



**Recursos nº 630 y 679/2018 C.A. Castilla-La Mancha 40 y 46/2018**

**Resolución nº 885/2018**

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

En Madrid, a 5 de octubre de 2018.

**VISTOS** los recursos interpuestos por D. O. S. V. V. en representación de FCC AQUALIA, S.A., y por D. Emilio Herrera Llorente y D. Pascual Maximino Juan en representación de la UTE CONSTRUCCIONES ANTOLÍN GARCÍA LOZOYA, S.A., Y SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A., ambos contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Illescas de 30 de mayo de 2018 por el que se estima el recurso de reposición interpuesto por la Asociación de Vecinos AL SAGRA DE Illescas contra el Acuerdo de 5 de marzo de 2018 de convocatoria del *“procedimiento para la contratación en régimen de concesión del servicio público del abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado del municipio de Illescas”*, con expediente 672/2018, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** Con fecha 7 de marzo de 2018 se publicó en el perfil del contratante del Ayuntamiento y en el Boletín oficial de la Provincia de Toledo anuncio de licitación por el que se efectúa convocatoria para la *“Contratación, en régimen de concesión, del servicio público de Abastecimiento Domiciliario de Agua Potable y Alcantarillado del municipio de Illescas”* con expediente 672/2018.

**Segundo.** El contrato de gestión de servicio público se corresponde con los siguientes Códigos CPV: 65100000-4 Distribución de agua y servicios conexos; 65111000-4 Distribución de agua potable; 90400000-1 Servicios de alcantarillado; 90480000-5 Servicios de gestión del alcantarillado. El valor estimado del contrato se cifra en 40.557.116 euros. El plazo de ejecución se fija quince años.

El procedimiento de adjudicación del contrato es el abierto, de tramitación ordinaria con aplicación de pluralidad de criterios de adjudicación.



**Tercero.** Con fecha 6 de abril de 2018 la Asociación de Al-Sagra interpuso recurso de reposición contra el anuncio de licitación y contra los Pliegos que regían la licitación. El recurso de reposición fue estimado por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 30 de mayo de 2018, acordándose la anulación de la licitación. La publicación de este acuerdo en el perfil del contratante tuvo lugar en fecha 1 de Junio de 2018. El acuerdo se notificó a los licitadores, hoy recurrentes.

**Cuarto.** Disconforme con el contenido del Acuerdo del Pleno de 30 de mayo de 2018 estimatorio del recuro de reposición, FCC AQUALIA, S.A. (en adelante AQUALIA) reacciona mediante la interposición del presente recurso especial en materia de contratación. El recurrente invoca los siguientes motivos de impugnación: 1) Que el acuerdo del Ayuntamiento de Illescas de 30 de Mayo de 2018 ha sido adoptado impidiendo la continuación del procedimiento de licitación, adoleciendo de causa de nulidad o subsidiaria anulabilidad; 2) Que no procedía la interposición de un recurso de reposición frente a la publicación de la convocatoria y pliegos sino un recurso especial en materia de contratación, puesto que se trata de un contrato de gestión de servicio público recurrible de conformidad con el art. 40c 1.) del TRLCSP; 3) Y que, en consecuencia, el Ayuntamiento ha puesto fin al procedimiento resolviendo un recurso improcedente que encubre un desistimiento lo que no resulta ajustado a derecho.

Por su parte, la UTE CONSTRUCCIONES ANTOLÍN GARCÍA LOZOYA, S.A., y SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A., (en adelante LOZOYA) disconforme con el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Illescas de 30 de mayo de 2018 por el que se estima el recurso de reposición interpuesto por la Asociación de Vecinos AL SAGRA DE Illescas contra el Acuerdo de 5 de marzo de 2018 de convocatoria del *“procedimiento para la contratación en régimen de concesión del servicio público del abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado del municipio de Illescas”*, recurre el mismo e invoca semejantes motivos de impugnación que los esgrimidos por AQUALIA.

**Quinto.** El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal sendas copias del expediente de contratación acompañado de los oportunos informes a los recursos, en los que manifiesta de conformidad con el artículo 56 de 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 adelante, LCSP), que el Acuerdo de 30 de mayo de 2018 es ajustado a derecho tanto por resolver el recurso administrativo procedente frente al Anuncio de Licitación, que para este tipo de contratos es el de reposición, como por los fundamentos de fondo recogidos en dicho Acuerdo para estimar el recurso. Sostiene el órgano de contratación que en aplicación de lo establecido en el artículo 12 (exclusiones específicas en el Sector del Agua) de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, los contratos del ciclo integral del agua están excluidos de la aplicación de dicha Directiva, por lo que no son contratos sujetos a regulación armonizada (en adelante SARA).

**Sexto.** El 29 de junio de 2018, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso interpuesto por AQUALIA a los restantes licitadores para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, trámite que no evacuó ninguno de ellos.

Asimismo, el 18 de julio de 2018, se dio traslado del recurso interpuesto por LOZOYA a los restantes licitadores, con el resultado de que AQUALIA presentó alegaciones.

**Séptimo.** En fecha 16 de julio de 2018 la Secretaria del Tribunal, actuando por delegación del mismo, ha resuelto la denegación de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 (en adelante TRLCSP).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** Los recurrentes solicitan la anulación del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Illescas de 30 de mayo de 2018 que, estimando el recurso de reposición ya referido, acuerda la anulación del procedimiento de adjudicación.



No obstante, este Tribunal debe examinar con carácter previo al resto de cuestiones planteadas, el régimen jurídico aplicable al contrato que nos ocupa, cuya determinación va a tener efectos relevantes en el fallo de la presente resolución.

De conformidad con la Disposición Derogatoria de la LCSP, *“Queda derogado el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley”*.

La publicación de la LCSP tuvo lugar en el BOE de 9 de noviembre de 2017 y la entrada en vigor de la mayor parte del articulado de la LCSP se ha producido el día 9 de marzo de 2018, de conformidad con lo dispuesto en su Disposición Final decimosexta que contempla una *vacatio legis*, de cuatro meses. Así se establece que: *“La presente Ley entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». No obstante, la letra a) del apartado 4 del artículo 159 y la letra d) del apartado 2 del artículo 32, lo harán a los diez meses de la citada publicación; y los artículos 328 a 334, así como la Disposición final décima, que lo harán al día siguiente de la referida publicación. El tercer párrafo del apartado 1 del artículo 150 entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo”*.

En cuanto al régimen transitorio, de especial relevancia en este caso para conocer a qué norma se ajustan los actos de preparación y adjudicación de los contratos iniciados tras la publicación de la LCSP, hemos de tomar en consideración la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, a cuyo tenor: *“Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. 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. 2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.



Esta norma de derecho transitorio es similar a la establecida en su momento por la Disposición Transitoria 1ª del TRLCSP, así como a la incorporada en la Disposición Transitoria 1ª del Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre de revisión de precios.

De modo que la norma transitoria dispone que para fijar el régimen jurídico aplicable debe estarse al momento de publicación de la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato, cuando se trata como en el caso que nos ocupa, de tramitación de procedimientos abiertos. Este momento se ha de identificar con el de la *“publicación del anuncio de licitación”* al que se refiere tanto el artículo 142 del TRLCSP como el artículo 135 de la LCSP, pues así resulta de la interpretación sistemática y lógica de la norma, en tanto que por “convocatoria” hemos de entender “anuncio” (El diccionario de la Real Academia Española define convocatoria como “2. f. *Anuncio o escrito con que se convoca*”); y por “el procedimiento de adjudicación” hemos de entender la “licitación”. Luego el momento a que se refiere la Disposición Transitoria se identifica con el trámite contenido en el artículo 135 de la LCSP y a la sazón en el artículo 142 del TRLCSP, es decir con el “Anuncio de licitación”.

En el presente supuesto, el anuncio de licitación se publica en el Boletín Oficial de la Provincia y en el Perfil del contratante en fecha 7 de marzo de 2018. Y, en consecuencia, nos encontramos ante un expediente iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP y por ende sujeto al TRLCSP.

Por tanto, es de aplicación al presente expediente de contratación y en consecuencia al procedimiento de adjudicación, efectos y extinción del contrato, el TRLCSP.

**Segundo.** El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el marco del Acuerdo de prórroga del convenio de colaboración entre el entonces Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sobre atribución de competencias de recursos contractuales. Dicho acuerdo de prórroga se publicó, mediante resolución de 2 de febrero de 2016 de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en el Boletín Oficial del Estado, el 11 de febrero de 2016.



**Tercero.** Entre los dos recursos especiales interpuestos por AQUALIA y LOZOYA existe identidad sustancial, al dirigirse ambos contra el Acuerdo del Pleno de 30 de mayo de mayo de 2018 estimatorio del recurso de reposición interpuesto frente al anuncio de licitación, y al existir entre las pretensiones mantenidas identidad de razón. En consecuencia, se acuerda la acumulación de los recursos en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Del mismo modo, dicha acumulación procede de conformidad con el artículo 13 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del TACRC (RPERMC).

**Cuarto.** Las recurrentes se encuentran legitimadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48. 1 de la LCSP. En efecto, los recurrentes han concurrido en el procedimiento de licitación con sus respectivas proposiciones, lo que justifica su legitimación para la interposición del presente recurso.

**Quinto.** Los recursos han sido presentados en el registro del Tribunal en el plazo de quince días a contar desde la respectiva notificación a los recurrentes del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Illescas de 30 de mayo de 2018, objeto del presente recurso.

**Sexto.** En lo que afecta al fondo del asunto, interesa destacar de inicio, aspecto que no ha sido cuestionado por las partes, que la calificación jurídica del contrato de gestión de servicio público del abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado del municipio de Illescas se corresponde con la de un contrato de concesión de servicios, de los definidos y regulados por la Directiva 2014/23/UE.

A tenor de la definición del contrato de concesión de servicios recogida en el artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE, lo que resulta relevante para delimitar un contrato de servicios y un contrato de concesión de servicios es si del clausulado del contrato se aprecia o no la transferencia del riesgo operacional al contratista. Y tan es así que en caso de que no concurra esta circunstancia la calificación de un contrato de gestión de servicio público puede ser de contrato de servicios, ex Directiva 23/2014 con la consiguiente variación en



el régimen de recursos administrativos que procedan contra los actos dictados en el correspondiente procedimiento de adjudicación.

En el presente caso, y a tenor de la configuración del contrato, sí nos encontramos ante contrato de “*concesión de servicios*” (como argumenta el recurrente) en el que se asume el riesgo operacional por parte del adjudicatario, ya que la gestión del concesionario está expuesta a las incertidumbres del mercado de forma que la obtención de pérdidas o beneficios en la explotación del servicio estará directamente vinculada a los riesgos de demanda y suministro. En este sentido, las condiciones establecidas en el Pliego revelan una falta de garantía de que, en condiciones normales de funcionamiento, el contratista vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar los servicios que sean objeto de la concesión.

Asimismo, en la cláusula 28.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas se establece que el concesionario prestará el servicio “*a riesgo y ventura del adjudicatario*”. Significa esto que el concesionario, una vez establecidas las tarifas en sus ofertas, asume los riesgos inherentes a la prestación del servicio, asumiendo en su caso las pérdidas que se puedan generar en el cumplimiento normal del contrato. Hay que tener en cuenta, además, que en el Pliego se recoge el derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico del servicio en las causas excepcionales y ajenas al cumplimiento del contrato establecidas en la Ley, reguladas en el artículo 28 del Pliego, (modificaciones del contrato, fuerza mayor, ruptura sustancial de la economía del contrato, todas reflejo de las contempladas con carácter tasado en el artículo 282 del TRLCSP) pero estableciendo determinados límites para la reclamación del desequilibrio económico. Se considera, en fin, que existe riesgo operacional para el concesionario, a pesar del lógico mantenimiento del equilibrio económico de un contrato de tan larga duración y por las causas recogidas en el artículo 282 TRLCSP.

Además, conforme se establece en la Cláusula 35 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, las retribuciones del contratista están principalmente constituidas por las tarifas que perciba de los usuarios del servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado, motivos por los que los ingresos fluctuarán en base al incremento o decrecimiento de demanda de consumo por parte de los usuarios del servicio; lo que en definitiva, no asegura



al licitador que en todo momento se cumplan sus previsiones de ingresos. Así se recoge posteriormente en la cláusula 38 del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares, que establece que la concesión objeto del contrato se entiende celebrada a riesgo y ventura del concesionario y que en ningún caso, se considerará que existe ruptura del equilibrio financiero del contrato las variaciones al alza en el coste del personal adscrito al servicio derivadas de las relaciones entre el concesionario y trabajadores, así como tampoco, existiría ruptura del equilibrio cuando la evolución de las magnitudes tenidas en consideración por el adjudicatario para formular su oferta se produzca de forma diversa a la explicada en los estudios que deben acompañar su oferta.

Por ello, el riesgo operacional se entiende transferido al licitador adjudicatario, en tanto que el Pliego de Cláusulas no garantiza que los ingresos a obtener por el adjudicatario sean suficientes en todo momento para cubrir los costes del servicio o no se cumplan las proyecciones económicas establecidas en las ofertas y así se recoge expresamente en la cláusula 28 del Pliego, cuando expresamente dispone que no se entenderá ruptura del equilibrio económico y financiero de la concesión el ocasionado por las proyecciones que el concesionario realice en el modelo económico de su oferta.

En definitiva, nos encontramos ante un contrato de concesión de servicios cuyo objeto es el abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado.

Retomando la cuestión del régimen jurídico aplicable al presente contrato, ya hemos visto que, *ratione temporis*, el mismo se sujeta al TRLCSP y no a la LCSP. Ahora bien, dada la calificación jurídica expuesta del contrato que nos ocupa, hemos de estar tal y como expuso este Tribunal en resolución nº 1057/2017, al régimen jurídico aplicable a este contrato, como consecuencia del efecto directo de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, una vez se superó el periodo máximo de trasposición sin que ésta se hubiera efectuado por el Estado Español.

**Séptimo.** De acuerdo con el Artículo 8.1 de la Directiva 2014/23 *“la presente Directiva se aplicará a las concesiones de un valor igual o superior a 5.186 000 EUR”*. 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”* (el subrayado es nuestro).

Atendido como hemos dicho, que el plazo de transposición de las directivas expiró, debe aplicarse su texto a pesar de no haber sido incorporado al ordenamiento interno -a fecha 7 de marzo de 2018-, en virtud del denominado efecto directo de las directivas una vez vencido el plazo de transposición. Así, el Artículo 1.1.IV de la 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*”.

En este caso, entendemos que estamos ante un contrato de concesión de servicios regulado como tal concesión en la Directiva 2014/23/UE; Y dicha Directiva no se aplica a las concesiones adjudicadas en las materias a que se refiere su artículo 12 más arriba



transcritas, entre las que se encuentra el contrato que nos ocupa: es decir, se trata de una concesión de servicios no sujeta a regulación armonizada por no aplicarse dicha Directiva a este tipo de concesiones en materia de suministro de agua potable y alcantarillado. Y, por tanto, no 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. En otras palabras, 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.

Esta determinación tiene la siguiente explicación: 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 en el caso de contratos sujetos a regulación armonizada, y por otro, excluye, a contrario sensu, su admisión en los mismo contratos no SARA. 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 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. (...). 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 servicios 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 servicios públicos 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 también 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 aquéllas disposiciones que establece la DC 2014/23 UE 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”.*

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 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, como el que nos ocupa, 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 los 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.

**Octavo.** Pues bien, en el presente supuesto como venimos diciendo, 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, 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.



Este Tribunal ha resuelto recientemente en igual sentido en resolución nº 852/2017, acordando la inadmisión por falta de competencia en función de la naturaleza del contrato de gestión de servicio público de abastecimiento domiciliario de aguas, en el recurso nº 754/2017 interpuesto por AQUALIA, una de las empresas ahora recurrentes.

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, (y siendo éste el primer presupuesto a considerar antes de entrar en el resto de cuestiones), este Tribunal carece de competencia para conocer del recurso frente al Acuerdo del Pleno por el que se resolvió un recurso de reposición interpuesto frente a un acto dictado en un el procedimiento de licitación, pues sí que era procedente, por razón de la naturaleza del contrato, la interposición de un recurso administrativo ordinario frente a los actos dictados por el órgano de contratación. Y, asimismo, el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Illescas de 30 de mayo de 2018 fue notificado a los interesados con pie de recurso correcto, a los efectos de poder ser impugnado ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, por lo el presente recurso resulta inadmisibile.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Inadmitir los recursos interpuestos por D. O. S. V. V. en representación de FCC AQUALIA, S.A., y por D. Emilio Herrera Llorente y D. Pascual Maximino Juan en representación de la UTE CONSTRUCCIONES ANTOLÍN GARCÍA LOZOYA, S.A., Y SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A., ambos contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Illescas de 30 de mayo de 2018 por el que se estima el recurso de reposición interpuesto por la Asociación de Vecinos AL SAGRA DE Illescas contra el Acuerdo de 5 de marzo de 2018 de convocatoria del *“procedimiento para la contratación en régimen de concesión del servicio público del abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado del municipio de Illescas”*, con expediente 672/2018.



**Segundo.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 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 Castilla-La Mancha, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.