



EXCMO. AYUNTAMIENTO XXX
ILMO. SR. ALCALDE
XXX
(SEGOVIA)

Asunto: Adjudicación del bar municipal / 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 **684/2023**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

El autor de la queja denunciaba la adjudicación directa del contrato para la explotación del bar municipal a una persona con la que la Alcaldía tenía una relación de amistad, sin haber tramitado ningún procedimiento.

Aportaba la copia de una solicitud presentada por una persona en el Registro municipal con fecha XXX (Nº XXX) en la que pedía la convocatoria de *“un concurso público para la adjudicación del bar”*. La respuesta a ese escrito no constaba.

Iniciada la investigación oportuna, esta Defensoría solicitó información del Ayuntamiento en relación con la cuestión planteada.

En atención a dicha petición de información, con fecha XXX, nos fue remitida una copia del expediente de contratación, que consta de los siguientes actos:

- Decretos de Alcaldía XXX, XXX y XXX de XXX, que disponen la emisión de un informe de Secretaría sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir, el inicio del procedimiento de contratación y la publicación del anuncio de licitación, y la designación de los miembros de la mesa de contratación. En la misma fecha se emite el informe de Secretaría, se aprueba la memoria justificativa del contrato y el Pliego de cláusulas administrativas particulares.

- Acreditación de la exposición del anuncio de licitación del XXX al XXX en el tablón electrónico y en el perfil de contratante, plazo durante el cual pudieron presentarse ofertas.

- Acta de la reunión de la Mesa de contratación de XXX, de la que resulta que solo se presentó una oferta; en la misma fecha se formaliza el contrato.



El contrato suscrito es de concesión de servicios, cuyo objeto es el “*Servicio de centro social con barra, oferta de aperitivos y capacidad para realizar en cooperación con el Ayuntamiento de XXX u otros organismos públicos encuentros virtuales*”.

La licitación fue convocada mediante procedimiento abierto, tramitación ordinaria, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación, con un valor estimado del contrato de 0 euros, un presupuesto base de licitación también de 0 euros y una duración de la concesión de 5 años.

Tras examinar el expediente del contrato, hemos de compartir la tesis del autor de la queja, pues aunque existe una apariencia de procedimiento para adjudicar el contrato, sin embargo se han infringido trámites esenciales del mismo.

El contrato de concesión de servicios se define en el artículo 15.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), como “*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*”.

Las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de servicios incluyen antes de iniciar el expediente de contratación, la elaboración y aprobación 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 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Se trata de una actuación preparatoria imperativa para el órgano de contratación, previa a la decisión de explotar en régimen de concesión un servicio, de modo que, sin la realización y aprobación del estudio de viabilidad, el procedimiento del contrato de concesión no puede iniciarse.

Además, el estudio debe ser sometido a información pública por plazo de un mes, como dispone para las concesiones de obras el artículo 247 LCSP, ya que la regulación establecida respecto de éstas es de aplicación supletoria a las concesiones de servicios siempre que resulte compatible con su naturaleza (artículo 297 LCSP).

En este tipo de contratos el concesionario asume el riesgo operacional puesto que no está garantizada la demanda que hagan los usuarios de esos servicios ni tampoco lo está que, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas o los costes para explotar los servicios.



El estudio de viabilidad tiene por objeto demostrar que el contrato puede ejecutarse de conformidad con las condiciones en que se oferta, por eso el precepto menciona expresamente su carácter vinculante en los supuestos en que concluya en la inviabilidad del proyecto de contrato.

En este caso no consta la aprobación de ningún estudio de viabilidad previo al inicio del expediente de contratación, ni pudo por tanto ser sometido a información pública. Únicamente la memoria justificativa del contrato señala *“la razón por la que el centro social debe disponer de servicio de barra de bar y ofrecer pinchos es que no hay ninguna oferta de estos servicios en la localidad, por lo que tampoco supondría una competencia desleal, sino ofrecer un servicio del que el pueblo carece”*. La misma memoria contiene un apartado que titula *“análisis económico”* (punto 4), dentro del cual señala lo siguiente:

“a. Estudio de mercado

No existe competencia en la localidad de XXX para los servicios que se pretenden ofrecer, los riesgos operacionales serán a cargo del concesionario.

b. Valor estimado.

El valor estimado del contrato será de 0 €, por las siguientes razones:

A) No se espera unos beneficios del servicio de barra de bar y oferta de aperitivos elevados, dado que los principales clientes serán ciudadanos de XXX, y en datos obrantes en el Padrón municipal la cifra de población a XXX era de XXX.

B) El concesionario se hará cargo del gasto de electricidad y la compra a proveedores necesaria para su correcto funcionamiento.

c. Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Puesto que el local ya existe un local habilitado para tal función (sic) y el concesionario se hará cargo de los costes de mantenimiento, el coste para las arcas del Ayuntamiento de XXX será de 0 €”.

El Pliego de cláusulas administrativas particulares (cláusula cuarta) recoge esa misma cifra (0 euros) como valor estimado del contrato y presupuesto base de licitación *“debido a la baja rentabilidad esperada, de acuerdo a lo expuesto en la memoria justificativa y a que el concesionario asumirá todos los costes del funcionamiento del servicio, salvo el alquiler del local”*.

La contrapartida necesaria por la prestación que realiza el concesionario en un contrato de este tipo se deduce de la definición que contiene el artículo 15.1 LCSP antes



citado; por un lado la explotación del servicio comporta para el concesionario determinados gastos (que han de especificarse en el Pliego) y a cambio -por esa explotación- percibe una cantidad que abonan los usuarios que van a utilizar el servicio, a la que puede acompañar la obtención de otra cantidad que abona la Administración que contrata esa concesión.

En este caso el precio del contrato está constituido por lo que perciba el concesionario directamente de los usuarios como contraprestación por el servicio prestado, pero el Ayuntamiento no ha realizado ningún cálculo para determinar ese precio; es más, considera como valor estimado del contrato el de 0 euros y fija la misma cantidad como presupuesto base de licitación.

Aunque se espere una baja rentabilidad o no se esperen unos beneficios económicos elevados, alguno habrá de producirse, y tampoco cabe estimarlos sin más en 0 euros, no sólo porque no se ha realizado ningún estudio que avale esa cifra, sino también porque no es viable ofertar un contrato en el que no se han valorado las prestaciones de cada uno de los contratantes, ni tampoco sería lógico esperar que se presentaran ofertas en tales condiciones.

Todos los contratos públicos son contratos onerosos (artículo 2 LCSP), las prestaciones y contrapartidas que cada parte asume han de estar fijadas en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, al igual que el valor estimado del contrato, el presupuesto base de licitación y el precio.

El presupuesto base de licitación se define en el artículo 100 LCSP como el *“límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario”*. Según el apartado 2 *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”*.

La fijación de un presupuesto base de licitación de 0 euros sin determinar los parámetros utilizados para su cálculo, ni desglosar los costes tanto directos como indirectos de la concesión, únicamente parece propiciar que puedan admitirse ofertas que



supongan una aportación económica de 0 euros y, sin embargo, no puede evaluarse la exclusión de la aportación desde la óptica de las ofertas anormalmente bajas.

El valor estimado del contrato se define en el artículo 101 LCSP, que en el caso de los contratos de concesión de servicios 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 (si los satisface la Administración).

En este aspecto es ilustrativa la conclusión sentada con relación a estos contratos en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón de 13/2018, de 30 de mayo: *“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 tampoco es razonable fijar el valor estimado del contrato en 0 euros, pues no tiene sentido que el volumen de facturación del futuro concesionario se estime en 0 euros cuando se está señalando que los beneficios no serán elevados –pero no inexistentes-, máxime cuando se impone al concesionario afrontar unos gastos –como son los gastos de los suministros del centro social-, pues en esas condiciones la contratación de la concesión del servicio sería inviable; por lo que no es razonable ofertar un contrato en el que el concesionario no es que asuma un riesgo operacional, es que según el Ayuntamiento no va a recibir ninguna contraprestación. Tampoco el Ayuntamiento establece las condiciones en las que el concesionario ha de prestar el servicio -por ejemplo: precios y horarios de apertura y cierre-.

En esas condiciones se publica el anuncio de licitación por siete días naturales (del XXX al XXX) según las certificaciones aportadas al expediente, plazo menor al exigido en este tipo de procedimiento y contrato. En el procedimiento abierto el artículo 156 LCSP señala los plazos mínimos para la presentación de proposiciones y publicación del anuncio de licitación; según el apartado 6 del precepto *“En los contratos de las Administraciones Públicas que no estén sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a quince días, contados desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación del contrato en el perfil de contratante. En los contratos de obras y de concesión de obras y concesión de servicios, el plazo será, como mínimo, de veintiséis días”*, por lo que en este caso debió ser expuesto el anuncio de licitación y de admisión de ofertas como mínimo durante veintiséis días hábiles, no siete naturales.



Precisamente en los días siguientes a la publicación del anuncio de licitación, el XXX, una persona pidió que se celebrara un concurso público para la adjudicación del bar, escrito que pudo haberse calificado como un recurso contra el anuncio de licitación, y debió ser objeto de respuesta.

En el expediente enviado a esta Defensoría no consta la oferta ni el resto de documentación que debió aportar el único proponente, aunque el acta de la Mesa de contratación señala que se presentó una oferta por importe de 0 euros, la Mesa propuso la adjudicación por *“haber obtenido la puntuación más alta, 3 puntos en total”*.

Esa propuesta fue valorada con 3 puntos al ser la única recibida, obtuvo la mayor puntuación aplicando los criterios de valoración automática decreciente establecidos en el Pliego (mejor precio, 3 puntos; segundo mejor precio, 2 puntos; tercer mejor precio, 1 punto; cuarto mejor precio y siguientes 0 puntos); no obtuvo ningún punto con arreglo a los demás criterios de cuantificación automática fijados en el Pliego (experiencia laboral, presupuesto de medios adscritos), ni con arreglo a los criterios de valoración dependientes de un juicio de valor (calidad de pinchos).

Tampoco consta el Decreto de adjudicación del contrato, aunque este fuera suscrito por el Alcalde y el adjudicatario el XXX y se señala que se adjudicó por Resolución de la Alcaldía de la misma fecha.

De todo lo expuesto resulta que no consta la elaboración de un estudio de viabilidad ni de viabilidad económica-financiera de la concesión, no ha justificado las condiciones en las que procedió a licitar el contrato, el plazo de exposición del anuncio en el perfil de contratante y de presentación de ofertas no cumplió el mínimo exigible para cumplir la publicidad, el órgano de contratación no resolvió una reclamación interpuesta después del anuncio de licitación, ni consta documentada la oferta presentada, ni la resolución de adjudicación.

En consecuencia, se considera que el Ayuntamiento se ha apartado total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para licitar el contrato de concesión del servicio de bar del centro social y, por tanto, la contratación ha incurrido en una causa de nulidad, según lo establecido en el artículo 39.1 LCSP y 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la mención a la que se refería la persona reclamante sobre la relación de amistad del adjudicatario con la Alcaldía, siendo este último el órgano de contratación, el Ayuntamiento no ha informado sobre el particular, ni la persona reclamante ha aportado ninguna prueba de dicho extremo, si bien, sentada la anterior conclusión sobre la invalidez del contrato, no cabe añadir ninguna otra observación.



En virtud de 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**:

PRIMERA: Esa Corporación debe valorar la revisión de oficio para declarar la nulidad del contrato formalizado con fecha XXX de concesión del servicio de centro social con barra, oferta de aperitivos y capacidad para realizar en cooperación con el Ayuntamiento XXX u otros organismos públicos encuentros virtuales.

SEGUNDA: En lo sucesivo, con carácter previo al inicio del expediente de un contrato de concesión de servicios, debe elaborar y aprobar un estudio de viabilidad o viabilidad económica-financiera del servicio que va a prestar el Ayuntamiento, tal y como exige el artículo 285.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

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.

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