanvi de prestacions entre els contractants. L'existència de retribució i el cost econòmic per a una de les parts són característiques del caràcter oneros que s'han d'entendre en contraposició amb els contractes gratuïts, en els quals un dels contractants no rep contraprestació.

Tant la Directiva 2014/24/UE, en l'article 2.1.5, com la LCSP, en l'article 2.1, estableixen el caràcter oneros com un dels elements definidors del contracte públic. El Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha anat configurant un concepte ampli del que s'ha d'entendre per *caràcter oneros* en les relacions contractuals, així, en la [Sentència del TJUE, d'11 de juliol de 2013](#) i en les conclusions presentades per l'advocat general, s'assenyalava que l'existència d'una contraprestació i el fet que aquesta comporti un benefici econòmic directe per al poder adjudicador, es configuren com elements essencials per determinar el caràcter oneros del contracte públic.

L'Audiència Nacional, en la [Sentència de 27 de maig de 2015](#), va afirmar que la contraprestació al contractista no cal que tingui un contingut monetari, i estableix que el caràcter oneros dels contractes públics es reflecteix fonamentalment en el contingut econòmic de la prestació que el poder adjudicador rep, però sense que aquest contingut sigui un requisit exigible amb igual rigor respecte dels contractistes que efectuen aquella prestació, respecte dels quals la contraprestació de l'Administració pot ser diversa segons el tipus de contracte, sense exigir necessàriament, sempre i en tot cas, un contingut monetari.

En la mateixa línia, la Sentència del TJUE de 18 de gener de 2007 (ass. 220/05) ja va establir que en èpoques de poca activitat contractual fins i tot empreses privades podrien estar interessades a acceptar encàrrecs dels quals no esperen treure cap benefici, o un benefici molt petit, per poder cobrir costos fixos.

Per tant, s'ha d'entendre que la noció de *caràcter oneros* en el contracte públic no implica necessàriament l'existència d'una finalitat de lucre per les parts contractants; prova d'això és que s'admet amb normalitat que puguin ser contractistes de l'Administració pública no només empreses mercantils sinó altres entitats sense ànim de lucre.

Tanmateix, el caràcter oneros del contracte pot anar vinculat a qualsevol avantatge o contraprestació a favor del contractista, identificats amb tot tipus d'obligacions assumides pel poder adjudicador com a contrapartida per la realització d'una determinada prestació. Com estableix la [Sentència del TJUE de 25 de març de 2010 \(ass. 451/08\)](#), el concepte de *contracte públic* requereix únicament que executar-lo comporti un benefici econòmic directe per al poder adjudicador, però sense que sigui necessari acreditar també l'existència d'un avantatge econòmic per al contractista. Podem concloure que aquesta nota de caràcter oneros és present en les ofertes de les quals es deriva qualsevol benefici, no només l'econòmic, ja que el caràcter oneros resideix en la relació de causalitat entre les prestacions, més que en la seva equivalència objectiva.

Els tribunals especials en matèria de contractació també han anat admetent en les seves resolucions aquest concepte ampli de caràcter oneros i han reconegut la possibilitat d'oferir zero euros per alguna de les prestacions que integren el contracte, entenent que el cost de les prestacions ofertes a zero euros es pot considerar inclòs en el preu general del contracte (Resolució 98/2015 del Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de Castella i Lleó, Resolució 13/2015 del Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó i Resolució 250/2017 del Tribunal de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia).

Atès el que han establert els tribunals especials, que un licitador presenti una oferta de zero euros per una de les prestacions objecte del contracte no s'hauria de considerar contrària a dret ni que aquesta anul·la la nota de caràcter oneros del contracte, en la mesura que es pot entendre que aquest cost retribueix amb càrrec al preu general del contracte; a més, hi ha supòsits que sí que sempre han estat admesos per la normativa i la doctrina, com poden ser les ofertes integradores, ofertes 3 x 2, etc.

El Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid, en la [Resolució 38/2018, de 31 de gener](#), també considera que aquestes ofertes a zero euros no només no són contràries al principi de caràcter oneros del contracte sinó que tampoc no infringeixen els principis de concurrència i igualtat, ja que res impedeix als altres licitadors que facin la mateixa oferta.

El nostre Tribunal Català de Contractes del Sector Públic també està seguint la mateixa direcció i admet ofertes amb preu zero en les resolucions més recents ([Resolució 204/2018](#) i [Resolució 233/2018](#)), i pel que fa al caràcter oneros dels contractes estableix que si bé aquest implica que les parts han d'obtenir beneficis econòmics amb caràcter sinal·lagmàtic i això, en el cas del contractista, es reflecteix ordinàriament en la retribució que percep a canvi de la prestació objecte del contracte, aquesta prestació no ha d'adoptar necessàriament la forma de preu individualitzat, sinó que determinats costos poden ser objecte de compensació o integració amb altres costos previstos per executar el contracte. Aquest plantejament suposa admetre la possibilitat d'oferir zero euros per algunes de les prestacions que integren el contracte, per tant l'oferta de determinades partides a preu zero no comporta l'eliminació de la nota de caràcter oneros del contracte de manera immediata, sinó que s'haurà d'analitzar per a cada contracte.

Conseqüentment, en cada cas concret convé analitzar si el pes de les prestacions ofertes a zero euros pot comportar un trencament del principi de caràcter oneros del contracte, i únicament admetre els preus zero en partides corresponents a obligacions accessòries de la principal, per evitar aquesta anul·lació del caràcter oneros i sense que això vulneri els principis d'igualtat i lliure concurrència.

Així, cal considerar que hi tenen caràcter oneros les ofertes de les quals es deriva qualsevol tipus de benefici, no només l'econòmic; per tant no podem lligar el concepte de *caràcter oneros* només al de benefici monetari. En aquest sentit, la Sentència 403/2017, de 22 de maig, del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el fonament de dret 6 admet el cost zero com a preu cert.

Tal com s'ha dit, s'ha d'analitzar cada licitació i veure si l'oferta a preu zero d'una partida, prestació o unitat comporta una alteració del principi de caràcter oneros del contracte, si el preu global de l'oferta reuneix totes les condicions perquè aquesta sigui admesa, i examinar si el valor zero afecta únicament una part complementària de la prestació objecte del contracte i quina incidència té en el volum total del contracte, de manera que si aquesta incidència és minsa no trenca el caràcter oneros del contracte.

Un cop analitzat el pes de la prestació que s'ofereix a preu zero, si l'òrgan de contractació conclou que no ha quedat anul·lat el principi de caràcter oneros del contracte i no s'han vulnerat els principis d'igualtat i de lliure concurrència, no es pot excloure l'empresa que ha presentat aquesta oferta per aquest motiu.

No obstant això, els òrgans de contractació, si ho consideren adient, poden establir en els plecs de clàusules administratives que les ofertes amb valor zero no es prenen en consideració ni són objecte de puntuació, de la mateixa manera que poden establir que l'oferta zero es considera anormal.



Èlia Vilaseca Arqués

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública