

La contratación de servicios de mediación de seguros por las entidades locales: en particular la fijación del precio

Patricia Valcárcel Fernández

Profesora Titular de Derecho Administrativo (acr. a Catedrática)

Universidad de Vigo

pvalcarcel@uvigo.es

1º.- *¿Es normal o frecuente que los operadores económicos que participan en una licitación se comprometan a realizar las prestaciones objeto del contrato por un precio igual o cercano a “0” euros?:* **NO**

2º.- *¿Hay casos en los que se ha dado y admitido esta circunstancia?:* **SI**

- **a)** Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 4/2010, de 10 de septiembre y 5/2011, de 16 de noviembre, sobre admisión o rechazo de proposición con importe cero.
- **b)** Resolución 396/2014, de 23 de mayo de 2014, del TACRC
- **c)** Sentencia AN de 27 de mayo de 2015 (núm. rec.: 327/2014) (ECLI: ES:AN:2015:1960) que resuelve desestimatoriamente el recurso contencioso interpuesto contra la resolución 396/2014, de 23 de mayo de 2014, del TACRC
- **d)** Resolución 118/2016, de 8 de noviembre de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi
- **e)** Resolución nº 1108/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 24 de Noviembre de 2017, C. Valenciana.

- **OJO:** No se trata de situaciones en las que una parte ofrece ejecutar a precio “0” una concreta prestación de las múltiples que tiene un contrato, que sí es admisible

3º.- *¿Es jurídicamente admisible que los órganos de contratación acepten ofertas de “0” euros o precios simbólicos?:* **ES LO QUE TRATAMOS DE DESENTAÑAR**

AVANCE DE RAZONES ESGRIMIDAS PARA ADJUDICAR A ESTE TIPO DE OFERTAS:

1.- Operadores económicos:

- a) Se lo pueden permitir por estructura empresarial*
- b) Pretenden implantación en un mercado concreto (les compensa. Beneficio: negocios futuros, imagen de empresa)*

2.- Por parte del sector público (de los órganos contratación, Juntas, T. recursos, jurisdicción contenciosa que lo han admitido):

- a) Concepto amplio de onerosidad (TJUE. Lo importante es que poder adjudicador obtenga beneficio económico de la ejecución de la prestación)*
- b) En contratos públicos no es necesario que sea el poder adjudicador el que satisfaga la contraprestación (ej: concesiones)*
- c) Contraprestación que obtiene adjudicatario: exclusividad en la ejecución de la prestación por parte del adjudicatario del contrato*
- d) Superación de del test de OAB*

¿Hay casos en los que se ha dado esta circunstancia?: SI

Ej: Contratos de mediación de seguros que celebran las Administraciones públicas

Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados

Art. 6.1 Ley 26/2006: la obligación principal que incumbe a los mediadores de seguros consiste en ofrecer información veraz y suficiente en la promoción, oferta y suscripción de los contratos de seguro.

- **La relación entre los CORREDORES DE SEGUROS y las ENTIDADES ASEGURADORAS:** Art. 29 Ley 26/2006 establece que las relaciones entre corredor de seguros y compañías aseguradoras se registrarán por los pactos que las partes acuerden libremente, que en todo caso han de respetar el principio de independencia que siempre debe presidir el desempeño de la actividad del corredor de seguros.
- **La relación entre los CORREDORES DE SEGUROS y los CLIENTES (TOMADORES DE SEGUROS):** se sustenta en un mandato realizado por el segundo a favor del primero, relación que es “*intuitio personae*” y que se basa en un vínculo de confianza formalizado en un contrato.
 - En el caso de los contratos de correduría que celebra el sector público la elección del corredor de seguros que realiza el asesoramiento en la contratación de seguros ha de canalizarse a través de la celebración de un contrato adjudicado mediante una licitación pública.

Pluralidad de sistemas de retribución de la actividad de correduría de seguros: Art. 29 Ley 26/2006

1. Retribución mediante las comisiones que satisface al corredor de seguros la empresa aseguradora con la que finalmente se suscribe el contrato de seguro.
2. Retribución mediante honorarios profesionales facturados por el corredor de seguros al cliente asesorado. Dichos honorarios se facturan de forma independiente al recibo de prima de seguro que el asegurado abona a la aseguradora.
3. Retribución mixta o combinada de los dos sistemas anteriores: comisiones + honorarios.

Contratos de servicios de correduría o mediación de seguros en el sector público:

– 1.- Naturaleza jurídica:

- Con la LCSP 2017 los contratos de servicios de seguros y los contratos de servicios de mediación o corretaje de seguros que celebran los entes del sector público tienen la consideración de **“contratos privados”** con independencia de la naturaleza jurídica atribuida al ente público contratante. Son **contratos públicos de servicios con régimen de Derecho privado**. Ello supone que:
 - **a)** Les resulten de aplicación en todo caso las reglas propias de preparación y adjudicación de los contratos contenidas en la LCSP en orden a que el órgano contratante forme de forma imparcial su voluntad, sin que se pueda alegar el principio de libertad de pactos para celebrar libremente este contrato.
 - **b)** En lo concerniente a su régimen sustantivo se rigen por el Derecho privado, por la Ley 26/2006.
- **2.- Amplio alcance que puede tener el objeto de los contratos de mediación de seguros que celebra el sector público puede influir en la forma escogida para retribuir los servicios prestados**

- *¿Es jurídicamente admisible que los órganos de contratación acepten ofertas de “0” euros o precios simbólicos?: Entendemos que **NO** por las siguientes razones:*
 - 1.- LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO SE BASAN EN LA EXISTENCIA DE OBLIGACIONES SINALAGMÁTICAS Y CONMUTATIVAS
 - 2.- LOS CONTRATOS PÚBLICOS DEBEN SER **NEGOCIOS JURÍDICOS ONEROSOS**. LA ONEROSIDAD ES REQUISITO PARA SU EXISTENCIA
 - 3.- POR EL PAPEL DEL **PRECIO** EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

– 1.- LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO SE BASAN EN LA EXISTENCIA DE OBLIGACIONES SINALAGMÁTICAS Y CONMUTATIVAS

- Aunque nada dice la LCSP explícitamente no se duda que los contratos del sector público tienen:
- **Carácter sinalagmático:**

Jurídicamente el término “sinalagmático”, se vincula a los contratos que generan obligaciones recíprocas para las partes que los suscriben. La idea de sinalagma evoca la idea de un contrato bilateral como negocio jurídico que genera obligaciones recíprocas para quienes lo celebran y vendría a contraponerse a un contrato unilateral, que únicamente genera obligaciones para una de las partes.
- **Carácter conmutativo:**

Un contrato es conmutativo cuando del mismo surgen obligaciones contractuales equivalentes y recíprocas para las partes intervinientes, y dichas obligaciones son ciertas y conocidas por ellas desde el momento en que se perfecciona el negocio. Cada interviniente conoce al perfeccionar el negocio cuáles son los compromisos que asume, que ha de cumplir, cuáles que puede exigir y el alcance de todos ellos, pues el intercambio de prestaciones está definido desde el inicio de manera estable.

 - Ej: STS 2631/2004 (ECLI: ES:TS:2004:2631), de 22 de abril de 2004: *“En las relaciones de obligación recíprocas o sinalagmáticas, el nexo causal o interdependencia de las prestaciones principales de cada parte, que convierte a cada una en equivalente o contravalor de la otra, se manifiesta no sólo en el momento estático de nacimiento de la relación (sinalagma genético), sino también en el dinámico posterior de desenvolvimiento de la misma (sinalagma funcional), en el cual la reciprocidad se proyecta, entre otros aspectos, sobre la exigibilidad de las prestaciones”*.

– 2.- LOS CONTRATOS PÚBLICOS DEBEN SER NEGOCIOS JURÍDICOS ONEROSOS. LA ONEROSIDAD ES REQUISITO PARA SU EXISTENCIA

“Oneroso” del vocablo *“onerosus”*, alude a que algo es gravoso, pesado o molesto. En contratos: se refiere a que de la celebración del negocio se deriva para cada una de las partes la obligación recíproca de realizar o abstenerse de realizar alguna actuación que le comporta algún gravamen.

En los negocios onerosos cada parte contratante realiza un intercambio de prestaciones, comprometiéndose y obteniendo cada una de ellas, recíprocamente, obligaciones y ventajas económicas (evaluables económicamente).

RAE: *“contrato oneroso”*: *“contrato que implica alguna contraprestación”, y al entender por “contraprestación” la “prestación que debe una parte contratante por razón de la que ha recibido o debe recibir de la otra”*.

Los **contratos onerosos** se contraponen a los **gratuitos** en los que una parte se compromete a proporcionar a la otra una ventaja pero sin recibir contraprestación alguna de la otra.

CONTRATOS PÚBLICOS SON ONEROSOS: Las Directivas europeas siempre han configurado la onerosidad como un requisito definitorio para afirmar la existencia de un contrato público. Desde Art. 7.1.a) Directiva 1971/305/CEE hasta Art. 2.1.5) Directiva 2014/24/UE.

PERO.....sorprende que nunca hayan dedicado atención a definir el adjetivo de onerosidad con el que siempre han vinculado el concepto de contrato público.

Derecho español: Ley 30/2007 incluyó expresamente la referencia a la onerosidad en su artículo 2 como elemento definitorio de los contratos del sector público. No lo definía .

Art. 2 LCSP 2017 se refiere a este requisito. Una de las novedades es que por primera vez en sede normativa se define lo que ha de entenderse por contrato público oneroso. **Art. 2.1.2º:** *“se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta”*. Focaliza excesivamente la atención en la contraprestación que ha de obtener el contratista. **OJO!!** TJUE pone acento en el beneficio económico que ha de reportarle al poder adjudicador la ejecución de las prestaciones por parte del contratista.

¿De qué hablamos cuando hablamos de contratos públicos onerosos?: La onerosidad del contrato público a la luz de la jurisprudencia del TJUE

- **TJUE:** Apdo. 32 Conclusiones Abogada Gral. Sra. Verica Trstenjak, de 23 de mayo de 2012 (ECLI:EU:C:2012:303): “sólo una interpretación amplia del concepto de «carácter oneroso» satisface el objetivo de las directivas sobre contratación pública, que consiste en permitir una auténtica competencia en el mercado.
- **1. La prestación a la que se compromete el contratista ha de corresponderse con la propia del objeto de alguno de los contratos definidos en las Directivas europeas cuya realización ha de comportar un beneficio económico directo al poder adjudicador.** Dicho beneficio económico directo no necesariamente ha de corresponderse con una situación en que el poder adjudicador adquiriera la propiedad de lo ejecutado.
 - **STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, Helmut Müller GmbH (ECLI:EU:C:2010:168)**
- **2. El poder adjudicador ha de realizar o asumir una contraprestación a favor del contratista.** La contraprestación asumida por el poder adjudicador no necesariamente ha de consistir en la entrega al adjudicatario del contrato de una cantidad de dinero. **la onerosidad del contrato no exigiría ni tan siquiera la existencia de una *contraprestación monetaria*, sino que tal contraprestación podría ir ligada a cualquier ventaja o contraprestación a favor del contratista, identificada con todo tipo de obligación asumida por el poder adjudicador como contrapartida por la realización a su favor de una determinada prestación.** Si bien el TJUE sí apunta que ha de tratarse de una contraprestación evaluable económicamente.
 - **STJUE de 12 de julio de 2001, asunto C-399/98, Ordine Degli Architetti y otros (ECLI:EU:C:2001:401)**
- **3. El carácter oneroso que se exige a la institución contractual no debe confundirse con la existencia de ánimo de lucro por alguna de las partes contratantes**
 - **STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-305/2008, Consorcio Nazionale Interuniversitario per le Scienze (ECLI:EU:C:2009:807)**
- **4. La onerosidad de un negocio no desaparece por el hecho de que en el intercambio de prestaciones la contraprestación que asume el poder adjudicador se corresponda con una retribución limitada al reembolso de los gastos en que incurre el contratista para realizar el objeto del contrato.**
 - **STJUE de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG, (ECLI:EU:C:2013:385)**

CONCLUSIÓN: Aunque la definición europea de contrato público oneroso es **amplia, generosa y no tiene en cuenta los requisitos de la causa de la relación bilateral, ni el principio de equivalencia de las prestaciones, sí existen límites** que la perfilan y que han de respetarse para poder afirmar la existencia de un contrato oneroso.

- **EN ESPAÑA**

- **Acuerdos 61/2014 y 13/2015 TACPA:** *“Una de las cuestiones más debatidas en la teoría del Derecho patrimonial es, precisamente, la relativa a la gratuidad u onerosidad de los actos y negocios jurídicos. Debate que trae causa de la ausencia de regulación normativa acerca de qué es la onerosidad de un contrato, en el Derecho positivo. Sin necesidad de analizar con detenimiento la doctrina iusprivatista, puede afirmarse que no es precisa la existencia de una equivalencia, ni objetiva ni subjetiva, entre la obligaciones o sacrificios, sino que basta la existencia de una relación de causalidad, para la afirmación del carácter oneroso de una prestación. Es la relación de causalidad entre dos prestaciones, entre una prestación y una obligación o entre dos obligaciones, cualquiera que sea la equivalencia objetiva o no de las mismas, la que provoca el que se produzca el contrato oneroso.*
- *En el Derecho público, tradicionalmente, el carácter oneroso de un contrato se ha referido a la existencia de un intercambio de prestaciones entre las partes contratantes; contraponiéndose, de este modo, a la figura de los contratos gratuitos, en los que uno de los contratantes se compromete a proporcionar al otro una ventaja pero sin recibir equivalente alguno, es decir, con ausencia de contraprestación. Es decir, la existencia de retribución y el coste económico para una de las partes es la característica de la onerosidad”.*
- La referencia a la relación de causalidad que debe existir entre las prestación y contraprestación constituye una manera de expresar la idea que encierra la onerosidad de acuerdo con la doctrina del TJUE que enriquece y complementa a la referida al “reconocimiento recíproco de obligaciones”. Resulta muy expresiva pues evoca una connotación que resultará útil para delimitar el tipo de beneficio -directo o indirecto- que de acuerdo con el artículo 2.1.2º párrafo de la LCSP ha de darse para poder concluir la existencia de un contrato oneroso. De forma que no cualquier beneficio que una de las partes pueda considerar que obtiene con la celebración del contrato puede servir sostener la onerosidad de la relación. La onerosidad solo podrá admitirse si del propio negocio surgen obligaciones reciprocas para las partes y entre ellas –las obligaciones- es posible acreditar una relación de causalidad.

– 3.- POR EL PAPEL DEL **PRECIO** EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

- Derecho UE **NO** regula el precio como elemento esencial contratos públicos.
- Las escasas referencias que contienen las Directivas al precio se realizan para precisar cuestiones como pios. publicidad, transparencia, competencia o para reconocer que precio puede formar parte de los criterios de adjudicación. Pero estas referencias no descienden a delimitar jurídicamente la prestación que deba satisfacer el poder adjudicador.
- Respecto de los aspectos económicos de los contratos públicos el Derecho UE centra la atención en aquellos que se refieren a cómo han de establecerse ciertas coordenadas previas a la propia licitación en el marco de las que han de moverse los poderes adjudicadores: “PBL” el “VEC”. Dichas referencias van a condicionar la contraprestación (precio) que vaya a recibir el contratista, pero dicha contraprestación no es objeto de especial atención por el Derecho UE.
- En suma: Las exigencias de las Directivas que afectan al precio son:
 - **1.-** Que debe existir una contraprestación al contratista; y
 - **2.-** Que el negocio debe tener carácter oneroso.

- Por contraste con UE la **legislación española** de contratación pública sí ha venido prestando una atención relevante al precio de los contratos públicos. Hoy en los **artículos 102 a 105 de la LCSP**
- El artículo 102, precisamente rubricado “precio”, concentra los aspectos más relevantes:
 - **“Artículo 102. Precio.**
 - *1. Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado. En el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente.*
 - *2. Con carácter general el precio deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que esta u otras Leyes así lo prevean.*
 - (...)
 - *3. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.*
- **Concepto de precio y finalidades principales que satisface su existencia en los contratos públicos**
- Desde pdv jurídico, el precio se relaciona con el **valor** -normalmente en dinero- en que se estima la contraprestación que corresponde a alguien como pago por la ejecución de la prestación objeto de un contrato.
- **Art. 103 LCSP** aporta la definición de precio: *“se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios”.*
- Destaca estrecha vinculación que existe entre objeto y precio del contrato. Se trata de dos elementos íntimamente ligados en tanto que uno es correspondencia del otro.
- Al configurarse uno como correspondencia del otro se entiende que entre ellos ha de reconocerse un **equilibrio**, que ha de mediar una equivalencia entre objeto y precio, entre prestaciones, en definitiva. El que sea ese equilibrio o equivalencia que se fija inicialmente y ha de mantenerse durante toda la vigencia de la relación contractual.
- Este **equilibrio entre prestación y contraprestación** es una condición básica para que un contrato cumpla los parámetros de **“justicia conmutativa”**: el respeto de una igualdad o un equilibrio entre el las prestaciones contractuales que se intercambian las partes.
 - Derecho privado adquiere relevancia el principio de autonomía de la voluntad de las partes. La parte a la que corresponde recibir el precio tiene margen más amplio.
 - Derecho público: ese margen es más estricto o recortado, debido a que la fijación del precio responde a una multiplicidad más amplia de finalidades: buen uso de fondos públicos, comportamiento ético del sector público

- **Elementos que condicionan la elección del “precio de adjudicación” de los CP**
- **a) PBL:** No se definía antes. Art. 100.1 LCSP lo define como el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el IVA, salvo disposición en contrario.
- **b) VEC:** No se define en LCSP. Para Derecho UE es la cifra que se corresponde con el máximo de ingresos que podría llegar a percibir el contratista, siempre IVA excluido. Art. 101 LCSP regula modo de determinación.
- **c) Los elementos que influyen en la determinación del precio de adjudicación de los contratos del sector público han de orientarse a “valores generales de mercado”. Alcance: hacia la determinación de precios justos, adecuados, razonables o suficientes**
- **c) Las “ofertas económicas” de los licitadores**
 - A ellas se refieren Arts. 139 y ss. de la LCSP
 - Las indicaciones que impone la LCSP a los órganos de contratación para fijar el PBL, el VEC y el “precio del contrato”, teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, no se reproducen respecto de las mismas.
 - Las ofertas económicas no pueden superar el importe del PBL, que es su techo o límite por arriba. ¿Pero.....existe algún límite por abajo equivalente?
 - TACRC en resolución nº 812/2018: ***“el principal argumento del órgano de contratación para no aceptar la justificación de la viabilidad económica de la oferta de la recurrente es que el beneficio industrial que propone del 1,5 % es anormalmente bajo, teniendo en cuenta la duración del contrato (24 meses) y la naturaleza de los servicios prestados. En cuanto a ello, ni los pliegos ni la normativa aplicable exigen un porcentaje mínimo de beneficio industrial a obtener por el adjudicatario.(...)”***
 - Se viene diciendo que límite por abajo son las OAB

- **El principio de equivalencia de prestaciones y su influencia en la determinación del precio en los contratos públicos ¿Constituye un límite a la fijación del precio?**
- Los intercambios contractuales, debieran tender a respetar una correspondencia reconocible entre el valor de las prestaciones intercambiadas. Debe haber una razonable de equivalencia entre ellas.
- **El principio de equivalencia de prestaciones** tendría dos derivaciones nítidas:
 - a) La primera se manifiesta en el momento de génesis y perfeccionamiento del contrato: la necesidad de identificar un punto de equilibrio o equivalencia inicial entre el valor atribuible a las prestaciones que asumen cada una de las partes.
 - b) La segunda se proyecta durante toda la fase de ejecución del contrato y hasta su extinción.
- **Una inicial equivalencia reconocible entre las prestaciones no implica afirmar la existencia de un equilibrio unívoco entre ellas, sino el reconocimiento de una equivalencia razonable, de una “honesta equivalencia de prestaciones” en términos de mercado, que se corresponde con la idea de “precio suficiente”.**
- La LCSP no contiene de forma expresa ninguna indicación limitativa a la autonomía de la voluntad de los operadores económicos. **PERO**... es evidente que si estos contratos se dicen onerosos y en ellos debe reconocerse una sana equivalencia inicial entre prestaciones contractuales tiene también que existir algún límite. Si así no fuese se difuminaría la distinción entre negocios onerosos y gratuitos.
- La **ética** en el actuar el sector público acorde con el **principio de buena administración** demandaría que el sector público respetase una mínima equivalencia o proporcionalidad reconocible en los valores atribuibles a las prestaciones de cada una de las partes. Sería contrario a la dignidad en la actuación del sector público no hacerlo.
- **FRANCISCO BLANCO:** *“No tiene lógica ninguna que realizados esos cálculos contenidos en el presupuesto máximo el propio órgano de contratación diseñe la selección de la mejor oferta a partir de dar al precio ofrecido más bajo por las empresas una ponderación elevada. Atenta al sentido común que si el presupuesto máximo de licitación desglosa los costes directos e indirectos y esos cálculos están fundamentados quiera obtenerse un precio más bajo como criterio básico de selección. O el precio más bajo es anormal o si no puede ser así calificado es un precio que no se corresponde con una práctica empresarial ordenada”.*

- **Doctrina de Juntas Consultivas, tribunales de recursos especiales en materia de contratación y de la jurisprudencia contencioso-administrativa acerca de la onerosidad y el precio de los contratos públicos**
- **a)** Acogen un concepto amplio de onerosidad contractual
- **b)** Admiten jurídicamente viable la oferta de un precio “0” o simbólico por la ejecución de “alguna” de las prestaciones que integran el objeto del contrato
 - **Ej: Resolución 38/2018 de 31 de enero del TACPM:** *“Los tribunales de recursos contractuales admiten un concepto amplio de onerosidad y han reconocido la posibilidad de ofertar cero euros por alguna de las prestaciones que integran el contrato, al entender que el coste de los servicios ofertados a cero euros podía considerarse incluido en el precio general del contrato”.*
- **c) AHORA BIEN...** Existen Informes de Juntas Consultivas, resoluciones de tribunales de recursos contractuales en materia de contratación o sentencias del orden contencioso-administrativo. Disección crítica de decisiones administrativas y jurisdiccionales que han admitido como precio de adjudicación válido de un contrato de mediación de seguros ofertas económicas de “0” euros, precios simbólicos, o de porcentajes del “0%” sobre la prima abonada por la Administración a la compañía de seguros. Decisiones más relevantes al respecto:
 - **1.** *Los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 4/2010, de 10 de septiembre, sobre oferta económica con valor anormal o desproporcionado en un contrato de servicios del servicio madrileño de salud (se analiza la admisibilidad de una oferta con comisión de carácter simbólico), y 5/2011, de 16 de noviembre, sobre admisión o rechazo de proposición con importe cero.*
 - **2.** *La resolución 396/2014, de 23 de mayo de 2014, del TACRC*
 - **3.** *La Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de mayo de 2015 (núm. rec.: 327/2014) (ECLI: ES:AN: 2015:1960) que resuelve desestimatoriamente el recurso contencioso interpuesto contra la citada resolución 396/2014, de 23 de mayo de 2014, del TACRC*
 - **4.** *La resolución 118/2016, de 8 de noviembre de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi*
 - **5.** *La resolución nº 1108/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 24 de Noviembre de 2017, C. Valenciana.*

- **Crítica a estas resoluciones**
- **a)** Parecen considerar suficiente la existencia de una cuantificación para entender cumplida la existencia de precio. Si el precio se concreta en un importe, en tanto que “0” es un número, puede ser el precio de un contrato. Esto supone banalizar el concepto y la razón de ser del precio.
- **b)** Parecen ligar la fijación de un **PBL** con el carácter oneroso del negocio[“*el presupuesto base de licitación del contrato fue fijado en 450.000 euros por anualidad, suponiendo un total de 900.000 euros, al contemplarse dos anualidades. Este hecho evidencia la onerosidad inicial con que fue previsto este contrato por parte del Órgano de contratación (...)*”]. El carácter oneroso de la relación no lo marca el presupuesto del contrato sino cumulativamente las contraprestaciones **recíprocas** que del negocio surjan para las partes.
- **c)** En muchos casos se razona que en ciertos sectores (material médico, servicios de mediación este tipo de ofertas son muy comunes. Esta circunstancia debería conducir a realizar planteamientos más profundos. Puede estar ocurriendo que la aceptación como admisibles de estos importes como precio de los contratos públicos esté llevando a las compañías de los sectores afectados –ej: sector de las corredurías de seguros- que se lo puedan permitir a ofrecerlos para “mantenerse en el mismo”, “para abrirse mercados”, o para “fortalecerse”, renunciando con ello a desarrollar su negocio con las Administraciones públicas de acuerdo con las pautas lógicas de cualquier negocio empresarial sano. La admisibilidad de esta práctica, directamente excluirá del mercado a las entidades que ya no se lo puedan permitir.
- Puede ser que sean precios habituales cuando contratan con el sector público y que les compense presentar esas ofertas. Pero que sean precios frecuentes, no implica que esos importes se correspondan con los precios medios ofertados en el sector globalmente considerado. Ej: *Informe estadístico-anual de mediación 2017 (sobre el ejercicio 2016)*.
- Que se preste tanta atención que los órganos de contratación identifiquen los costes reales que comporta la ejecución del contrato no se compadece bien con el hecho de que no se exija una mínima correspondencia entre ellos y el reembolso que recibe el contratista que incurre en ellos.
- **d)** Las resoluciones citadas plantean sus argumentos pretendiendo moverse dentro de la flexibilidad que la jurisprudencia del TJUE admite en orden a reconocer la onerosidad de un contrato. Pero van más allá de lo que ha dicho el TJUE. De la jurisprudencia TJUE se sigue que debe existir un **nexo de unión causal** entre las prestaciones y contraprestaciones que respectivamente asumen y obtienen las partes por mor de la celebración de un contrato.
- Y las resoluciones indicadas consideran que no afecta a la onerosidad del contrato que la supuesta “contraprestación”, “beneficio” o “retribución” que el adjudicatario del contrato considera recibir con la celebración del contrato se corresponda con cuestiones totalmente ajenas a la Administración contratante y se corresponda con potenciales “*ventajas en el mercado frente a competidores, al obtener un cliente de referencia u otras análogas*”.
- **e)** Algunas de estas resoluciones realizan una demostración de ingenio al “identificar” como contraprestaciones de la Administración aspectos que la normativa de contratos no considera tales. Ej: la “exclusividad” en el desarrollo de actividades de medición

- **f)** Es cierto que la onerosidad no la marca que el pago lo realice directamente el órgano de contratación. La onerosidad la define que ambas partes alcancen un compromiso que implique obligaciones recíprocas y causales sobre elementos sobre los que tienen capacidad de decisión.
 - Que de acuerdo con una de las opciones que permite el artículo 29 de la Ley 26/2006, el sector pública pueda diseñar la retribución del contratista para los contratos de mediación de seguros que celebre mediante el abono de comisiones a través de la entidad aseguradora, y que, por tanto, esos contratos de mediación no generen directamente gasto para la Administración, no implica que no tengan unos costes y que legítimamente quienes ejecuten la mediación pretendan normalmente recuperarlos y obtener un beneficio por la actividad que desarrollan. Que no haya gasto para la entidad pública y que no deba aprobarse un PBL no implica que no haya de aprobarse un VEC ni que en los PBL de los contratos de seguros que finalmente se celebren no se tenga en cuenta el importe que corresponda a los porcentajes que abonarán las aseguradoras a las empresas de mediación. Sería iluso pensar que las primas abonadas por los seguros no se fijan normalmente teniendo en cuenta los porcentajes que las aseguradoras han de entregar, como comisión, a las entidades mediadoras. No considerar este hecho implica ignorar como funciona este mercado. (Lo mismo ocurre en los contratos de concesión)
- **g)** El precio de los contratos públicos no necesariamente debe abonarlo el órgano de contratación. Debe ser una retribución real que tenga origen en el contrato, sobre la que el órgano de contratación tenga poder o facultad de decisión, y que respete una equivalencia suficiente entre lo realizado por el contratista y lo percibido a cambio de esa realización.
- **CONCLUSIÓN:** las resoluciones que han considerado admisibles ofertas a precio “0” o “precio simbólico” como “precio global de un contrato”, han pecado de permisivas. Han primado absolutamente el principio de autonomía de la voluntad de los oferentes y el principio de competencia entre ellos. Principios importantes, qué duda cabe, a los que hay que darles la máxima cabida en la contratación, también la pública, pero no a costa de doblegar el actuar recto y justo que cabe esperar de las entidades públicas.

- **PERO....¿CUÁL ES EL LÍMITE POR DEBAJO?: ¿ES POSIBLE FIJAR UN LÍMITE MÍNIMO? ¿LOS COSTES DE EJECUCIÓN?**

- Convendría observar dos aspectos:
 - 1. Respetar lo máximo posible el principio de autonomía de la voluntad de los operadores económicos interesados en participar en licitaciones públicas. Por la importancia de la libertad en sí misma y porque esta libertad favorece otro principio importante en el sector como el de competencia.
 - 2. Respetar un “halo de justicia conmutativa” en el actuar de las entidades del sector público orientado a favorecer una mínima equivalencia de prestaciones.

- SSTJUE como la de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG, (ECLI:EU:C:2013:385); la de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, (ECLI:EU:C:2012:817), aludían a que *“(...) un contrato no deja de ser un contrato público por el mero hecho de que su **retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado**”*. Muy ilustrativas al respecto son las explicaciones que se contienen en los apartados 30 a 33 de las conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, de 23 de mayo de 2012 (ECLI:EU:C:2012:303) elaboradas en el marco del caso que dio lugar a esta última Sentencia y que por su claridad e interés reproducimos:
 - *“30. (...) El concepto de «carácter oneroso» requiere que a la prestación del servicio por el licitador se contraponga también una obligación de remuneración por el poder adjudicador. Además de a la intervención de dos personas, con esto se hace referencia a la reciprocidad en forma de intercambio material de prestaciones. Esta reciprocidad de la relación contractual es necesaria para que exista una operación sujeta a contratación pública.*
 - *31. Es cierto que en el caso de autos, conforme al acuerdo controvertido, la ASL de Lecce contrajo una obligación de remuneración frente a la Universidad. Sin embargo, se da aquí la particularidad de que la contraprestación comprometida estaba establecida de manera que no excediese los costes soportados. Ante este hecho se plantea la cuestión de si las remuneraciones destinadas a cubrir costes también satisfacen el concepto de «carácter oneroso». A mi parecer, existen ciertos argumentos favorables a una interpretación amplia de este término, en el sentido de que se ha de considerar comprendido todo tipo de remuneración que pueda tener un valor en dinero.*
 - *32. (...), la sola falta de beneficio no convierte en gratuito el acuerdo contractual. Éste sigue siendo a título oneroso desde el punto de vista económico, pues el destinatario sí recibe una prestación de carácter pecuniario, por lo que en principio puede estar comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18. Al margen de esto, se puede sostener que sólo una interpretación amplia del concepto de «carácter oneroso» satisface el objetivo de las directivas sobre contratación pública, que consiste en permitir una auténtica competencia en el mercado. Sólo así se puede garantizar la eficacia práctica de dichas directivas y evitar la elusión de la normativa sobre contratación pública mediante el pacto de formas distintas de remuneración en que no sea evidente la finalidad de obtención de beneficios, por ejemplo, mediante operaciones de permuta o mediante la renuncia a créditos recíprocos existentes entre las partes contratantes.*
 - *33. Esta interpretación del concepto de remuneración es también coherente con la amplia definición de remuneración que hace el Tribunal de Justicia en cuanto a la libre prestación de servicios del artículo 56 TFUE. (...) de conformidad con esta amplia interpretación no se puede exigir necesariamente que el prestador de servicios persiga la obtención de beneficios: para que se cumpla el requisito relativo al carácter oneroso debe bastar con que el prestador de servicios perciba simplemente una remuneración que cubra los costes en forma de compensación de gastos. En consecuencia, el concepto de remuneración debe comprender también las meras compensaciones.”*

- Incluso un paso más parece haber dado la reciente Sentencia del TJUE 18 de octubre 2018, *IBA Molecular Italy, C-606/17* (ECLI:EU:C:2018:843), pues en su apartado 29 se llega a afirmar que “(...) un contrato que establezca un intercambio de prestaciones estará incluido en el concepto de contrato público aunque la retribución prevista se limite al reembolso parcial de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado (...)”. Esto es, parece ni tan siquiera exigir que se produzca un reembolso pleno de los costes. Si bien es cierto que en esta Sentencia la referencia al reembolso parcial es una referencia meramente tangencial, no adentrándose el pronunciamiento a analizar en profundidad esta cuestión en orden a concretar cuando se puede afirmar o no la onerosidad de un contrato basado en tal reembolso parcial.
- E incluso el límite del coste sería excesivamente bajo, si tenemos en cuenta otros factores que no deberían ser irrelevantes o indiferentes al funcionamiento ideal y responsable del sector público. Por ejemplo, el respeto al actuar ordinario en el mercado de los operadores económicos, siendo la búsqueda de un beneficio por el desempeño de un trabajo es no solo plenamente legítimo, sino justo. O por ejemplo, desde la óptica del respeto del principio de auténtica competencia entre licitadores, siendo que muchos de ellos –sería caso de la mayoría de las PYMES- no podrán permitirse actuar bajo parámetros de renuncia a la obtención de un beneficio por la realización de su trabajo, por la prestación de sus servicios.

- **GÓMEZ GUZMÁN:** *“mucho se habla de realizar una contratación pública con visión estratégica para el apoyo de políticas públicas, como por ejemplo en innovación y desarrollo tecnológico, medioambiente, integración social, ahorro y eficiencia energética. Pues afirmamos con rotundidad, que determinar de modo cabal el coste de las prestaciones que se contratan y alcanzar un precio definitivo que sea justo y equitativo, también forma parte de la visión estratégica de la contratación pública”*

- **Existen fórmulas a las que pueden recurrir los OC al diseñar los pliegos contractuales que pueden evitar presentación de ofertas a “0” euros o precios simbólicos.** Se trata de fórmulas en las que:
 - **a) No se considera el precio como criterio de adjudicación.**
 - **GALICIA** Expte.núm: FAC 05/2018. “Pliego de cláusulas administrativas particulares que regirán en la contratación documentalmente simplificada, por procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, de los servicios de mediación de seguros de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia”
 - **b) Se valora el precio como criterio de adjudicación pero se asigna un porcentaje específico de comisión que es el que recibirá la adjudicataria y se asigna al criterio precio una puntuación fija del total de puntos de la evaluación, por lo que en la práctica se produce un empate en este punto entre las ofertas**
 - **ITALIA.** PROVINCIA DI COMO. OGGETTO: Invito a procedura negoziata per affidamento del servizio di Brokeraggio assicurativo In esecuzione della determinazione n. 720 del 27.07.2016, codesta Società è invitata a partecipare alla presente gara per l'affidamento dell'incarico del servizio di brokeraggio assicurativo di codesto Ente.
 - **c) Se valora precio como criterio de adjudicación, pero el porcentaje de comisión dentro del que se pueden mover las ofertas se fija estableciendo una horquilla en la que se prevé el porcentaje mínimo y máximo y se advierte de que las ofertas que no se mantengan dentro de esos límites serán excluidas.**
 - **AMVISA - Aguas Municipales de Vitoria-Gasteiz S.A.** Nº Expediente: 07/2017. PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARA LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE MEDIACIÓN DE SEGUROS Y REASEGUROS PARA AGUAS MUNICIPALES DE VITORIA-GASTEIZ S.A.

Muchas gracias por la atención

Patricia Valcárcel Fernández
Profesora Titular de Derecho Administrativo (acr. a Catedrática)
Universidad de Vigo
pvalcarcel@uvigo.es