



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

Asunto: Contrato de explotación del bar de la piscina municipal / adjudicación

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 **1436/2023**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

El objeto de la queja era la adjudicación del contrato de explotación del bar de la piscina municipal en la temporada 2023.

La persona reclamante expuso que los anuncios de licitación habían sido publicados por medio de dos bandos. La primera licitación quedó desierta porque no se presentó ninguna oferta y la segunda también, ya que la única propuesta recibida ofrecía un canon inferior al fijado en el Pliego.

Afirmaba que concluidos los plazos de presentación de ofertas, el contrato había sido adjudicado directamente a una persona que no había presentado ninguna oferta y por un canon inferior al establecido.

Señalaba que el contrato debía haber sido adjudicado al ofertante que presentó formalmente la única oferta XXX, aún siendo inferior al canon fijado, puesto que después se adjudicó directamente a otra persona por un valor también menor.

El ofertante excluido había presentado una reclamación contra la adjudicación basada en estos mismos argumentos, cuya resolución no constaba.

Iniciada la investigación oportuna, esta Defensoría solicitó información del Ayuntamiento en relación con las cuestiones planteadas.

En atención a esta petición, el Ayuntamiento remitió la documentación siguiente: el pliego de cláusulas administrativas particulares que había regido el contrato, los bandos que anunciaban la licitación, los informes del órgano de contratación sobre la presentación de ofertas, las actas de apertura de sobres y la resolución de la reclamación contra la adjudicación del contrato.



Del examen de la documentación se extraen las siguientes conclusiones:

- El contrato se calificó en el Pliego de cláusulas administrativas particulares como un contrato de servicios (cláusula 2ª); el procedimiento de selección del contratista fue el procedimiento abierto con un único criterio de adjudicación, el mayor valor económico del canon a satisfacer por el contratista (cláusula 7ª); y el presupuesto base de licitación fue fijado en XXX euros, cantidad que podía ser incrementada por la oferta de los licitadores (cláusula 5ª).

- La apertura del plazo para la presentación de ofertas fue anunciada por medio de un bando de la Alcaldía emitido XXX, que establecía como último día para presentarlas el XXX. Durante ese plazo no se recibió ninguna oferta.

- La Alcaldía anunció por medio de otro bando dictado XXX un segundo plazo para la presentación de ofertas, que finalizaba XXX. Durante ese plazo, el XXX se presentó una oferta de cuantía inferior a la estipulada en el pliego.

- La Alcaldía emitió otros dos bandos XXX para que *“todas aquellas personas interesadas”* se personaran en el Ayuntamiento para *“concretar el contrato de concesión”*, uno señalaba que esa comparecencia tendría lugar el mismo día XXX, el otro señalaba el XXX.

- Con fecha XXX se recibió una oferta por importe de XXX euros, siendo el contrato adjudicado a ese proponente.

- Con fecha XXX la Junta de Gobierno Local desestimó la reclamación presentada por el ofertante excluido confirmando la exclusión de su oferta y la adjudicación del contrato.

Las razones que sustentan las posturas contrarias sobre la validez de la adjudicación son las siguientes:

La persona autora de la queja mantiene que el Ayuntamiento no respetó las exigencias de publicidad del procedimiento de contratación, lo cual había restringido la posibilidad de participar en la licitación y, en último término, la adjudicación se había producido de forma directa en perjuicio del ofertante que había presentado la única propuesta dentro del procedimiento (XXX).

La postura del Ayuntamiento, que puede deducirse de los documentos enviados a esta Defensoría, se basa en haber publicado por medio de cuatro bandos los anuncios de licitación. Después del último bando se recibió una oferta (XXX) que cumplía las condiciones del Pliego, por lo que el contrato se adjudicó a la persona que la presentó. El Ayuntamiento no aporta ningún documento que acredite el medio en el que se publicaron



esos bandos o el tiempo que permanecieron expuestos, tampoco remite las ofertas presentadas, los actos notificados a los licitadores, ni siquiera el acto de adjudicación del contrato.

El examen de las cuestiones planteadas debe partir de la determinación de la naturaleza del contrato y del examen del procedimiento seguido para seleccionar al contratista.

En este caso, a pesar de la denominación que emplea el Pliego de cláusulas administrativas particulares, teniendo en cuenta el régimen jurídico que establece para la explotación del bar de la piscina municipal en la temporada 2023, no puede considerarse un contrato de servicios sino un contrato de concesión de servicios.

La diferencia entre uno y otro está en la transferencia del riesgo operacional al contratista, en el contrato de servicios no existe tal transferencia, mientras que es el rasgo característico del contrato de concesión de servicios.

El contrato de concesión de servicios se define en el artículo 15 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. 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 Pliego que examinamos señala que la Administración encomienda la gestión del bar de la piscina a un particular *“a su riesgo y ventura”* (cláusula 3º), por lo que su naturaleza es la de un contrato de concesión de servicios.

Para determinar el procedimiento de selección del adjudicatario, debía atender al valor estimado del contrato, según la definición recogida en el artículo 101 LCSP. En 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.

Puede ser ilustrativo el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón de 13/2018, de 30 de mayo, que concluye con relación a estos contratos: *“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 el Pliego no hace referencia al valor estimado del contrato, aún así determina que el órgano de contratación debía seguir el procedimiento abierto, lo cual se ajusta a lo establecido en la LCSP, y fijó un canon mínimo XXX como límite de admisión de las ofertas, de lo que se deduce que esa cantidad constituía el presupuesto base de licitación, aunque tampoco se especifican los criterios seguidos para determinarlo.

No plantea duda que la oferta presentada el XXX no era admisible por contravenir el Pliego, puesto que ofrecía un canon concesional inferior al fijado en el mismo, por lo que hemos de considerar que fue correctamente excluida por el órgano de contratación.

Aun así ha de considerarse si el órgano de contratación actuó de forma correcta al adjudicar el contrato a un ofertante que presentó su oferta XXX, pues según el recurrente ya había concluido el plazo de presentación y los términos de esa oferta pudieron haber sido pactados con el órgano de contratación.

Los anuncios de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones públicas han de publicarse en el perfil de contratante (artículo 134 LCSP) y, por tanto, en la Plataforma de contratación del Estado. Además en el procedimiento abierto el plazo para la recepción de las ofertas debe constar en el anuncio (Anexo III LCSP) y ha de respetar los mínimos establecidos para ese tipo de procedimiento (artículo 136 LCSP).

En los contratos de concesión de servicios que se adjudiquen por el procedimiento abierto, el plazo mínimo de presentación de proposiciones y publicación del anuncio de licitación es de veintiséis días, contados desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación del contrato en el perfil de contratante (artículo 156 LCSP).

Por lo tanto, el anuncio de licitación debió ser expuesto en el perfil de contratante y no únicamente en el tablón de anuncios físico del Ayuntamiento, debió publicarse en la Plataforma de contratación del Estado y debió mencionar el plazo de presentación de ofertas que no podía ser inferior a veintiséis días.

Aunque el órgano contratante está dado de alta en la Plataforma de contratación del Estado no se han publicado los anuncios de la licitación cuestionada. Es posible que los bandos se publicaran en el tablón de anuncios tradicional (físico), el recurrente admite que lo fueron los dos primeros bandos (XXX), no el tercero y cuarto (XXX). Tampoco consta la publicación en el tablón edictal electrónico.



Las garantías de publicidad no pueden considerarse cumplidas aunque los anuncios hubieran podido ser publicados en el tablón físico, pues lo relevante es que se publiquen en el perfil de contratante, omisión que es causa de nulidad del contrato (artículo 39.2. LCSP).

A ello se suma que los plazos fijados para la presentación de ofertas no alcanzaban el mínimo temporal mencionado. Por otro lado, el Ayuntamiento podía haber anunciado una nueva licitación al no haber recibido ninguna oferta admisible, pero en lugar de ello citó a las personas interesadas a una comparecencia para concretar los términos del contrato, sin tener en cuenta que en el procedimiento abierto no cabe ningún tipo de negociación (artículo 156. 1 LCSP), lo cual también podría determinar la nulidad de la adjudicación.

Finalmente cabe señalar que en este momento el contrato ya se habrá extinguido, pues su duración estaba prevista para la temporada de apertura de la piscina en 2023, por eso la declaración de nulidad carecería de efectos prácticos, cuestión que habrá de ser valorada por la Corporación.

Ahora bien, en las próximas contrataciones que realice el Ayuntamiento debe tener en cuenta los requisitos de publicidad de los anuncios de licitación del contrato de concesión de servicios y los plazos mínimos de presentación de las ofertas.

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 deber valorar el inicio del procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato de concesión del servicio de bar en la piscina municipal para la temporada 2023.

SEGUNDA: En lo sucesivo, la concesión de ese servicio 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