



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 28 de mayo de 2020¹

Asunto C-367/19

Tax-Fin-Lex d.o.o.
contra
Ministrstvo za notranje zadeve,
con intervención de:
LEXPRA d.o.o.

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Comisión nacional de control de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, Eslovenia)]

«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos de servicios — Directiva 2014/24/UE — Artículo 2, apartado 1, punto 5 — Calificación de “contrato público” — Concepto de “contrato oneroso” — Oferta de un licitador por importe de cero euros — Apreciación del carácter oneroso de la operación — Falta de contrapartida pecuniaria a cargo del poder adjudicador — Rechazo de la oferta — Base jurídica — Artículo 69 — Oferta anormalmente baja»

I. Introducción

1. ¿Es el cero (un número) anormalmente bajo?

2. Dejando a un lado los apasionantes debates que ha podido originar la naturaleza del número cero en el ámbito de las matemáticas,² es probable que, si se plantea esta misma cuestión desde el punto de vista jurídico a un profano en la materia, este dedique a los juristas esa mirada de extraordinaria perplejidad que les es familiar cuando tratan de explicar su profesión. Puede que incluso ese profano en la materia les haga notar, no sin sarcasmo, que solo ellos son capaces de llenar páginas y páginas disertando sobre la nada (en un sentido literal).

3. No es menos cierto que, tanto en el ámbito de la contratación pública como en el de las matemáticas, el cero parece ser un número singular, difícil de ubicar en los marcos analíticos existentes. ¿Es la oferta presentada por un licitador que ofrece bienes o servicios a un precio nominal de cero euros una oferta anormalmente baja? ¿O bien dicho licitador, al indicar la cifra mágica de «0» en su oferta y no otro importe nominal notablemente inferior a los costes reales de mercado (como, por ejemplo, 1,5 o 101 euros), queda automáticamente excluido del ámbito de aplicación del Derecho en materia de contratación pública, por considerar que, a diferencia de los demás números naturales, el «0» no puede figurar en un contrato público?

¹ Lengua original: francés.

² Para consultar una introducción comprensible (parca en cálculos y rica en historia cultural), véase, por ejemplo, Kaplan, R.: *The Nothing that Is: A Natural History of Zero*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

4. Este es, en resumen, el problema que se plantea en el presente asunto. En el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios incoado por el Ministrstvo za notranje zadeve (Ministerio del Interior, Eslovenia), la empresa Tax-Fin-Lex d.o.o. presentó una oferta por valor de cero euros en relación con la prestación de uno de los servicios objeto del anuncio de licitación. El Ministerio del Interior rechazó la oferta aduciendo como fundamento de su decisión que esta no permitía celebrar un «contrato oneroso» en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24/UE³ y, en consecuencia, no podía quedar comprendida en el ámbito de aplicación de las normas en materia de contratación pública. En cambio, Tax-Fin-Lex d.o.o. sostiene que la operación por la que se compromete a prestar el servicio por un importe de cero euros es de carácter «oneroso» en el sentido de dicha disposición. En efecto, según esta empresa, la ejecución del contrato le permitiría beneficiarse de una ventaja económica derivada de las referencias de que dispondría en adelante para obtener la adjudicación de nuevos contratos públicos.

II. Marco jurídico

5. La Directiva 2014/24 establece normas que permiten coordinar los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos de cuantía superior a un importe determinado al objeto de que dichos procedimientos respeten los principios de libre circulación de mercancías, de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, y los principios que de estos se derivan, como la igualdad de trato, la no discriminación, la proporcionalidad y la transparencia. Asimismo, tiene por objeto garantizar la apertura de la contratación pública a una competencia efectiva.

6. En particular, los considerandos 4 y 103 de la Directiva 2014/24 tienen el siguiente tenor:

«(4) Las formas cada vez más diversas de acción pública han originado la necesidad de definir con mayor claridad el propio concepto de contratación. Sin embargo, esa clarificación no debería ampliar el ámbito de aplicación de la presente Directiva en relación con el de la Directiva 2004/18/CE. ^[4] Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público. Es preciso aclarar que dicha adquisición de obras, suministros o servicios debe estar sujeta a la presente Directiva tanto si se realiza mediante adquisición, arrendamiento o cualquier otra forma contractual.

El concepto de adquisición debe entenderse de manera amplia, en el sentido de obtener los beneficios de las obras, suministros o servicios de que se trate [...]

[...]

(103) Las ofertas que resulten anormalmente bajas con relación a las obras, los suministros o los servicios podrían estar basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico. Cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, el poder adjudicador debe estar facultado para rechazar la oferta. El rechazo debe ser obligatorio en los casos en que el poder adjudicador haya comprobado que el precio y los costes anormalmente bajos propuestos resultan del incumplimiento del Derecho imperativo de la Unión o del Derecho nacional compatible con este en materia social, laboral o medioambiental o de disposiciones del Derecho laboral internacional.»

3 Directiva 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 (DO 2014, L 94, p. 65), en su versión modificada por el Reglamento Delegado (UE) 2017/2365 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2017 (DO 2017, L 337, p. 19) (en lo sucesivo, «Directiva 2014/24»).

4 Directiva 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 (DO 2004, L 134, p. 114, y corrección de errores en DO 2004, L 351, p. 44, y DO 2005, L 329, p. 40).

7. En el marco del título I de la Directiva 2014/24, titulado «Ámbito de aplicación, definiciones y principios generales», el artículo 1, apartados 1 y 2, dispone:

«1. En la presente Directiva se establecen las normas aplicables a los procedimientos de contratación por poderes adjudicadores con respecto a contratos públicos y a concursos de proyectos, cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales establecidos en el artículo 4.

2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por contratación la adquisición mediante un contrato público [...] de servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que [...] los servicios estén o no destinados a un fin público.»

8. El artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24 define los «contratos públicos» como «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios».

9. El artículo 18 de esta misma Directiva determina los «principios de la contratación». Precisa lo siguiente:

«1. Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

2. Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X.»

10. El artículo 69 de la Directiva 2014/24 se refiere, por su parte, a las «ofertas anormalmente bajas». Está incluido en el título II, capítulo III, sección 3 de la Directiva, titulada «Selección de los participantes y adjudicación de los contratos». Este artículo establece:

«1. Los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate.

2. Las explicaciones contempladas en el apartado 1 podrán en particular referirse a lo siguiente:

- a) el ahorro que permite el proceso de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción;
- b) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras;
- c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;
- d) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 18, apartado 2;

- e) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 71;
- f) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.

3. El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2.

Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2.

[...]»

III. Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

11. El 7 de junio de 2018, el Ministerio del Interior (poder adjudicador), convocó un procedimiento de adjudicación de un contrato público relativo a los servicios de acceso a un sistema de información jurídica para un período de 24 meses. El contrato constaba de dos lotes. El Ministerio del Interior fijó el valor de dicho contrato en 39 959,01 euros.

12. En relación con el lote 1, correspondiente al acceso a un sistema de información jurídica, únicamente dos operadores económicos establecidos en Liubliana (Eslovenia) y especializados en el ámbito de la información jurídica presentaron en tiempo oportuno sendas ofertas: Tax-Fin-Lex d.o.o. (en lo sucesivo, «recurrente») y LEXPERA d.o.o. (en lo sucesivo, «coadyuvante»).

13. La recurrente ofreció prestar dicho servicio por un precio de cero euros.

14. Mediante decisión de 11 de enero de 2019, el Ministerio del Interior adjudicó el contrato público del lote 1 a la coadyuvante y rechazó la oferta presentada por la recurrente por ser contraria a las normas en materia de contratación pública.

15. La recurrente interpuso un recurso solicitando la revisión de dicha decisión. En la fase de examen preliminar, el Ministerio del Interior desestimó la solicitud de revisión mediante decisión de 5 de febrero de 2019. El 11 de febrero de 2019, el Ministerio solicitó a la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Comisión nacional de control de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, Eslovenia), órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto, que se pronunciase sobre la legalidad de dicha decisión.

16. La recurrente sostiene que una oferta como la controvertida en el presente asunto es admisible. Alega que, en el marco de la contratación pública, el licitador tiene derecho a fijar libremente el precio de su oferta y, por tanto, también tiene derecho a ofrecer una prestación de servicios a título gratuito. Ello no significa, sin embargo, que la recurrente se vea privada de recibir una contrapartida por la ejecución del contrato público controvertido. En efecto, opina que la celebración del contrato le aportaría la ventaja de acceder a un nuevo mercado o a nuevos usuarios.

17. En cambio, el Ministerio del Interior sostiene que el concepto de «contrato público» a que se refiere el artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24 no puede abarcar un contrato mediante el cual el operador económico ofrece al poder adjudicador una prestación de servicios a título gratuito. Considera que la ventaja que extrae el operador económico de la obtención del contrato, a saber, el posible acceso a un nuevo mercado y la obtención de referencias, no constituye una contrapartida por la ejecución de un contrato público. Sostiene, en efecto, que tal ventaja

representa un valor añadido para todos los operadores económicos que, sin embargo, no cabe expresar en términos monetarios y por el cual, por tanto, no puede emitirse una factura al poder adjudicador. Por consiguiente, el Ministerio del Interior considera que una operación en la que el servicio se presta con carácter gratuito no puede dar lugar a la celebración de un contrato oneroso.

18. En su petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente indica que el Ministerio del Interior examinó dicha oferta a la luz de las disposiciones relativas a las ofertas anormalmente bajas. Sin embargo, no rechazó dicha oferta por ser anormalmente baja o contraria a los principios rectores de la contratación pública, sino por la mera razón de que la oferta se presentó por un precio de cero euros.

19. El órgano jurisdiccional remitente expresa sus dudas en cuanto a la interpretación del concepto de «contrato oneroso» al que alude la definición de «contratos públicos» que figura en el artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24. Señala, en primer lugar, que uno de los elementos esenciales del concepto de «contratos públicos» a que se refiere dicha disposición es el carácter oneroso de la relación contractual entre el poder adjudicador y el operador económico. A este respecto, precisa que el concepto de «contrato público» es pertinente no solo antes de la celebración de un contrato, puesto que obliga al poder adjudicador a cumplir las normas establecidas en el marco de la Directiva 2014/24, sino también tras su celebración, para apreciar si el contrato se ha celebrado efectivamente con arreglo a dichas normas.

20. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta, a continuación, si y, en su caso, en qué medida, puede calificarse de «contrato oneroso», en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24, un contrato mediante el cual el operador económico se compromete a prestar con carácter gratuito al poder adjudicador el servicio objeto del anuncio de licitación sin obtener otra ventaja que la de acceder a un nuevo mercado y obtener referencias. Este mismo órgano jurisdiccional admite que la obtención de una adjudicación y de referencias puede representar, por sí misma, una ventaja para dicho operador. Aun cuando dicha ventaja no sea cuantificable, desde el punto de vista económico, en el momento de la adjudicación del contrato, puede constituir una ventaja económica futura vinculada a la ejecución del contrato.

21. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente reconoce asimismo que, en una situación en la que el poder adjudicador no remunera al operador económico por la prestación del servicio, es posible que el contrato celebrado no sea un contrato de ejecución de un contrato público, puesto que se trataría de un contrato celebrado con carácter gratuito que adoptaría, por ejemplo, la forma de donación. Por último, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en estas circunstancias, si el artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24 puede constituir la base jurídica de una decisión por la que se rechaza la oferta presentada por el operador económico.

22. En estas circunstancias, la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Comisión nacional de control de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Existe una “relación contractual onerosa”, como elemento de un contrato público en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24, cuando el poder adjudicador no está obligado a efectuar ninguna contraprestación, pero el operador económico, a través de la ejecución del contrato, obtiene el acceso a un nuevo mercado y consigue referencias?
- 2) ¿Puede o debe interpretarse el artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24 de forma que sirva de fundamento para rechazar una oferta que fija el precio del contrato en 0 euros?»

23. Han presentado observaciones escritas la recurrente, el Ministerio del Interior, el Gobierno austriaco y la Comisión Europea.

IV. Análisis

24. Las presentes conclusiones se estructuran como sigue. Comenzaré analizando la admisibilidad de la presente remisión prejudicial (sección A). A continuación, examinaré el alcance del concepto de «contrato oneroso» a que se refiere el artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24 y, especialmente, el concepto conexo de «contrapartida» (sección B). Por último, abordaré la cuestión de si una oferta por un precio de cero euros puede en todo caso calificarse de «oferta anormalmente baja» de manera que puede ser examinada y, en su caso, rechazada a la luz de lo dispuesto en el artículo 69 de la citada Directiva (sección C).

A. Sobre la admisibilidad

25. La admisibilidad de la petición de decisión prejudicial no plantea, a mi parecer, dificultad alguna.

26. En primer lugar, en cuanto a la competencia de la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Comisión nacional de control de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos) para plantear una petición de decisión prejudicial, he de recordar que el Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia de 8 de junio de 2017, *Medisanus*,⁵ que esta cumple los criterios para ser considerada un «órgano jurisdiccional nacional» en el sentido del artículo 267 TFUE.⁶

27. En segundo lugar, en lo que se refiere al precio del contrato controvertido en el procedimiento principal, es cierto que este es inferior al umbral de 144 000 euros, previsto en el artículo 4, letra b), de la Directiva 2014/24, aplicable en el marco de los contratos públicos adjudicados por autoridades públicas estatales.

28. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente hace constar que el legislador esloveno, al transponer al ordenamiento jurídico nacional las disposiciones de dicha Directiva, decidió que el concepto de «contrato público» a que se refiere el artículo 2, apartado 1, punto 1, del *Zakon o javnem naročanju* (Ley relativa a la contratación pública),⁷ de 30 de mayo de 2015, se aplica de forma directa e incondicional a los contratos cuyo valor es inferior al umbral establecido en el artículo 4 de la Directiva 2014/24, excluidos, en principio, del ámbito de aplicación de esta última.

29. De conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, denominada jurisprudencia *Dzodzi*, la interpretación de disposiciones de un acto de la Unión en situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de aquel se justifica con el fin de garantizar un tratamiento idéntico de esas situaciones y las comprendidas en el ámbito de aplicación de dichas disposiciones, cuando el Derecho nacional las ha hecho directa e incondicionalmente aplicables a tales situaciones.⁸

30. En el caso de autos, las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, que no han sido cuestionadas por ninguna de las partes que han presentado observaciones, confirman que el legislador nacional decidió extender el ámbito de aplicación de las normas de la Unión en materia de contratación pública a los contratos públicos de importe reducido con el fin de garantizar, precisamente, que las situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho nacional y las reguladas por el Derecho de la Unión estuvieran sujetas a las mismas normas. Asimismo, la lógica subyacente a la jurisprudencia *Dzodzi* resulta plenamente aplicable en el presente asunto.

⁵ C-296/15, EU:C:2017:431.

⁶ Véase el apartado 38 de esta sentencia.

⁷ Uradni list RS, n.º 91/15.

⁸ Véanse las sentencias de 18 de octubre de 1990, *Dzodzi* (C-297/88 y C-197/89, EU:C:1990:360; en lo sucesivo, «sentencia *Dzodzi*»), apartados 36 a 42, y, más recientemente, de 14 de febrero de 2019, CCC — Consorzio Cooperative Costruzioni (C-710/17, no publicada, EU:C:2019:116), apartado 22 y jurisprudencia citada, y de 24 de octubre de 2019, *Belgische Staat* (C-469/18 y C-470/18, EU:C:2019:895), apartados 22 y 23 y jurisprudencia citada.

31. En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia puede responder a las cuestiones prejudiciales que se le plantean.

B. ¿Contrato «oneroso»?

32. El órgano jurisdiccional remitente insta, en esencia, al Tribunal de Justicia a precisar el ámbito de aplicación material de la Directiva 2014/24. El Tribunal de Justicia deberá determinar si y, en su caso, en qué medida una operación mediante la cual un licitador se compromete a prestar el servicio por un precio de cero euros puede resultar en la celebración de un contrato «oneroso» en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la citada Directiva y, en consecuencia, calificarse de «contrato público de servicios». A este respecto, procede recordar que, de conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «solo un contrato celebrado a título oneroso puede constituir un contrato público a los efectos de la Directiva 2004/18».⁹

33. Para responder a la primera cuestión prejudicial, es preciso determinar si el concepto de «contrato oneroso», conforme a una interpretación literal, sistemática y teleológica, puede abarcar una operación mediante la cual un licitador presenta una oferta por un precio de cero euros. Asimismo, es preciso examinar si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia permite, a este respecto, aclarar la incertidumbre precisando las características esenciales de tal contrato.

1. «Contrato oneroso» en el sentido de las disposiciones de la Directiva 2014/24

34. El tenor literal del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24 no basta para ofrecer una interpretación clara del concepto de «contrato oneroso». De hecho, ya el propio texto pone de manifiesto las múltiples interpretaciones y significados posibles de «oneroso».

35. Por un lado, determinadas versiones lingüísticas hacen referencia al requisito relativo al carácter oneroso.¹⁰ El razonamiento subyacente es sencillamente que debe darse algo a cambio. Por otro lado, otras versiones lingüísticas parecen más restrictivas: ese algo que el poder adjudicador debe dar a cambio parece revestir una naturaleza específicamente pecuniaria,¹¹ esto es, en dinero. Y, por último, otras versiones lingüísticas parecen ocupar una posición intermedia.¹²

36. Sin embargo, quizá sería conveniente no conceder demasiada importancia en este aspecto a la letra de la Directiva 2014/24 en la medida en que determinadas versiones lingüísticas de esta última utilizan incluso términos distintos para traducir el concepto de «contrato oneroso», según figure este en sus considerandos 4 y 70, o bien en su artículo 2, apartado 1, punto 5.

37. Desafortunadamente, los *argumentos intrasistemáticos* (a la luz de la Directiva 2014/24) tampoco resultan muy útiles. Mediante el artículo 1, apartado 2, de la referida Directiva, el legislador de la Unión precisó que «se entenderá por contratación la *adquisición* mediante un contrato público [...] de servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que [...] los servicios estén o no destinados a un fin público».¹³

9 Véanse las sentencias de 25 de marzo de 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), apartado 47, y de 21 de diciembre de 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), apartado 43. He de recordar que la Directiva 2014/24 derogó la Directiva 2004/18.

10 En particular, las versiones lingüísticas española («oneroso»), francesa («à titre onéreux»), italiana («a titolo oneroso»), portuguesa («a título oneroso») y rumana («cu titlu oneros»).

11 En particular, las versiones lingüísticas inglesa («for pecuniary interest») y croata («financijski interes»).

12 Como las versiones lingüísticas checa y eslovaca (en las que el concepto de «úplatné smlouvy» o la expresión «odplatné zmluvy» significan principalmente pago como contrapartida, si bien también pueden interpretarse en el sentido de que incluyen contrapartidas no pecuniarias) o incluso la versión en lengua sueca, que utiliza la expresión «kontrakt med ekonomiska villkor», que hace referencia al valor económico del contrato.

13 El subrayado es mío.

38. Dicha disposición debe interpretarse a la luz del considerando 4 de la Directiva 2014/24, en el que el legislador de la Unión indicó que «las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la *adquisición* de [...] servicios prestados mediante un contrato público». ¹⁴ Dicho legislador, además, añadió que «dicha adquisición de [...] servicios debe estar sujeta a [la citada] Directiva tanto si se realiza mediante adquisición, arrendamiento o cualquier otra forma contractual». Es fundamental señalar aquí que, según el legislador de la Unión, el concepto de «adquisición» debe «entenderse de manera amplia, en el sentido de obtener los beneficios de [...] [los] servicios de que se trate».

39. Si bien el *objetivo* principal del Derecho en materia de contratación pública debe ser el de regular la adquisición de bienes o servicios por las autoridades públicas, la estructura y la finalidad de la Directiva 2014/24 no permiten realmente determinar las características del carácter oneroso al que hace referencia el artículo 2, apartado 1, punto 5, de dicha Directiva. El concepto de «adquisición» es lo bastante amplio como para resultar inespecífico en cuanto a las modalidades de dicha adquisición, pues lo fundamental es que los poderes adjudicadores obtengan finalmente los bienes y servicios. Ahora bien, los bienes y servicios se pueden adquirir de diversas formas.

40. En este sentido, una mera interpretación literal y sistemática no basta para comprender el significado de «contrato oneroso» y en particular el concepto clave de «contrapartida» que se oculta tras el propio concepto de contrato: ¿cuál es concretamente la naturaleza de la contrapartida que debe satisfacer el poder adjudicador para que el contrato público pueda considerarse válido?

2. Interpretación jurisprudencial del concepto de «contrato oneroso»

41. El Tribunal de Justicia considera que del sentido jurídico habitual del concepto de «contrato oneroso» empleado a efectos de la definición de los contratos públicos se desprende que dicha expresión designa un contrato en virtud del cual cada una de las partes se compromete a realizar una prestación en contrapartida de otra. ¹⁵ La existencia de una «contrapartida» o de una «contraprestación» a cargo del poder adjudicador y, por tanto, de una relación sinalagmática constituyen para el Tribunal de Justicia elementos determinantes para apreciar la existencia de un contrato celebrado a título oneroso. ¹⁶

42. Dicha jurisprudencia se inscribe en la línea defendida por el Tribunal de Justicia en otros ámbitos del Derecho, concretamente en materia de operación sujeta al impuesto sobre el valor añadido (IVA). En este sentido, en la sentencia de 18 de enero de 2017, SAWP, ¹⁷ el Tribunal de Justicia recordó que una prestación de servicios solo se realiza a título oneroso, en el sentido de la Directiva 2006/112/CE, ¹⁸ si entre quien efectúa la prestación y su destinatario existe una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas y la retribución percibida por quien efectúa la prestación constituye el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario. ¹⁹ El Tribunal de Justicia declaró que «así sucede si existe un vínculo directo entre el servicio prestado y la contraprestación recibida, constituyendo las cantidades pagadas una contrapartida efectiva del servicio individualizable prestado en el marco de tal relación jurídica». ²⁰

¹⁴ El subrayado es mío.

¹⁵ Véanse, en particular, las sentencias de 18 de enero de 2007, Auroux y otros (C-220/05, EU:C:2007:31), apartado 45, y de 18 de octubre de 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843), apartado 28.

¹⁶ Véase, a estos efectos, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), apartado 43 y jurisprudencia citada, en relación con la interpretación del concepto de «contrato público» a que se refiere el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18.

¹⁷ C-37/16, EU:C:2017:22.

¹⁸ Directiva del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DO 2006, L 347, p. 1).

¹⁹ Véase la sentencia de 18 de enero de 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22), apartado 25 y jurisprudencia citada.

²⁰ Sentencia de 18 de enero de 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22), apartado 26 y jurisprudencia citada.

43. Sin embargo, es preciso observar que coexisten dos líneas jurisprudenciales en lo que se refiere a la naturaleza de la contrapartida exigida para que se cumpla el requisito relativo al carácter oneroso del contrato. Estas dos líneas jurisprudenciales reflejan, en cierta medida, las disparidades literales del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24.²¹

44. La primera línea jurisprudencial propugna una interpretación estricta del criterio oneroso del contrato, exigiendo el pago de una remuneración o de un precio en dinero por el poder adjudicador.

45. En este sentido, en la sentencia de 13 de julio de 2017, *Malpensa Logistica Europa*,²² el Tribunal de Justicia descartó la calificación de «contrato de servicios» en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/17 y la sujeción a las normas correspondientes de un contrato mediante el cual la entidad gestora del aeropuerto de Milán Malpensa (Italia) no había adquirido un servicio prestado por el agente contra remuneración.²³ En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia se remitió expresamente al enfoque defendido por la Comisión, según el cual el carácter oneroso de la relación contractual nacida de un contrato de servicios significaba claramente que este último debía incluir una contraprestación satisfecha directamente por el poder adjudicador con objeto de «adquirir» un servicio directamente prestado por el agente.

46. La segunda línea jurisprudencial, en cambio, aboga por una interpretación más amplia del requisito relativo al carácter oneroso del contrato en el sentido de «contrapartida»²⁴ o de «contraprestación».²⁵ Se trata de la corriente mayoritaria, también compartida por la Comisión en su Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril de 2004.²⁶

47. Según esta línea jurisprudencial, el concepto de «carácter oneroso» no implica necesariamente el pago de una cantidad de dinero por el poder adjudicador. De este modo, el Tribunal de Justicia considera que pueden celebrarse a título oneroso y estar comprendidos en la calificación de «contratos públicos» los contratos cuya prestación es retribuida mediante otras formas de contrapartida, como el reembolso de los gastos soportados por prestar el servicio pactado o incluso la exoneración de cargas. Ello es así incluso aunque los costes soportados por el licitador no queden compensados por las contrapartidas satisfechas.²⁷

48. A este respecto, existen dos sentencias especialmente ilustrativas.

49. Así, en la sentencia de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti y otros*,²⁸ el Tribunal de Justicia declaró que la apreciación de los elementos que componen la definición del concepto de «contratos públicos de obras» en el sentido de la Directiva 93/37/CE²⁹ debía ser efectuada de manera que se garantizase la eficacia de dicho texto y, en particular, de manera que se garantizase una concurrencia

21 Véase el punto 35 de las presentes conclusiones.

22 C-701/15, EU:C:2017:545. Esta sentencia se refiere a la interpretación del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO 2004, L 134, p. 1). En virtud de dicho artículo, se entenderá por «contratos de suministro, de obras y de servicios [...] los contratos a título oneroso celebrados por escrito».

23 Véase el apartado 29 de esta sentencia.

24 Véanse, en este sentido, las sentencias de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller* (C-451/08, EU:C:2010:168), apartados 47 a 52, y de 21 de diciembre de 2016, *Remondis* (C-51/15, EU:C:2016:985), apartado 43.

25 Sentencia de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti y otros* (C-399/98, EU:C:2001:401), apartados 77 a 86.

26 COM(2004) 327 final. En el punto 10 de dicho Libro Verde, la Comisión indica que «el carácter oneroso del contrato en cuestión no implica necesariamente el pago directo de un precio por parte del socio público, sino que puede tratarse de cualquier otra forma de contraprestación económica que reciba el socio privado».

27 Véanse las consideraciones expuestas por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller* (C-451/08, EU:C:2010:168), según las cuales un contrato de venta de un terreno puede constituir un contrato público de obras, aun cuando, aparte de la transmisión del terreno, el poder adjudicador no satisfaga contrapartida alguna a la otra parte contratante.

28 C-399/98, EU:C:2001:401.

29 Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO 1993, L 134, p. 54).

de ofertas efectiva mediante la publicidad de los anuncios de contratos.³⁰ En este sentido, admitió el carácter oneroso del contrato y la calificación de «contrato público de obras» en una situación en la que el operador económico, titular de la licencia urbanística, realizaba la obra a cambio de *la exoneración del pago de la contribución a las cargas de urbanización* que le imponía la legislación nacional. En dicho asunto, el Tribunal de Justicia declaró que debía considerarse cumplido el requisito relativo al carácter oneroso del contrato en la medida en que, al realizar las obras controvertidas, el operador económico quedaba liberado de una deuda del mismo valor, de la que era acreedor el Ayuntamiento.³¹

50. En la sentencia de 18 de octubre de 2018, IBA Molecular Italy,³² el Tribunal de Justicia también declaró 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*».³³ En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia puso de relieve que un contrato en virtud del cual un operador económico se compromete a elaborar y suministrar un producto a diferentes administraciones como contrapartida de una financiación destinada íntegramente a la consecución de este objetivo está incluido en el concepto de «contrato oneroso», en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18, «*incluso aunque los costes de elaboración y distribución del producto no queden totalmente compensados* mediante dicha subvención o mediante los gastos de suministro que cabe facturar a esas administraciones».³⁴

51. Es preciso señalar que el Abogado General Campos Sánchez-Bordona defendió este mismo enfoque en sus conclusiones presentadas en el asunto Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung.³⁵ En efecto, este asunto planteó, en particular, la cuestión de si la cesión de software acordada por escrito entre dos poderes adjudicadores tiene carácter oneroso en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24, cuando la entidad cesionaria no debe pagar ni precio ni compensación de costes por el software, pero está obligada, en principio, a poner a disposición de la otra parte gratuitamente los sucesivos desarrollos y adaptaciones de dicho software.

52. En dichas conclusiones, el Abogado General estimó que, en tal situación, se cumple el requisito relativo al carácter oneroso del contrato. Por una parte, señaló que la contrapartida, a saber, los posteriores desarrollos y adaptaciones del software, poseen un valor económico. Por otra parte, consideró que dicha contrapartida constituye un compromiso exigible, puesto que es indispensable para la prestación del servicio público a cargo de dichas entidades.³⁶

3. Concepto extensivo de «contrapartida» y sus límites

53. Lo que yo entiendo que constituye la corriente dominante de la jurisprudencia (la cual suscribo plenamente) se puede resumir de la siguiente manera.

³⁰ Apartado 52 de esta sentencia.

³¹ Es preciso señalar que el Tribunal de Justicia no siguió el enfoque defendido por el Abogado General Léger en sus conclusiones presentadas en el asunto Ordine degli Architetti y otros (C-399/98, EU:C:2000:671), puesto que este último consideró que no se cumplía el criterio relativo al carácter oneroso del contrato.

³² C-606/17, EU:C:2018:843.

³³ Apartado 29 de dicha sentencia y jurisprudencia citada. El subrayado es mío. Véanse, asimismo, las sentencias de 19 de diciembre de 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros (C-159/11, EU:C:2012:817), apartado 29; de 13 de junio de 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385), apartado 31, y de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale n.º 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:2440), apartado 37.

³⁴ Apartado 31 de esta sentencia. El subrayado es mío.

³⁵ C-796/18, EU:C:2020:47.

³⁶ A este respecto, véanse las consideraciones que figuran en los puntos 52 a 63 de las citadas conclusiones.

54. En primer lugar, la naturaleza de la contrapartida satisfecha por el poder adjudicador, inherente al requisito relativo al carácter oneroso de la relación contractual, puede adoptar formas distintas de un precio pagado en dinero. Por consiguiente, no tiene que haber necesariamente una transmisión de una suma de dinero. Cabe contemplar otros tipos de pagos, incluidos pagos de naturaleza no monetaria.

55. En segundo lugar, la contrapartida debe tener cierto valor económico sin que este deba corresponder exactamente, sin embargo, al valor de los bienes o servicios prestados. Por consiguiente, el poder adjudicador y el licitador pueden acordar que el pago se efectúe de diferentes formas, siempre que estas tengan un valor económico claro.

56. En tercer lugar, la naturaleza y el contenido de la contrapartida que ha de satisfacer el poder adjudicador deben resultar del contrato como obligación jurídica directa y exigible derivada de dicho contrato. A mi entender, a este marco se refieren el Tribunal de Justicia y el Abogado General Mengozzi cuando aluden a la *naturaleza sinalagmática* del contrato público que se traduce en la *creación de obligaciones jurídicamente vinculantes* para ambas partes del contrato.³⁷

57. Asimismo, para determinar si el contrato incluye una contrapartida (y, en consecuencia, si se cumple el requisito relativo al carácter oneroso del contrato establecido en el artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24), considero que el análisis no debe centrarse en la cantidad exacta de dinero que figura en el contrato. Más bien se trata de saber si, sobre la base de dicho contrato, se ha forjado entre las partes una relación de obligaciones jurídicas recíprocas cuyo cumplimiento puede exigir cada una de ellas frente a la otra y en el marco de las cuales el poder adjudicador satisface como mínimo una contrapartida clara y precisa de naturaleza económica.

58. Tal enfoque desplaza, intencionadamente, los términos del debate en torno a la naturaleza exacta de la «contrapartida» exigida a la cuestión más amplia de la definición del contenido preciso de las obligaciones recíprocas de cada una de las partes. Aunque es posible que la definición del concepto de «contrapartida» difiera considerablemente entre los distintos países de Europa,³⁸ parece haber un amplio consenso en cuanto a que la formación del contrato exige que las partes acuerden con suficiente precisión los términos de dicho contrato, lo que, para que este pueda ser ejecutado, implica la necesidad de determinar con claridad los derechos y obligaciones recíprocas de las partes.³⁹ Desde una cierta perspectiva, esta discusión nos traslada al Derecho romano originario y a la distinción básica, aún vigente en los sistemas jurídicos de Derecho civil, entre relaciones jurídicas sinalagmáticas (por ejemplo, los contratos) y unilaterales (por ejemplo, las donaciones y liberalidades).

37 Véase la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), apartado 43, en la que se siguen las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en este mismo asunto Remondis (C-51/15, EU:C:2016:504), punto 36. Véase la nota a pie de página 16 de las presentes conclusiones.

38 Como muestra de que los regímenes jurídicos de los contratos se caracterizan por una diversidad considerable, véanse, en particular, Kötz, H.: «Comparative Contract Law» en Reimann, M., y Zimmermann, R.: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 902 a 932, especialmente pp. 910 a 912, o Chloros, A. G.: «The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract: A Comparative Analysis», *International and Comparative Law Quarterly*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 1968, vol. 17, n.º 1, pp. 137 a 166.

39 Véanse, en particular, los artículos 2:101 (Conditions for the Conclusion of a Contract) y 2:103 (Sufficient Agreement) de los «Principles of European Contract Law» (Principios del Derecho europeo de contratos) (véase Lando, O., y Beale, H.: *Principles of European contract law, Parts I and II*, Kluwer Law International, La Haya, 2000), o los artículos II.-I:101(I) (definición del contrato) y III.-I:102(4) (sobre el carácter recíproco de las obligaciones) del *Draft Common Frame of Reference* (Proyecto de Marco Común de Referencia) (véase von Bar, C., y otros: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, draft Common Frame of Reference: outline edition*, Sellier European Law Publishers, Múnich, 2009). Véase, también en este sentido, *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, colección «Droit comparé et européen», París, 2008, vol. 6, p. 25, realizado por la Association Henry Capitant des amis de la culture juridique française et la Société de législation comparée.

59. Por consiguiente, un contrato oneroso es, ante todo, un contrato sinalagmático que implica que las partes se obligan la una frente a la otra a efectuar prestaciones precisas y recíprocas. La naturaleza de dichas prestaciones debe determinarse desde la formación del contrato. Dichas prestaciones deben ser exigibles sobre la base de dicho contrato. En cambio, la contrapartida que cabe exigir es más flexible. No tiene que consistir necesariamente en una compensación de naturaleza monetaria. Lo importante es que la contrapartida sea clara, precisa y exigible sobre la base del contrato suscrito.

4. Aplicación al caso de autos

60. Contrariamente a los asuntos a que se refiere la jurisprudencia antes citada en las presentes conclusiones, es preciso señalar, con carácter preliminar, que no existe, en el caso de autos, un contrato celebrado entre el poder adjudicador y el licitador, puesto que el asunto se remitió al juez nacional en la fase en la que la oferta propuesta por dicho licitador fue rechazada. En esa fase del procedimiento, por tanto, no existen estipulaciones contractuales que eventualmente pongan de manifiesto la existencia de una contrapartida a cargo del poder adjudicador, cualquiera que sea su forma.

61. La cuestión a la que debe responder el Tribunal de Justicia es, por consiguiente, si, en una situación en la que la oferta del licitador implica la ausencia total de retribución directa del servicio por parte del poder adjudicador, la ventaja que puede esperar el licitador por la propia adjudicación del contrato puede constituir una «contrapartida» que permita la celebración de un contrato oneroso en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24.

62. A la luz de las circunstancias fácticas del presente asunto, tal como las describe el órgano jurisdiccional remitente, no alcanzo a ver en qué podría consistir efectivamente tal contrapartida, aun aplicando la acepción muy amplia de este concepto indicada en la sección anterior. En el contexto del presente asunto, cabría considerar tres posibles ventajas: de entrada, desarrollar una experiencia significativa; a continuación, obtener referencias para futuros contratos; por último, labrarse un prestigio para futuras licitaciones que pueda convocar el mismo poder adjudicador en relación con otros lotes.

63. En primer lugar, cosechar una experiencia significativa es ciertamente importante para las empresas recién incorporadas al mercado o las pequeñas y medianas empresas con expectativas de crecimiento. Sin embargo, no es una contrapartida que el poder adjudicador satisfaga a cambio del servicio. Es un mero hecho jurídico que deriva de la adjudicación del contrato.

64. En segundo lugar, también es incuestionable que la obtención de referencias puede constituir una ventaja. Estas referencias pueden desempeñar un papel estratégico en la adjudicación futura de contratos públicos. Sin embargo, es preciso observar que el hecho de dar referencias no basta para determinar el carácter sinalagmático del contrato considerado. En efecto, no constituye una obligación a cargo del poder adjudicador, de manera que no constituye una contrapartida exigible frente a este último. Esta ventaja es una eventualidad cuya realización es aleatoria e incierta, puesto que las referencias de las que se pueda prevaler la empresa en el futuro dependen en realidad de circunstancias fácticas supeditadas a la ejecución satisfactoria del contrato. Por consiguiente, no existe garantía alguna en cuanto a las referencias de las que podrá beneficiarse el licitador. Se trata de una mera especulación sobre el contrato.

65. En tercer lugar, la resolución de remisión indica que, en el caso de autos, el contrato se componía de dos lotes.⁴⁰ La licitación controvertida en el presente asunto solo se refería al lote 1. No se ha facilitado información adicional alguna en cuanto a la eventual relación entre los lotes 1 y 2. Sin embargo, es muy poco probable que tal situación intervenga en la definición de la contrapartida en el

⁴⁰ Véase el punto 11 de las presentes conclusiones.

sentido de la obligación jurídica que pudiera incumbir al poder adjudicador frente al licitador respecto a los dos lotes. Ciertamente, no es deseable ni aceptar ni promover una política, explícita o implícita, que sirva de base a una empresa para presentar, respecto a un lote, una oferta notablemente inferior a los costes, incluso a un precio de cero euros, con la expectativa de repercutir posteriormente dichos costes cuando se le adjudique un segundo lote incluido en el contrato.

66. En resumen, ninguna de las tres situaciones correspondientes a las posibles «ventajas» que podrían esgrimirse como la contrapartida obtenida por un licitador que ofrece una prestación de determinados servicios con carácter gratuito está comprendida en el concepto de «contrato oneroso» a efectos del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24. En ninguna de estas hipótesis existe una contrapartida cuyo pago sea legalmente exigible al poder adjudicador en el marco del contrato. El denominador común de estas ventajas es, en suma, que todas ellas son una apuesta de futuro.

67. En conclusión, cabe añadir que este último elemento fáctico permite distinguir claramente el presente asunto del enfoque aún más flexible de la contrapartida y del requisito relativo al carácter oneroso que aplicó, por ejemplo, el Abogado General Campos Sánchez-Bordona en sus conclusiones presentadas en el asunto *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*.⁴¹ En efecto, particularmente en un sector muy dinámico como el del desarrollo de software, cabe concebir varias contrapartidas un tanto atípicas. En este sentido, podría entregarse el primer software de forma gratuita y cobrar sus desarrollos ulteriores; el poder adjudicador podría efectuar un pago en especie transmitiendo a cambio sus propios datos para que el programador pueda utilizarlos en aplicaciones ulteriores; el poder adjudicador podría hacer la promesa de enviar comentarios con carácter periódico, permitiendo así al desarrollador perfeccionar su producto y aumentar su comercialización, etc. Todas estas situaciones podrían dar lugar a la celebración de contratos onerosos, por cuanto estas obligaciones resultan claramente del acuerdo pactado con el poder adjudicador y definen una contrapartida jurídicamente exigible, aun cuando, en efecto, no siempre sea fácil poner precio a cada una de las contrapartidas.

68. En cambio, en el presente asunto, no incumbe al poder adjudicador contrapartida nítida alguna resultante de una obligación clara y exigible derivada del contrato que pretende celebrarse. La primera «ventaja» es simplemente un hecho jurídico automático. La segunda es meramente especulativa e incierta. En cuanto a la tercera, suponiendo siquiera que hubiera de considerarse, resultaría sumamente problemática. Por consiguiente, a falta de contrapartida a cargo del poder adjudicador, el futuro contrato no puede ser calificado de «contrato oneroso» en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24.

C. ¿Es una oferta por un precio de cero euros una oferta anormalmente baja?

69. Para responder a la segunda cuestión prejudicial es preciso determinar la base jurídica en la que ha de fundamentarse el rechazo de una oferta, como la controvertida en el presente asunto, por un importe de cero euros.

70. Si bien el órgano jurisdiccional remitente centra su cuestión prejudicial en lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24, ha de recordarse que, según las explicaciones que ha facilitado, el Ministerio del Interior examinó la oferta controvertida a la luz de las disposiciones relativas a las «ofertas anormalmente bajas» que figuran en el artículo 69 de esta misma Directiva. Sin embargo, dicho Ministerio no rechazó la oferta de la recurrente por ser anormalmente baja o por no presentar el potencial para cumplir los requisitos y obligaciones enunciados en el anuncio de licitación, sino porque su precio se fijó en cero euros.

⁴¹ C-796/18, EU:C:2020:47. Véanse los puntos 51 y 52 de las presentes conclusiones.

71. En este sentido, la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente es de carácter procedimental: si un poder adjudicador recibe una oferta que indica en la casilla «precio» un importe de cero euros, i) ¿debe el poder adjudicador excluir la oferta directamente sobre la base del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24 en la medida en que ninguna oferta de este tipo puede nunca dar lugar a la celebración de un contrato público válido; o bien ii) tal oferta debe examinarse también con arreglo al procedimiento relativo a las ofertas anormalmente bajas previsto en el artículo 69 de la Directiva 2014/24?

72. Habida cuenta de la respuesta que propongo que se dé a la primera cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente (la contrapartida exigible en el marco de un contrato público no implica necesariamente una transferencia directa de dinero, sino que puede ser una contrapartida en especie, siempre que tenga como mínimo cierto valor económico), la respuesta lógica a la segunda cuestión prejudicial viene dada en el inciso ii): una oferta por un precio nominal de cero euros también debe tratarse como una oferta anormalmente baja.

73. En primer lugar, el procedimiento previsto en el artículo 69 de la Directiva 2014/24 se refiere a las fases de la oferta y la negociación. En dicho artículo, el legislador de la Unión obliga, en efecto, al poder adjudicador a ofrecer al licitador la posibilidad de explicar el importe de su oferta y probar la seriedad de esta. A continuación, obliga al poder adjudicador a no tener solo en cuenta las explicaciones facilitadas, en particular las que se refieren al ahorro que permite la prestación, las soluciones técnicas adoptadas o incluso las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para prestar el servicio acordado,⁴² sino también todos los elementos pertinentes para la prestación controvertida y las obligaciones asociadas a su ejecución.⁴³

74. Así pues, a menos que la naturaleza del contrato o la propia oferta indiquen inequívocamente que no puede concebirse otra contrapartida y que, por consiguiente, es inútil permitir al licitador que facilite explicaciones sobre su oferta, no cabe excluir que el contrato futuro pueda, en definitiva, ser un contrato «oneroso» en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24.

75. No cabe decir lo anterior sino recordando la paradoja del gato de Schrödinger. Mientras no se abra la caja y se examine su contenido, no se puede excluir que el gato que está en su interior esté vivo. Del mismo modo, mientras el poder adjudicador no ofrezca al licitador, sobre la base del artículo 69 de la Directiva 2014/24, la oportunidad de explicar la lógica y la estructura de los costes propuestos en su oferta, no se puede excluir que la oferta en cuestión pueda dar lugar a la celebración de un contrato público, sin perjuicio de que, en última instancia, el poder adjudicador rechace la oferta. Sin embargo, tal rechazo no puede basarse simple y llanamente en el hecho de que una oferta nominal por un precio de cero euros no cumple el requisito relativo al carácter oneroso establecido en el artículo 2, apartado 1, punto 5, de dicha Directiva.

76. En segundo lugar, es obligado constatar que la Directiva 2014/24 no define el concepto de «oferta anormalmente baja» ni precisa el importe en cifra a que este se refiere.⁴⁴ Los términos empleados por el legislador de la Unión son generales, por lo que el Tribunal de Justicia emplea asimismo la expresión «modicidad del precio propuesto en [la] oferta».⁴⁵

⁴² Dichas explicaciones se encuentran enunciadas en el artículo 69, apartado 2, de la Directiva 2014/24.

⁴³ Véase la sentencia de 16 de mayo de 2019, *Transtec/Comisión* (T-228/18, EU:T:2019:336), apartado 69 y jurisprudencia citada.

⁴⁴ En la sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Data Medical Service* (C-568/13, EU:C:2014:2466), el Tribunal de Justicia recordó, en este sentido, que corresponde a los Estados miembros y, en particular, a los poderes adjudicadores determinar el modo de cálculo de un umbral de anomalía constitutivo de una «oferta anormalmente baja» (apartado 49 y jurisprudencia citada).

⁴⁵ Véase, a este respecto, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Data Medical Service* (C-568/13, EU:C:2014:2466), apartado 46.

77. Sin embargo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que este se opone al establecimiento de un criterio matemático de exclusión. El Tribunal de Justicia pretende favorecer una concurrencia de ofertas efectiva de conformidad con los objetivos de las normas en materia de contratación pública. En la sentencia de 22 de junio de 1989, Costanzo,⁴⁶ el Tribunal de Justicia declaró que un criterio matemático de exclusión priva a aquellos oferentes que hayan presentado ofertas particularmente bajas de las posibilidades de probar la seriedad de las mismas y, por consiguiente, es contrario al objetivo de la Directiva 71/305,⁴⁷ que no es otro que favorecer el desarrollo de una competencia objetiva en el ámbito de los contratos públicos.

78. Habida cuenta de estos elementos, queda de manifiesto, por tanto, que nada impide que el concepto de «oferta anormalmente baja» comprenda una oferta por importe de cero euros. Ciertamente, un importe de «cero euros» representa una especie de barrera psicológica. Sin embargo, en términos económicos, nada justifica que se distinga esa oferta de otra por importe de 10 euros o de 100 euros, desde el momento en que todas estas ofertas están por debajo de los costes del mercado.

79. En tercer y último lugar, no cabe duda de que existen otros argumentos que abogan a favor de la negativa a examinar ofertas por importe de cero euros. Permitir tales ofertas podría, en efecto, menoscabar el objetivo de *transparencia* en materia de fondos públicos y de la lucha contra la corrupción: los costes reales y los pagos ulteriores quedarían sencillamente trasladados y camuflados en otras operaciones paralelas. Del mismo modo, aunque tal medida parecería, a primera vista, beneficiosa para los *presupuestos públicos*, un contrato público celebrado por un precio nominal de cero euros podría, en última instancia, resultar más bien costoso y difícil de ejecutar para el poder adjudicador y, por tanto, llevar a un aumento de los costes y no simple y llanamente al pago del precio apropiado desde el principio. Además, una práctica de fijación de precios predatorios fomentada por los poderes adjudicadores podría suscitar ciertas inquietudes desde la perspectiva del *Derecho de la competencia*.

80. En cualquier caso, con independencia de la legitimidad de dichas inquietudes, cabría esgrimir estos mismos argumentos en sentido opuesto, es decir, a favor de que se examinen tales ofertas.⁴⁸ No obstante, ante todo, todos estos argumentos podrían utilizarse incluso en contra del examen de cualquier oferta anormalmente baja. Las mismas consideraciones expuestas en el punto anterior se aplicarían indistintamente a toda oferta anormalmente baja: así ocurriría, por ejemplo, en el supuesto de que la oferta propuesta en relación con un contrato valorado en 150 000 euros fuera de 1 000 euros, de 101 euros o de 1 euro simbólico. Aun cuando todas estas ofertas fueran muy inferiores a los costes reales, el poder adjudicador no podría rechazarlas automáticamente. Debe examinarlas con arreglo al procedimiento específicamente previsto a estos efectos en el artículo 69 de la Directiva 2014/24.

81. Si el legislador de la Unión se inclinó por esta opción legislativa en el contexto del Derecho en materia de contratación pública una vez ponderadas todas las ventajas e inconvenientes inherentes a las ofertas anormalmente bajas, no encuentro argumento lógico alguno que permita excluir de tal sistema las ofertas por un precio de cero euros. Por consiguiente, estas deben recibir el mismo trato. Así pues, en caso de que el Tribunal de Justicia acepte la respuesta que propongo dar a la primera cuestión prejudicial (un «contrato oneroso» en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24 no exige necesariamente el pago de una suma de dinero, sino que puede implicar una contrapartida en especie a cargo del poder adjudicador), el importe de la suma nominal indicado en la oferta del contrato no es determinante.

⁴⁶ 103/88, EU:C:1989:256, apartado 18.

⁴⁷ Directiva del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO 1971, L 134, p. 5; EE 17/01, p. 9).

⁴⁸ En particular, en lo que respecta a la competencia, podría señalarse que estas normas le son en realidad favorables: es probable que las pequeñas y medianas empresas y las empresas emergentes tengan costes fijos menos elevados y puedan incorporar márgenes nulos en un contrato determinado. En tales circunstancias, las ofertas por un precio de cero euros pueden resultar competitivas al permitir el acceso al mercado de estas pequeñas empresas.

82. Por consiguiente, considero que el poder adjudicador debe examinar a la luz de las condiciones enunciadas en el artículo 69 de la Directiva 2014/24 una oferta por un precio de cero euros con objeto, en su caso, de rechazarla, en particular, por el motivo de que no puede dar lugar a la celebración de un contrato oneroso en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la citada Directiva, puesto que el poder adjudicador no satisfaría contrapartida alguna de carácter económico en el marco de un procedimiento de licitación pública.

V. Conclusión

83. Propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Comisión nacional de control de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, Eslovenia):

- «1) El concepto de “contrato oneroso” a que se refiere el artículo 2, apartado 1, punto 5, de 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, en su versión modificada por el Reglamento Delegado (UE) 2017/2365 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2017, debe interpretarse en el sentido de que no permite calificar de “contrato público de servicios” una operación por la que el licitador presenta al poder adjudicador la propuesta de prestar el servicio por un precio de cero euros, en la medida en que las partes del contrato no pacten una contrapartida de valor económico a cargo del poder adjudicador.
- 2) Una oferta por un precio de cero euros debe examinarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la Directiva 2014/24, en su versión modificada por el Reglamento Delegado 2017/2365, relativo a las ofertas anormalmente bajas, en su caso, una vez se hayan obtenido del licitador explicaciones adicionales en cuanto a la naturaleza exacta de la contrapartida de valor económico a cargo del poder adjudicador. Tal oferta debe rechazarse en el supuesto de que no permita dar lugar, en el marco específico de un procedimiento de licitación pública, a la celebración de un “contrato oneroso” en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la citada Directiva.»