



Recurso nº 733/2018 C Valenciana 177/2018

Resolución nº 846/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 24 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto D.J.O.F.-C., en representación de la UTE TÉCNICAS VALENCIANAS DEL AGUA, S.A. Y SISTEMAS DE AUTOMATISMO Y CONTROL, S.A. (TECVASA-SACONSA), contra su exclusión por resolución de 19 de julio de 2018, del procedimiento *"Contrato de gestión de servicios públicos mediante la modalidad de concesión, concesión servicio abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Aigües"*. Expediente. 297/2017, convocado por el Ayuntamiento de Aigües, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), este Tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La convocatoria del expediente de contratación P.A. 297/2017 cuyo objeto consiste en el *"Contrato de gestión de servicios públicos mediante la modalidad de concesión, concesión servicio abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Aigües"*, convocado por el Ayuntamiento de Aigües, fue publicada el 6 de marzo de 2018 en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante, número 46. En el anuncio, consta que el valor estimado del contrato es de 4.735.461,00 euros y su tramitación ha sido la ordinaria a través del procedimiento abierto. En informe que obra como documento número 49 del expediente, suscrito por la Sra. Secretaría Interventora de dicho Municipio, se razona el cálculo del valor estimado del contrato, que no fue



impugnado en tiempo y forma por la empresa ahora recurrente, y se califica el contrato como no sujeto a regulación armonizada.

Segundo. Tras los trámites correspondientes, incluidos requerimientos e informes técnicos, la Mesa de contratación el día 3 de julio de 2018 valoró las ofertas aplicando las fórmulas contenidas a los efectos en el PCAP (cláusula 12). A la vista de los resultados, la mesa propuso el rechazo de la oferta presentada por UTE TECVASA-SACONSA por haber incurrido en valores desproporcionados, de conformidad con la cláusula 12.2 del PCAP, y clasificó de manera decreciente las ofertas que no habían incurrido en anormalidad, proponiendo al órgano de contratación la adjudicación del contrato en favor de la empresa que había obtenido mayor puntuación. El Acta fue publicada en el Perfil de Contratante en fecha 5 de julio de 2018. La decisión fue adoptada por el Pleno del Ayuntamiento el 19 de julio de 2018.

Tercero. Según se deduce del recurso y del expediente, la UTE TECVASA-SACONSA solicita acceso al expediente 297/2017 en fecha 6 de julio de 2018, haciéndose efectiva la visita el día 12 de julio. Personados en las dependencias municipales se solicita acceso a los proyectos presentados por el resto de licitadores. Se comunica verbalmente a los representantes de UTE TECVASA-SACONSA que al menos uno de los licitadores ha declarado su oferta confidencial.

Cuarto. Con fecha 23 de julio de 2018, y sin que conste previo anuncio al órgano de contratación, tuvo entrada en el registro del Tribunal el recurso de la UTE TECVASA-SACONSA, objeto de esta resolución. Solicitado expediente al órgano de contratación, remitió con él el correspondiente informe al Tribunal, fechado el 26 de julio. En su recurso, la empresa alega, en primer lugar, el incumplimiento del Órgano de Contratación de su deber de dar acceso al expediente de contratación; en segundo lugar, el incorrecto rechazo de la oferta de UTE TECVASA-SACONSA por temeridad, motivado por cálculo erróneo de la misma y, en tercer lugar, que la decisión se ha adoptado sin darle audiencia.

Quinto. Por parte de la Secretaría del Tribunal se dio traslado para alegaciones al resto de las empresas licitadoras, presentando sus alegaciones la empresa adjudicataria



HIDRAQUA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE LEVANTE, S.A. oponiéndose a la estimación del recurso.

Sexto. Con fecha 30 de julio de 2017, la secretaría de este Tribunal acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 47.4 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Séptimo. Con fecha 6 de agosto de 2018, la empresa recurrente presenta lo que denomina “Ampliación del recurso especial en materia de contratación Nº 733/2018 presentado por TECVASA-SACONSA contra Acuerdo Pleno de propuesta de Adjudicación del Contrato de Gestión de servicios públicos mediante la modalidad de concesión. Concesión servicio abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Aigües de 19 de julio de 2018. En dicho escrito, añade a la pretensión de la anulación del acto impugnado la revocación de “la adjudicación a favor de la mercantil HIDRAQUA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE LEVANTE, S.A., sin argumento adicional alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Antes de abordar los fundamentos del recurso, debe analizarse si es admisible, y si compete a este Tribunal su tramitación, por tratarse de una cuestión que este Tribunal debe apreciar de oficio. En efecto, el presente recurso se interpone contra el acto de exclusión de un contrato de gestión de servicios públicos con un valor estimado de 4.735.461,00 euros, licitado por un Ayuntamiento y, por lo tanto, como se expresa en los anuncios no sujeto por ello a regulación armonizada. Esta licitación se rige por el TRLCSP al haberse iniciado el expediente antes de la vigencia de la Ley 9/2017 (en adelante 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, que tuvo lugar el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.1, de la Ley 9/2017, citada, que determina:

“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”.

Hay que considerar la Disposición Transitoria Primera 4, párrafo segundo, de la Ley 9/2017, en cuanto el acto de exclusión se dicta con posterioridad a la vigencia de la Ley 9/2017, que habilita el recurso especial en expedientes iniciados con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley contra actos del artículo 44 de la misma siempre que se hayan dictado con posterioridad a su vigencia.

A estos efectos, resulta de aplicación la Resolución 437/2018, de 27 de abril, a cuyos fundamentos procede remitirse, en la que el Tribunal ha afirmado lo siguiente:

“Primero (...) “La cuestión, por tanto, que se plantea consiste en determinar si este Tribunal es competente para conocer de un recurso especial contra un acto de adjudicación dictado en un expediente de contratación de un contrato no sujeto a regulación armonizada que se rige por el TRLCSP, pero que ha sido dictado después de la vigencia de la Ley 9/2017. Más en concreto, se plantea si la Disposición Transitoria 1ª.4, párrafo segundo, excepciona lo determinado en su apartado 1, en concreto, si ampara el recurso especial frente a actos del artículo 44.2 de la Ley 9/2017, y respecto de contratos mencionados en el artículo 44.1, o si por el contrario, solo habilita el recurso contra dichos actos en sí mismos, como tales, con independencia del contrato respecto del que se dicten, y por ello solo respecto de contratos mencionados en el artículo 40.1 del TRLCSP, que es la norma sustantiva que determina el ámbito objetivo contractual respecto del que es susceptible la interposición del recurso especial frente a otros recursos administrativos, y aplicable ex artículo 40 de dicho TRLCSP al tratarse de expedientes que se rigen por la normativa anterior a la Ley 9/2017”.

Tras la correspondiente fundamentación jurídica, el Tribunal concluye que “en conclusión, si una cosa es el ámbito sustantivo del recurso, y otra los actos susceptibles



de recurso, frente a los actos dictados con posterioridad a la vigencia de la nueva Ley en expedientes que se rigen por la normativa anterior, solo cabe el recurso respecto de contratos que se rigen y determinan por la normativa anterior, aunque se puede interponer contra cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 44.2 de la nueva Ley dictados con posterioridad a la vigencia de la nueva ley.

Por tanto, rige en esta contratación ex Disposición Transitoria Primera, 1 y 4, de la Ley 9/2017, el TRLCSP, el artículo 40 de la TRLCSP, en cuanto determina los contratos respecto de los que son recurribles los actos que enumera en su apartado 2, actos que pasan a ser los del artículo 44.2, de la ley 9/2017, aplicable con arreglo a lo dispuesto en la Transitoria citada, apartado 4”.

En definitiva, resulta de aplicación al caso, el régimen de recursos previsto en el TRLCSP, siendo, además el acto impugnado impugnable tanto de acuerdo con el TRLCSP como con la nueva Ley 9/2017.

Segundo. Por ello, lo primero que debe analizarse es si la impugnación de los trámites de este expediente está sometida a la competencia de este Tribunal. A estos efectos el contrato se denomina contrato de concesión gestión de servicios públicos. Para que exista un contrato de concesión, tanto a la vista del Derecho español, como del Derecho de la Unión Europea, es preciso, y así lo desarrolla la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión que el concesionario asuma el riesgo operacional de las obras o servicios concedidos. Así, su artículo 5 b) dispone que “La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.



Esta definición ha sido recogida en la nueva Ley 9/2017, donde se suprime el contrato de gestión de servicios públicos sustituyéndolo por el contrato de concesión de servicios.

Este Tribunal considera que la calificación del contrato como concesión que ha adoptado el órgano de contratación es correcta.

En efecto, el contrato, cuyo objeto ha sido descrito tiene por objeto tanto la realización de obras como sobre todo la prestación del servicio de agua potable a las personas físicas y jurídicas residentes en el Municipio. La Administración atribuye la concesión a la empresa adjudicataria que obtiene ingresos o contraprestaciones por la prestación del servicio de los usuarios. A ello se une, la existencia de un canon a favor del Ayuntamiento que participa de esta manera de los beneficios que pueda obtener la empresa adjudicataria.

En efecto, el pliego de condiciones administrativas particulares se deduce que se está ante lo que el TRLCSP calificaba como un contrato de concesión de gestión del servicio público, de acuerdo con la Directiva.

Así en la cláusula del PCAP 1.1. se define que “es objeto del presente Pliego de Cláusulas Administrativas, en adelante el PLIEGO o PCAP, regular las condiciones jurídicas y económico-administrativas que regirán el procedimiento de adjudicación de la concesión para la gestión del servicio público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el municipio de Aigües, mediante procedimiento abierto y selección mediante múltiples criterios; así como el contrato administrativo que resulte del mismo que se regirá por el principio de riesgo y ventura del contratista. Constituye el objeto de este contrato la prestación mediante gestión indirecta del servicio público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el municipio de Aigües”.

Por su parte, en la cláusula 1.2. se afirma que “la finalidad específica del contrato es la encomienda al contratista de la gestión técnica, económica y administrativa necesaria para el desarrollo de las funciones propias de los servicios encomendados, en concreto, la realización de las operaciones de suministro, tratamiento y abastecimiento de agua potable, recogida y evacuación de aguas residuales, recogida y evacuación de pluviales,

tanto en lo referente al funcionamiento y prestación de los servicios, como lo que atañe a la conservación y mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones municipales relacionadas con la captación, tratamiento y transporte de agua potable; captación, trasiego y evacuación de las aguas residuales producidas en el municipio, así como la captación, trasiego y evacuación de las aguas pluviales, y que se definen y describen sin carácter exhaustivo en el Inventario y Anteproyecto de Explotación; y la ejecución de obras de reparación, conservación y renovación en dichas infraestructuras, buscando en todo caso optimizar el rendimiento de los recursos disponibles, una mayor eficacia y un beneficio para el conjunto de usuarios.

1.3.- El objeto del contrato también comprenderá la ejecución de obras y mejoras tecnológicas ejecutadas por el concesionario según el Anteproyecto de Obras e Inversiones”.

La regulación del canon de la concesión está recogida en la cláusula 4 en la que se prevé que el concesionario abonará un canon variable anual que –cláusula 4.1- “se establece como una participación del Ayuntamiento sobre el beneficio de la explotación”. El licitador y luego el concesionario tiene que cumplir con un estudio económico-financiero (cláusula B.3), de modo que “no se admitirán ofertas donde no se justifique el beneficio razonable del concesionario o en las que manifiestamente se observe un desequilibrio económico a lo largo de la concesión”. Como derecho del concesionario figura el cobro a los usuarios de las tarifas fijadas por el Ayuntamiento, pero la mayor o menor demanda de agua depende de los usuarios, cláusula 20, no garantizándose al concesionario unos ingresos fijos, sin perjuicio de que se prevea en la concesión, la posibilidad de restablecer el equilibrio económico-financiero cuando, cláusula 20, se dispone como derecho del concesionario el “solicitar al Ayuntamiento el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión por el procedimiento y para los supuestos previstos en el art. 282 del TRLCSP”. El riesgo y ventura de los ingresos está subrayado en la cláusula 27 cuando se dispone que “como principio general, se establece que el concesionario gestionará el servicio a su riesgo y ventura, con los derechos económicos que se regulan en el presente pliego. En consecuencia, la retribución del Concesionario estará constituida por:

Los ingresos por aplicación a los abonados del servicio de las tarifas vigentes en cada momento del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado, las cuales serán facturadas y cobradas directamente por el concesionario. Al inicio del contrato las tarifas a aplicar serán las actualmente vigentes y que se contienen en el Anteproyecto de Explotación.

Las contribuciones especiales que el Ayuntamiento estime oportuno imponer, en los casos de ampliación de las infraestructuras del servicio, cuando legalmente correspondan.

Las tarifas por la prestación del servicio durante la concesión serán las que de conformidad con las disposiciones legales en vigor sean aprobadas por el Ayuntamiento y de acuerdo a la normativa vigente en cada momento.

Con dicha retribución el concesionario cubrirá los gastos directos e indirectos del servicio: energía eléctrica, personal, oficinas, gastos informáticos, vehículos, conservación, reparación, renovación y mantenimiento de infraestructuras e instalaciones del servicio, limpieza preventiva y correctiva de las redes de alcantarillado, pluviales e imbornales, mantenimiento de las acometidas de agua potable de los abonados hasta límite de propiedad, facturación y cobro de facturas, amortizaciones técnicas, gastos generales y beneficio industrial, así como la provisión por insolvencias y demás gastos del servicio”.

En consecuencia, y por lo que aquí interesa, el contrato licitado se corresponde con los elementos que identifican a un contrato de concesión.

Tercero. Partiendo de este presupuesto, la competencia del Tribunal para conocer de este recurso debe analizarse a la luz de la Resolución nº 1057/2017, de 10 de noviembre contra la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Seseña, en virtud de la cual se resuelve adjudicar el contrato en régimen de concesión del “Servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y depuración en el término municipal de Seseña”, caso muy similar al en este recurso planteado.

En dicha Resolución, se afirma:



«**Sexto.** Debe analizarse, en primer lugar, si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el Artículo 40 TRLCSP.

Séptimo. De acuerdo con el Artículo 8.1 Directiva 2014/23 «*la presente Directiva se aplicará a las concesiones de un valor igual o superior a 5 186 000 euros*». No obstante, a continuación, el Artículo 12 señala que «*1. La presente Directiva no se aplicará a las concesiones adjudicadas a: a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable; b) el suministro de agua potable a dichas redes. 2. La presente Directiva tampoco se aplicará a las concesiones que se refieran a uno de los objetos siguientes o a ambos que estén relacionadas con una de las actividades contempladas en el apartado 1: a) proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 % del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje, o b) eliminación o tratamiento de aguas residuales*». Atendido que el plazo de transposición de las directivas expiró, debe aplicarse su texto a pesar de no haber sido incorporado al ordenamiento interno, en virtud del denominado efecto directo de las directivas una vez vencido el plazo de transposición. Así, el Artículo 1.1.IV Directiva 89/665/CEE, redactado con arreglo al Artículo 46 Directiva 23/2014/UE precisa que «*en lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa*». Y la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 15 de marzo de 2016 atribuye efecto directo a esta disposición en el punto 3.2.5, cuya letra b) señala que «*por el mismo motivo queda ampliado el ámbito de actuación del recurso administrativo especial en materia de contratación del artículo 40 del TRLCSP a todos los contratos que merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada con arreglo a lo explicado en el*

apartado 3.1 anterior». De este modo, en virtud de esta eficacia directa, el contrato quedaría excluido del ámbito de la competencia de este Tribunal.

En este caso, entendemos que estamos ante un contrato de concesión de servicios, que si bien es regulado como tal concesión en la Directiva 2014/23/UE, esta no se aplica a las concesiones adjudicadas en las materias a que se refiere su artículo 12 más arriba transcrito; no obstante, aunque no se trate de una concesión de servicios sujeta a regulación armonizada por no aplicarse dicha Directiva a este tipo de concesiones en materia de suministro de agua potable, alcantarillado y depuración, tampoco procede el recurso especial contra los actos dictados en su contratación, por haber quedado desplazado a partir de la vigencia de dicha Directiva, el artículo 40.1.c), del TRLCSP y ser ahora aplicable la letra a) de dicho precepto. Es decir, procede el recurso especial contra los actos dictados en la licitación de los contratos de concesión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada (SARA), pero no frente a los dictados en la de esos mismos contratos no SARA.

Los contratos de gestión de servicios públicos no estaban regulados por las Directivas comunitarias sobre contratos del sector público. Por ello, se introdujo la posibilidad de recurso especial contra los actos dictados en la licitación de esos contratos en el artículo 40.1.c), del TRLCSP. Ahora bien, a partir de la regulación de las concesiones de servicios que estaban excluidas de la Directiva 2004/18/CE, por la Directiva 2014/23/UE, y de la modificación de la Directiva 92/13/CE por la 2014/23/UE, es evidente que lo previsto en la letra c) del artículo 40.1 del TRLCSP, queda desplazado por el efecto directo de aquella Directiva y de la Directiva 2014/23, pues por un lado las concesiones SARA quedan sometidas al recurso especial ex artículo 40.1, a) del TRLCSP, que admite el recurso especial, por un lado, en el caso de contratos sujetos a regulación armonizada, y por otro, excluye, a contrario sensu, su admisión en los mismo contratos no SARA.

Por la misma razón, los contratos de gestión de servicios públicos que no sean concesiones en los términos de la Directiva 2014/23/UE, se sujetan al régimen de los contratos de servicios, de forma que si reúnen los requisitos para ser considerados contratos SARA se sujetan a su régimen de recursos, que es el mismo establecido en



el artículo 40.1, a), del TRLCSP, y en caso contrario, simplemente, no son susceptibles de recurso especial.

En el mismo sentido, las concesiones de servicios no SARA no son susceptibles de recurso especial, ya que en ningún caso se aplica el artículo 40.1.c), del TRLCSP, al haber quedado sin contenido.

En fin, en el documento “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del sector Público”, aprobado en reunión de miembros de los tribunales administrativos de contratación pública, el 1 de marzo de 2016, se reconoce ese efecto directo de las nuevas directivas sobre contratación pública y en concreto, la necesaria adaptación del objeto del recurso especial a los nuevos contenidos de las Directivas comunitarias (pág. 14 y ss.), y determina lo siguiente:

“La reforma de las Directivas europeas de contratación pública obliga a analizar igualmente la incidencia de las mismas sobre el recurso especial. Máxime, cuando la competencia objetiva para acudir a un órgano de recurso es una cuestión de orden público procesal, que aconseja un criterio claro y uniforme.

En cuanto a los umbrales para el recurso, a salvo de especialidades autonómicas, deberán aplicarse el previsto en la propia Directiva de concesiones de 5 186 000 euros (5 225 000 euros tras el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión), que deberá calcularse con arreglo a lo dispuesto en sus apartados siguientes que gozan de efecto directo.

La nueva regulación europea sobre contratación pública ha obligado a la adaptación de la normativa procesal contenida en la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (en redacción dada por la Directiva 2007/66/CE de 11 de diciembre de 2007). No existe un cambio formal del contenido de esta Directiva de recurso.

(...)

De la nueva redacción hay que resaltar el hecho de que el objeto del recurso debe coincidir plenamente con materias reguladas en las Directivas de contratación pública.
(...)

De esto se desprende un hecho trascendente: el objeto del recurso depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que, si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública. Y ello, aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva de recursos que es una norma de carácter adjetivo”

En concreto, respecto del contrato de servicios, determina:

“B) Inclusión en el objeto del recurso de las "concesiones de servicio".

Otra importante novedad práctica es la inclusión de las concesiones de servicios en el ámbito del recurso especial, con efecto directo. Esto implica que se desplaza la previsión del artículo 40 TRLCSP que determina la competencia en los contratos de gestión de servicio públicos en función de los gastos de primer establecimiento y el plazo. Será el valor estimado del contrato el criterio para determinar la competencia del recurso especial...”

Por su parte, la recomendación de la JCCA, de 15 de marzo de 2016 (apartado 3.2.5, b)) dice lo siguiente:

“Por el mismo motivo queda ampliado el ámbito de actuación del recurso administrativo en materia de contratación del artículo 40 del TRLCCSP a todos los contratos que merezcan la consideración de sujeto a regulación armonizada...”. A lo que se añade que “especialmente notable es el cambio que afecta a los contratos de gestión de servicios públicos si lo comparamos con lo dispuesto en el artículo 40.1.c) del TRLCSP. Así, en el ámbito del recurso administrativo especial en materia de contratación se amplía a partir del 18 de abril a todos los contratos de gestión de servicios públicos que estén sujetos a regulación armonizada”.

Ello implica que, si se trata de un contrato de gestión de servicio público en forma de concesión con transferencia de riesgo y umbral igual o superior al que establece la Directiva 2014/23, es susceptible de recurso especial. Y si es otra modalidad de contrato de gestión de servicio público en forma de concesión, pero sin transferencia de riesgo en cualquiera de ellos, se califican como contratos de servicios que serán susceptibles de recurso especial si su valor estimado iguala o supera los umbrales de la Directiva 2014/24 y no están excluidos de ella.

En ambos casos, si no se trata de contratos SARA no cabrá recurso especial, pues como hemos reseñado más arriba “el objeto del recurso depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que, si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública. Y ello, aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva de recursos que es una norma de carácter adjetivo”.

Sobre esta materia la Recomendación de la JCCA de 15 de marzo de 2016 establece lo siguiente:

“Dado que el TRLCSP no establece régimen jurídico alguno para los contratos de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada (puesto que no contempla esta categoría), se plantea el problema de determinar el mismo.

En este sentido esta Junta Consultiva entiende que el órgano de contratación deberá aplicar a estos contratos: (i) en primer lugar y preferentemente todas aquellas disposiciones que establece la DC y que reúnen los requisitos para tener efecto directo; (ii) en segundo lugar se les aplicarán las normas que el TRLCSP genéricamente establezca para los contratos sujetos a regulación armonizada; (iii) y por último se aplicarán las normas del TRLCSP correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos.

En segundo lugar, la necesaria concurrencia de la transferencia del denominado «riesgo operacional», que trasciende al tradicional derecho a la explotación del servicio como contraprestación a favor del contratista, implica que determinados contratos que a los

efectos del TRLCSP son susceptibles de ser calificados como contratos de gestión de servicios públicos, sin embargo no puedan ser calificados como contratos de concesión de servicios conforme a la DC, y en consecuencia como «contratos de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada».

Esta posible doble calificación jurídica por parte de un órgano de contratación de un contrato como contrato de gestión de servicios públicos (con arreglo al TRLCSP) y como contrato de servicios (con arreglo a las directivas comunitarias) plantea nuevamente el problema de determinar su régimen jurídico.

En este sentido esta Junta Consultiva considera que a partir del 18 de abril cuando en un contrato que tenga por objeto prestaciones de hacer no se dé una «transferencia del riesgo operacional» en el sentido del artículo 5.1 DC, el mismo deberá regirse (siempre y cuando merezca la consideración de «contrato de servicios sujeto a regulación armonizada» con arreglo a lo indicado en el apartado 3.1.2): (i) con arreglo a las normas con efecto directo que la DN establece para los contratos de servicios; (ii) en segundo lugar con arreglo a las normas que el TRLCSP establece para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada; y (iii) por último se aplicarán las normas del TRLCSP correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos.

Por último, a título aclaratorio conviene indicar que a los contratos de gestión de servicios públicos que no merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada (de acuerdo con el apartado 3.1.5) y que, sin embargo, sí puedan tipificarse como tales contratos de conformidad con el TRLCSP, se les seguirán aplicando las normas de esta Ley correspondientes a los contratos de gestión de servicios públicos”.

Pues bien, de esas determinaciones resulta que los contratos de gestión de servicios públicos equiparables a las concesiones de servicios y en los que concurren los requisitos para ser considerados contratos de concesiones SARA, se rigen en primer lugar por las normas de la Directiva 2014/23 que tengan efecto directo, una de la cuales es la de que son susceptibles de recurso especial. En segundo lugar, se rigen por las normas del TRLCSP aplicables genéricamente a los contratos SARA, lo que supone la aplicación a los contratos de concesión de servicios de la norma del artículo 40.1, letra

a), que implica, a contrario sensu, la inadmisión del recurso especial en contratos regulados por las Directivas comunitarias, pero no SARA. Y, en tercer lugar, se aplican las normas propias especiales de los contratos de gestión de servicios públicos contenidas en el TRLCSP y sus normas de desarrollo, en cuanto que contienen especialidades que no se oponen ni a las Directivas ni a las normas del TRLCSP establecidas para los contratos SARA.

Por otra parte, las determinaciones reseñadas de la Recomendación de la JCCA citada suponen la aplicación a los contratos de gestión de servicios públicos SARA en los que no exista transferencia de riesgo, de las normas de los contratos de servicios indicadas más arriba, pero en especial las contenidas en la Directiva 2014/24 y en el TRLCSP para los contratos de servicios SARA, así como la aplicación de la regla del artículo 40.1,a), que admite el recurso especial en contratos de servicios SARA, pero no, a contrario sensu, en los no Sara. Y, en tercer lugar, al igual que en los contratos de concesiones de servicios, se aplican las normas especiales del contrato de gestión de servicios públicos, que no se opongan a aquellas otras.

Por todo ello, la última determinación reseñada de la Recomendación citada, referida a que *“...a los contratos de gestión de servicios públicos que no merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada (de acuerdo con el apartado 3.1.5) y que, sin embargo, sí puedan tipificarse como tales contratos de conformidad con el TRLCSP, se les seguirán aplicando las normas de esta Ley correspondientes a los contratos de gestión de servicios públicos”*, no significa en modo alguno, que se admita el recurso especial frente a ellos, ya que como se ha indicado se aplica la regla del artículo 40.1, a) a todos los contratos regulados en las Directivas sobre contratación pública siempre que su valor estimado iguale o supere los umbrales que establecen y no estén excluidos de ellas, pero respecto de los demás, es decir, los no SARA, no se admite el recurso especial. Por ello, las únicas reglas aplicables a los contratos de gestión de servicios públicos no sujetos a regulación armonizada con arreglo a las Directivas 2014/23 y 2014/24, son las especiales sobre preparación, adjudicación, formalización y ejecución de dichos contratos contenidas en el TRLCSP y su normativa de desarrollo, distintas a las de las Directivas citadas que tengan efecto directo y de las que dedica a lo mismos

contratos SARA. Y tiene efecto directo la norma de la Directiva de recursos, que varía en función de cómo lo hagan las Directivas sustantivas de contratación pública, que han determinado a efectos de recurso, que los contratos de gestión de servicios deban ajustarse a las normas de la Directiva de concesiones y a la Directiva 2014/24, así como a la de recursos, y fuera de los casos en que procede el recurso en las mismas, no cabe éste.

En conclusión, el régimen previsto en el artículo 40.1, c), ha quedado desplazado por el de las Directivas 2014/23 y 2014/24, de forma que el régimen de recurso especial de los contratos de gestión de servicios públicos pasa a ser el de la letra a) de dicho precepto, que solo admite el recurso especial para los contratos sujetos a regulación armonizada, como ha ocurrido igual en el supuesto previsto en letra b) de dicho precepto, cuyo contenido ha quedado desplazado por lo previsto en el artículo 74 en relación con el Anexo XIV de la Directiva 2014/24, para los contratos de servicios sociales y otros servicios, que quedan sujetos a regulación armonizada cuando su valor estimado sea igual o superior al umbral de 750.000 euros, 1.000.000 de euros si esos contratos se celebran en el ámbito de la Directiva 2014/25/UE, en los que se aplicará a efectos de recurso especial o reclamación, la letra a) del artículo 40.1, no su letra b), que ha quedado sin contenido aplicable.

Pues bien, en el presente supuesto, el contrato lo es de una concesión de servicio que regula la Directiva 2014/23/UE, pero que al ser su objeto un servicio de suministro de agua potable y depuración, no se aplican sus normas por determinación expresa de su artículo 12, motivo por el que le es aplicable, a contrario sensu, el artículo 40.1, a), del TRLCSP, es decir, no es susceptible de recurso especial.

En igual sentido se ha pronunciado este Tribunal en otros casos semejantes, así, por todas, en la Resolución nº 738/2017, de 5 de septiembre de 2017, que inadmite los recursos acumulados números 712, 716, 718, 724, 728, 731, 732 y 764/2017 (C.A. de Galicia 77, 79, 80, 81, 83, 85, 86 y 90/2017) referidos a concesiones de servicios de transporte regular de viajeros.



Asimismo, la Resolución de este Tribunal nº 1057, de fecha 10 de noviembre de 2017, del recurso 886/2017, específicamente referida a las concesiones de servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarilla, en que se determina que:

“Pues bien, en el presente supuesto, el contrato lo es de una concesión de servicio que regula la Directiva 2014/23/UE, pero que al ser su objeto un servicio de suministro de agua potable y depuración, no se aplican sus normas por determinación expresa de su artículo 12, motivo por el que le es aplicable, a contrario sensu, el artículo 40.1, a), del TRLCSP, es decir, no es susceptible de recurso especial.

Por tanto, al tratarse de un contrato de concesión de servicios, respecto del que solo se admite el recurso especial en el caso de tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada, que no es el caso del contrato de concesión objeto de este recurso al estar excluido del ámbito de la Directiva 2014/23/UE, al que al efecto está sujeto el régimen del TRLCSP, artículo 40.1, a), este Tribunal carece de competencia para conocer del recurso”.»

Pues bien, la doctrina expuesta en esta resolución es aplicable al caso, puesto que el contrato en cuestión es un contrato de concesión de la gestión de un servicio público, en el que el concesionario asume el riesgo operativo de la prestación. Como se ha expuesto, la Directiva 2014/23, de concesiones lo excluye de su aplicación y, por consiguiente, del ámbito de recurso especial. Además, y en todo caso, el valor estimado del contrato es 4.735.461,00 euros inferior al umbral al que se aplica la citada Directiva 2014/23, que actualmente se encuentra en 5.548.000 euros. Por todas estas razones, la conclusión es que esté Tribunal carece de competencia para conocer de este recurso y, por lo tanto, debe ser inadmitido.

Finalmente, así lo ha entendido el Pleno del Ayuntamiento de Aigües en la notificación del acuerdo de exclusión (documento número 167), en la que se instruye a la empresa recurrente que contra la decisión adoptada procede recurso potestativo de reposición o bien interposición directa de recurso contencioso-administrativo.



Cuarto. La misma conclusión debe aplicarse a lo que la empresa recurrente denomina, escrito de ampliación del recurso, como se ha reflejado en el último de los antecedentes de hecho de esta resolución, y que se dirige contra el acto de adjudicación del contrato de la misma fecha -19 de julio- que el acto de exclusión. Además de que dicho escrito no fundamenta mínimamente las razones por las que impugna dicha adjudicación, este Tribunal, por las razones expuestas, no es competente para conocer de dicha ampliación, que considerada como recurso debe ser inadmitido.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D.J.O.F.-C., en representación de la UTE TÉCNICAS VALENCIANAS DEL AGUA, S.A. Y SISTEMAS DE AUTOMATISMO Y CONTROL, S.A. (TECVASA-SACONSA), contra su exclusión por resolución de 19 de julio de 2018, del procedimiento "Contrato de gestión de servicios públicos mediante la modalidad de concesión, concesión servicio abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Aigües". Expediente. 297/2017, convocado por el Ayuntamiento de Aigües por formularse contra un contrato cuya revisión no corresponde a este Tribunal.

Segundo. Inadmitir la ampliación del recurso contra el acto adjudicación, adoptado igualmente por el órgano de contratación el 19 de julio de 2018.

Tercero. El levantamiento de la medida de suspensión del expediente, conforme al artículo 57.3 de la LCSP.

Cuarto. Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del



Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.