



Excmo. Ayuntamiento XXX
Ilmo. Sr. Alcalde
XXX
(Salamanca)

Asunto: Concesión del servicio de bar de las piscinas / Adjudicación / Resolución

Ilmo. Sr.:

De nuevo nos dirigimos a V.I. una vez recibido el informe solicitado en relación con el expediente que se tramita en esta Institución con el número **1161/2022**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

El expediente cuestionaba la adjudicación del contrato de concesión del servicio de bar de la piscina municipal en la temporada 2022; afirmaba el autor de la queja que el anuncio de licitación se había publicado únicamente en el tablón de anuncios el día XXX, la adjudicación se había realizado de forma directa al no haberse presentado ninguna oferta, ni haber facilitado que el anuncio llegara a conocimiento de posibles licitadores, añadía que el Ayuntamiento había fijado un precio que ocasionaba pérdidas.

Iniciada la investigación oportuna, esta Defensoría solicitó información sobre el procedimiento seguido para la adjudicación del bar de la piscina municipal, el valor estimado del contrato y el presupuesto base de licitación así como el método empleado para su cálculo y los medios de publicidad del anuncio de licitación. También se requería la copia del expediente de contratación que incluyera la copia del pliego de cláusulas administrativas particulares y el contrato.

En atención a dicha petición el Ayuntamiento nos remitió copia de los siguientes documentos:

- Resolución de la Alcaldía de XXX de incoación del procedimiento para la adjudicación de la explotación del bar de las piscinas municipales.
- Pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado el XXX.
- Anuncio de licitación suscrito el XXX.
- Solicitud de XXX de inserción del anuncio de licitación en el BOP, justificante de abono de la tasa y publicación en el BOP N° XXX, de XXX.



- Certificados de publicación del anuncio y el pliego en el tablón de edictos electrónico y perfil de contratante desde el XXX hasta el XXX.

No aporta ningún otro documento que permita conocer el valor estimado del contrato, los criterios para fijar ese valor ni el presupuesto base de licitación, tampoco envía las ofertas presentadas, la resolución de adjudicación o el contrato formalizado.

El análisis de las cuestiones planteadas en la reclamación, el cumplimiento de las normas de publicidad del anuncio de licitación y la viabilidad económica del contrato, deben partir de la determinación de la naturaleza del contrato y del procedimiento seguido para seleccionar al contratista, que en todo caso debieron ajustarse a las normas contenidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

No se discute que el contrato estuviera incluido en el ámbito de la aplicación de la Ley 9/2017, tal y como se expresa en la documentación adjunta, cuestión distinta es que se hayan aplicado las normas que correspondían al proceso de licitación según la calificación del contrato.

La resolución del órgano de contratación que inicia el procedimiento, al precisar su objeto, expresamente se refiere a la concesión del servicio de bar, y esa misma definición del objeto se incluye en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares:

*“Objeto del contrato: **Concesión del servicio de bar de las piscinas municipales de XXX, durante la temporada 2022**”.*

La cláusula segunda del pliego a la hora de determinar la *“forma de contratación”* califica el contrato como especial:

*El contrato a formalizar se califica como **contrato administrativo especial**, de conformidad con lo establecido en el artículo 25.1 2º b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.*

*La adjudicación se efectuará por el sistema de **procedimiento abierto supersimplificado**, a cuyo fin deberán observarse cuantos requisitos legales estén establecidos, y los del presente pliego”.*

El **artículo 25 LCSP** define los contratos administrativos especiales como aquellos de objeto distinto a los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios.



En el caso que examinamos el objeto del contrato era la concesión de un servicio, luego no puede calificarse como un contrato especial aunque el pliego empleara esa denominación, pues su verdadera naturaleza era la de un contrato de concesión de servicios definido en el **artículo 15 LCSP**:

“1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior”.

El órgano de contratación en la resolución de inicio del procedimiento justifica su necesidad indicando *“que el Ayuntamiento no dispone de medios propios para la prestación del servicio”* añade que el pliego en todo caso ha de fijar expresamente *un horario de apertura y cierre (apertura 12,00 horas, cierre 24,00 horas)*, por lo que se pretendía con esa contratación prestar un servicio a los usuarios de las piscinas municipales.

El mismo carácter se deduce del pliego de cláusulas administrativas que establece que la duración del contrato *“será por la temporada 2022, siendo aquella improrrogable, coincidiendo su inicio y finalización con las fechas de apertura y cierre de la temporada de piscina, cuya fijación se reserva el Ayuntamiento”*. Entre las obligaciones del adjudicatario (cláusula 12) expresamente menciona *“el contrato se hace a riesgo y ventura del adjudicatario”* y contiene una serie de indicaciones sobre los precios, actividades no permitidas, posibilidad de realizar obras para adecuarlo a las necesidades del negocio –previa autorización-, utilización de espacios y duración.

La finalidad de dar servicio a los usuarios de la instalación junto con la fijación de condiciones de prestación, como las citadas sobre horarios, servicios, productos o precios, entre otros, son claros indicadores de la naturaleza pública del contrato, el cual podría formalizarse como uno de servicios o de concesión de servicios. Con todo, cuando el precio viene determinado por el derecho a explotar los servicios acompañado del de percibir un precio directamente de los usuarios y el riesgo operacional se traslada al contratista estamos ante un contrato de concesión de servicios.

La concesión de servicios, que es una de las modalidades contractuales idóneas para la licitación de un bar cafetería en instalaciones o edificios públicos, no es compatible con encuadrar el contrato suscrito entre los denominados especiales. A esta



cuestión se refiere la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el informe 87/2018, de 4 de marzo, pese a que en informes anteriores a la entrada en vigor de la LCSP había considerado que estos contratos podían encuadrarse en la categoría de contratos administrativos especiales; el informe citado sienta el criterio de que esa configuración no es adecuada *“en la actualidad, tras la aprobación y entrada en vigor de la nueva Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, estos tipos de contratos son susceptibles de configurarse, en una buena parte de los casos, como contratos de concesión de servicios de acuerdo con el tipo contractual regulado en la citada Directiva y que ha sido incorporado a nuestro ordenamiento por la LCSP. Por contra, cuando no se cumpla la condición de la transferencia del riesgo operacional estaríamos en presencia de contratos de servicios”*.

Teniendo en cuenta lo expuesto, un contrato que abarque la gestión de un bar en un inmueble municipal será un contrato de concesión de servicios siempre que se dé la doble circunstancia de que los ingresos del contratista provengan de los usuarios y que exista transferencia de riesgo de la actividad al contratista, todo lo cual sucedía en este caso.

En cuanto al **procedimiento para seleccionar al adjudicatario** el órgano de contratación debe tomar en consideración el **valor estimado del contrato**, concepto definido en el artículo 101 LCSP.

En el caso de los contratos de concesión de servicios ese valor viene dado por el importe neto de la cifra de negocios (excluido el IVA) que, según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con esos servicios.

El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón de 13/2018, de 30 de mayo, concluye con relación a estos contratos que: *“El valor estimado del contrato no se establece en función del canon a pagar por el contratista o de una eventual subvención al funcionamiento a aportar por la Administración, sino en función del valor del negocio, lo que obliga a estimar el volumen de facturación, por el tiempo previsto de duración del contrato más las eventuales aportaciones de la Administración en suministros eléctricos u otros”*.

En nuestro caso ninguna referencia se hace al valor estimado del contrato en la resolución de inicio del procedimiento, en el anuncio de licitación o en el pliego, pues únicamente se refieren ambos al canon concesional de 300 €, de lo que se deduce que esa cantidad constituía el presupuesto base de licitación por debajo del cual no se admitirían ofertas, aunque tampoco se especifican los criterios seguidos para determinar ese canon.



El **procedimiento abierto simplificado abreviado**, también denominado supersimplificado, utilizado para licitar este contrato se regula en el **artículo 159.6 LCSP** como una modalidad del procedimiento abierto simplificado. Es un tipo de procedimiento que agiliza los plazos de licitación, los requisitos documentales y los trámites para la adjudicación y la formalización del contrato, pero no cabe su utilización en todo tipo de contratos, únicamente en los supuestos tasados en el artículo 159.6 LCSP.

Además de unos límites cuantitativos del valor estimado del contrato que condicionan su posible aplicación, existen otros límites derivados de su objeto puesto que solo cabe en los contratos de obras, suministros y servicios: *“En contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 euros, y en contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 60.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual a los que no será de aplicación este apartado”*.

La calificación del contrato como un contrato de concesión de servicios impide acudir al procedimiento abierto simplificado o supersimplificado para seleccionar al contratista, y tampoco sería posible acudir a ese procedimiento para adjudicar un contrato administrativo especial, ni adjudicar directamente un contrato de concesión de servicios (como un contrato menor).

Los procedimientos de adjudicación de los contratos están sujetos a los principios de publicidad y transparencia, los cuales tienen su razón de ser en la exigencia de dar a conocer las licitaciones convocadas para garantizar la libre concurrencia de los licitadores.

El procedimiento abierto supersimplificado se rige por algunas reglas especiales que en este caso tampoco se siguieron, por ejemplo: la documentación necesaria para la presentación de la oferta tiene que estar disponible por medios electrónicos desde el día de la publicación en el perfil de contratante, los licitadores deben estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, estos están eximidos de acreditar la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, las ofertas presentadas y la documentación relativa a la valoración serán accesibles de forma abierta por medios informáticos sin restricción alguna desde el momento en que se notifique la adjudicación del contrato, y no se requiere la constitución de garantía definitiva.

El hecho de que fuera publicado el anuncio en el perfil de contratante y también en el BOP, sin estar previsto, ninguna relevancia puede tener, es más, según el BOP en que apareció publicado (Nº XXX, de XXX), finalizaba el plazo de presentación de las propuestas ese mismo día: *“5.- Plazo y lugar de presentación de Proposiciones: En la Secretaría del Ayuntamiento hasta las 13:00 horas del día XXX”*.



No podemos concluir si las garantías de publicidad exigibles se cumplieron dado que el órgano de contratación acudió para seleccionar al contratista a un procedimiento del que están excluidos los contratos de concesión de servicios, lo cual podría determinar la nulidad de la adjudicación; ahora bien, en la práctica, una vez concluido el contrato y la temporada para la que fue suscrito, la declaración de nulidad en este momento no parece aconsejable.

Ahora bien, en las próximas contrataciones del servicio debe tener en cuenta que un contrato para la gestión de un bar en un inmueble municipal será un contrato de concesión de servicios siempre que los ingresos del contratista provengan de los usuarios y exista transferencia de riesgo de la actividad al contratista. Esa calificación impide que el contrato se adjudique de forma directa como un contrato menor y también que el proceso de licitación se tramite por el procedimiento abierto simplificado o simplificado abreviado (supersimplificado).

Por otro lado, las **actuaciones preparatorias del contrato de concesión de servicios** incluyen antes de iniciar el expediente de contratación, la elaboración de un **estudio de viabilidad de los mismos o viabilidad económica-financiera** del servicio que va a prestar el Ayuntamiento, tal y como exige el **artículo 285.2 LCSP**. En dicho estudio se deberá tener en cuenta la totalidad de ingresos y gastos inherentes a la concesión que determine la viabilidad de la misma, y también deberá concluir con la necesidad o no de abonar un canon al Ayuntamiento y, en el primer caso, su importe.

En virtud de todo lo expuesto, y al amparo de las facultades conferidas por el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y por la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común, consideramos oportuno formular la siguiente **Resolución**:

- El Pleno de ese Ayuntamiento debe valorar el inicio del procedimiento de revisión de oficio de la resolución de la adjudicación del contrato de explotación del bar de la piscina municipal para la temporada 2022.

- En lo sucesivo la contratación de los servicios de bar de las piscinas municipales debe respetar la regulación establecida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en los términos que se deducen de la presente resolución.

Esta es nuestra resolución y así se la hacemos saber, con el ruego de que nos comunique de forma motivada la aceptación o no aceptación de la misma en el plazo de dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Reguladora de la Institución.



PROCURADOR DEL COMÚN
DE CASTILLA Y LEÓN

Una vez realizadas las comunicaciones oportunas, se acuerda publicar la presente Resolución en la página web de esta Institución, previa disociación de los datos de carácter personal que contuviera.

Pendiente de sus noticias, reciba un cordial saludo.

Atentamente,

EL PROCURADOR DEL COMÚN
Tomás Quintana López