

**INFORME 6/2008, DE 21 DE NOVIEMBRE. POSIBILIDAD DE OFERTAR 0€.-
UN CONTRATO SOBRE LA BASE DE LA RETRIBUCIÓN POR LA
EXPLOTACIÓN DE UN SERVICIO QUE NO ES OBJETO DE LA LICITACIÓN.
SERVICIO DE RECOGIDA DE CADAVERES EN SUPUESTOS DE MUERTE
VIOLENTA O SOSPECHOSA DE CRIMINALIDAD POR ORDEN JUDICIAL.**

ANTECEDENTES

Con fecha 19 de junio de 2008 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de Informe por la Conselleria de Justicia y Administraciones Públicas con el siguiente tenor literal:

"En base a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana (DOGV núm. 3.767 de 8 de junio) se le solicita, informe en relación a los siguientes extremos:

Primero: La Conselleria de Justicia y Administraciones Públicas convocó un concurso para la prestación del servicio de recogida de cadáveres en los supuestos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad cuando intervenga alguno de los órganos judiciales que se definen al establecer las zonas de actuación, así como la limpieza de las salas de autopsia en los Juzgados que se determinara.

Segundo: Se estableció un presupuesto de licitación máximo con I.V.A. incluido, que ascendía a ciento setenta y cuatro mil doscientos cincuenta y dos euros (174.252,00.- €), con un precio unitario de sesenta y nueve euros (69,00.- €) por servicio:

LOTE Nº 1	81.126,00.- €
LOTE Nº 2	64.473,24.- €
LOTE Nº 3	22.652,76.- €

Tercero: En fecha 28 de mayo de 2008, se reunió la mesa de contratación para la calificación de la documentación de las empresas licitadoras con el resultado siguiente:

- Declarar suficiente para acceder a la fase de apertura de proposiciones económicas, la documentación presentada por el licitador D. Gustavo J. Casino García en nombre y representación de la empresa MEMORIA SERVICIOS FUNERARIOS S.L.
- Conceder un plazo de tres días hábiles, para subsanar documentación, a los siguientes licitadores:

- *SERVICIOS ESPECIALES S.A. (SERVISA): debe especificar el lote al que opta.*
- *U.T.E. Funeraria La Magdalena S.L.U., Nuevo Tanatorio S.L., Tanatorios y Servicios S.A., Pascual Broch Ballester y José Carlos Martínez Almela debe acreditar que el seguro de indemnización por riesgos profesionales de Tanatorios y Servicios S.A., está en vigor.*
- *ASV FUNESER S.L.: debe especificar el lote al que opta.*

Cuarto: En fecha 3 de junio de 2008, se reúne la Mesa de Contratación para la apertura de los sobres "B", que contienen las proposiciones económicas presentadas, así, antes de dar comienzo al acto público de apertura de los sobres, se califica la documentación aportada al expediente por las empresas que se les había requerido subsanar documentación, habiendo procedido todas a ello en tiempo y forma correctamente, por lo que la mesa de contratación acuerda admitirlas y ser procede a la apertura de los sobres que contienen la proposición económica con el siguiente resultado:

- Plica número uno (1), firmada por D. Ramón Cancio Ballvé en nombre y representación de la empresa *SERVICIOS ESPECIALES S.A. (SERVISA)*, optando a los siguientes lotes:
 - Lote número (1), por el precio de 0,00.- Euros.
- Plica número dos (2), firmada por D. Agustín Martínez Medina en nombre y representación de la *U.T.E. Funeraria La Magdalena S.L.U., Nuevo Tanatorio S.L., Tanatorios y Servicios S.A., Pascual Broch Ballester y José Carlos Martínez Almela*, optando a los siguientes lotes:
 - Lote número (3), por el precio de 0,00.- Euros.
- Plica número tres (3), firmada por D. Gustavo J. Casino García en nombre y representación de la empresa *MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS S.L.*, optando a los siguientes lotes:
 - Lote número (1), por el precio de 0,00.- Euros.
- Plica número cuatro (4), firmada por D. José Miguel Vaca Peña en nombre y representación de la empresa *ASV FUNESER S.L.*, optando a los siguientes lotes:
 - Lote número (2), por el precio de 69,00.- Euros.

Quinto: La mesa de Contratación, haciendo uso de la posibilidad que le ofrece el artículo 81.2, del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, ante la posible consideración de que las ofertas económicas de Cero Euros (0,00.-E), pudieran no ser consideradas precio cierto, acordó solicitar informe a la Abogacía de la Generalitat, sobre la legalidad de las mismas. Se emitió el mismo en

fecha 9 de junio de 2008 y, en él, se considera pertinente la solicitud de informe a la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat.

Ante esta situación, se plantean las siguientes cuestiones:

- PRIMERA.- ¿Es posible adjudicar un contrato de prestación de servicios sin coste para la Administración?
- SEGUNDA.- En caso negativo, ¿Qué régimen jurídico sería aplicable a este contrato?

En anteriores concursos con el mismo objeto, se produjo la misma circunstancia y, a pesar de la oposición tanto de la entonces Área Jurídica y la Intervención Delegada, se adjudicó finalmente algún lote a precio 0.-€, tras la presentación de informe explicativo de las empresas licitadoras respecto a su oferta económica.

Se adjunta:

- Pliego de cláusulas administrativas y técnicas que rigen el presente contrato.
- Ofertas económicas de los licitadores.
- Informe de la Abogacía de la Generalitat.
- El argumento de las empresas que en el anterior concurso licitaron a precio 0.- €."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En primer lugar hay que señalar que no es misión de la Junta Superior de Contratación Administrativa resolver las cuestiones concretas que corresponden a la Mesa de contratación, como en el presente caso ocurre, dejando una licitación suspensa hasta que se manifieste esta Junta. Sentadas estas bases, se trata de resolver la cuestión que plantea la Conselleria de Justicia y Administraciones Públicas teniendo en cuenta lo siguiente:

La Directiva 18/2004/CE define como «contratos públicos» 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 en el sentido de la presente Directiva.

El carácter oneroso del contrato viene determinado por la retribución que percibe el contratista que, evidentemente debe ser de mercado, y que podrá ser en metálico o en especie. La Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), al igual que la

normativa anterior, únicamente permite retribución en especie en el contrato de suministro y en los contratos concesionales, concretamente, en el contrato de concesión de obra pública y en la concesión como forma de gestión de un servicio público, en el que la retribución es el derecho de explotación de la obra o servicio a cambio de un precio a pagar por los usuarios.

En este punto es interesante la consideración del TJUE en el Asunto C-324/98, Teleaustria Telefonadress, sentencia de 7 de diciembre de 2000, en la que razona por qué determinados contratos no se hallan regulados en la directiva 98/38 sobre sectores especiales, en razón de que su retribución consiste en un derecho, el de explotar el servicio. (concesiones de servicios). Por cuanto se deduce que el Derecho comunitario en materia de contratos públicos, cuando regula el contrato de servicios, distingue claramente cuando se debe retribuir al contratista por la prestación mediante una retribución en metálico y cuando esa retribución es en especie, es decir, mediante un derecho de explotación del servicio. Pero, a mayor abundamiento, con fecha posterior, la Sentencia TJUE de 13 de octubre de 2005, en el asunto C-458/03, Parking Brixen GMBH, indica claramente que debe atenderse a quién paga el precio para distinguir una figura de otra tal y como resulta de su octavo considerando, *“La Directiva 92/50 se aplica a los «contratos públicos de servicios», que se definen en el artículo 1, letra a), de dicha Directiva como «los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora». De esta definición se deduce que un contrato público de servicios, en el sentido de la Directiva, requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios.”*

Todo ello lleva a analizar el contrato controvertido, donde la Conselleria consultante fija un precio por kilómetro a abonar al contratista (que únicamente puede ser empresa funeraria), por la recogida de cadáveres ordenada por la autoridad judicial, de acuerdo con las especificaciones que fija la Administración. Contratación que se produce, por tanto, como consecuencia del ejercicio de la competencia que tienen los juzgados.

El problema para la admisión de las ofertas sin coste para la Administración, además de lo dicho anteriormente, se centra en dos aspectos. El primero es la quiebra del principio de igualdad y no discriminación de los licitadores que deben poder ofertar todos en las mismas condiciones. De ahí que si la Administración admite proposiciones sin coste, es porque previamente a la licitación debería haber sabido si el servicio de recogida es objeto de alguna contraprestación por familiares o aseguradoras que permita acudir a un contrato en el que la retribución no parta de la Administración. Por tanto, admitir las ofertas a cero euros, quebraría radicalmente este principio.

En segundo término, las razones que aducen las empresas que ofertan sin coste a la Administración, por considerarse resarcidas con la posible contratación privada de los

servicios funerarios posteriores con familiares, o en su caso, aseguradoras. Si bien como indica el Informe de la Abogacía General, este hecho luego no es tal y estas empresas reclaman el pago a la Administración. Pues bien, en esta línea significamos que lo que contrata la Administración es la recogida de cadáveres por orden judicial a los efectos del examen por el Instituto de Medicina Legal correspondiente y determinar, en su caso, la posible criminalidad del fallecimiento. Por tanto, los servicios funerarios posteriores no entran en el objeto del contrato sino que, o bien se contratan con familiares directamente, o la empresa funeraria correspondiente los efectúa a través de los seguros de los familiares. Por tanto, ¿puede aducir el licitador que oferta sin coste dado que se resarce de la prestación mediante la explotación de un servicio que no corresponde con el objeto del contrato y qué, además, no forma parte de la esfera administrativa, sino de una relación privada empresa-cliente?

Es interesante traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha 28 de julio de 1994, y más recientemente la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de fecha 3 marzo de 2006, sobre reclamación de cantidad a familiares por los gastos de los servicios funerarios posteriores a la orden judicial de recogida, que los califican como gestión de negocios ajenos. La primera de ellas señala: *"Puede, sin embargo cuestionarse que se trate, en el caso enjuiciado, pura y simplemente, de una gestión de negocios ajenos, (gastos de arca, espera y preparación del cadáver) allí donde no puede hablarse llanamente de espontaneidad en la intervención de la actora, provocada por el llamamiento y encargo judicial para el traslado del cadáver"*.

Por tanto, por los motivos expuestos, esta Junta considera suficientemente razonada la inadmisión de las ofertas sin coste para la Administración.

En segundo lugar, se plantea por la Conselleria consultante qué régimen jurídico debe aplicar en la contratación referida, lo que implica determinar qué tipo de contrato debería licitar. Entendemos que con la jurisprudencia reseñada en el presente Informe, siempre que la Administración es la que retribuya mediante un precio la prestación cuyas especificaciones son, asimismo, determinadas por ésta y, además, el destinatario es la misma Administración contratante, en este caso, en virtud de la competencias en materia de justicia, la figura contractual que debe aplicarse es el contrato de servicios, por lo demás comprendidos en la categoría 27 del Anexo II de la Ley, al no corresponder a ninguna otra de las categorías reseñadas en citado Anexo. Por ello, no requerirá la exigencia de clasificación, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 54.1 in fine de la LCSP. Igualmente, no estará sujeto a regulación armonizada, si bien cuando su cuantía fuere igual o superior a 206.000€, IVA excluido, el órgano de contratación comunicará la adjudicación definitiva a la Comisión Europea, indicando si estima procedente su publicación (Art. 138.3). Y, por último, podrá ser objeto, de acuerdo con la cuantía indicada anteriormente, del recurso especial en materia de contratación regulado en el art. 37 de la LCSP.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La admisión de las ofertas sin coste para la Administración dadas las características del contrato licitado, no pueden ser admitidas al romper el principio de igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública y, además, dado que la prestación del objeto del contrato es la recogida de cadáveres por orden judicial, sin que se deba entrar a valorar en la oferta de los licitadores otro contrato que excede de la esfera administrativa y que se produce entre empresa-cliente, y que en ningún modo responde al derecho a explotar el servicio licitado.

SEGUNDA.- Las características de la contratación sometida a consulta, nos llevan a concluir que nos hallamos antes un contrato de servicios de la categoría 27 del Anexo II de la LCSP, por lo que no requerirá la exigencia de clasificación, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 54.1 in fine de la LCSP. Igualmente, no estará sujeto a regulación armonizada, si bien cuando su cuantía fuere igual o superior a 206.000€ IVA excluido, el órgano de contratación comunicará la adjudicación definitiva a la Comisión Europea, indicando si estima procedente su publicación (Art. 138.3). Y, por último, podrá ser objeto, de acuerdo con la cuantía indicada anteriormente, del recurso especial en materia de contratación regulado en el art. 37 de la LCSP.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

VºBºEL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(Por sustitución, art. 1.a) Orden de
11 de junio de 2001, DOGV 17/07/2001)



José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENTE

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

**APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA,
en fecha 21 de noviembre de 2008.**