



Recurso nº 1372/2018 C.A. Principado de Asturias 109/2018

Resolución nº 96/2018

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

En Madrid, a 8 de febrero de 2019

VISTO el recurso interpuesto por D. A. L. B. P., en representación de VALORIZA AGUA S.L., contra el Acuerdo de no adjudicación de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Ribadesella para la *“Contratación la gestión del servicio público de abastecimiento de agua potable”*, expediente CON/2015/33, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 9 de junio de 2016 se publicó en el Boletín Oficial del Principado de Asturias el anuncio de la licitación del contrato de gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua potable de Ribadesella por concesión, con una duración de cinco años, en el expediente CON/2015/33.

Dicho anuncio no consta en el expediente de contratación. Tampoco consta que se haya publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea ni en el Boletín Oficial del Estado.

Segundo. El Pleno del Ayuntamiento de Ribadesella aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en lo sucesivo PCAP) a fecha de 25 de mayo de 2016.

El valor estimado del contrato se cifra en 10.930.049,79 euros y los gastos de primer establecimiento ascienden a 76.616,00 euros.

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

Tres. Al procedimiento de contratación concurrieron los siguientes licitadores:



- VALORIZA AGUA S.L.
- ASTURAGUA
- FACSA S.A.
- FCC AQUALIA S.A.
- OXITAL S.L.
- SOCAMEX S.A.
- HIDROGESTION S.A.
- SEASA S.A.
- SACONSA S.A.

Cuatro. Tras la apertura y valoración de las proposiciones de los licitadores que no resultaron excluidos, la Mesa de Contratación, mediante acta de fecha 24 de octubre de 2018, que no consta en el expediente, propuso la adjudicación del contrato a VALORIZA AGUA S.L. al ser la oferta más ventajosa en su conjunto.

Quinto. El Acuerdo del Pleno de 4 de diciembre de 2018 declara la no adjudicación del contrato a VALORIZA AGUA S.L. y es notificado a la misma mediante un amplio informe en el que se indica que la resolución es susceptible de recurso ordinario.

Dicho acuerdo recoge la motivación de la resolución, transcribiendo las intervenciones de los miembros del Pleno, que sucintamente se resumen en alegar la inadecuación de los pliegos para satisfacer el servicio licitado y su inexactitud en lo referente a los datos de consumo, las nuevas características de las necesidades del municipio, la conveniencia de incluir las reivindicaciones de los trabajadores en las condiciones de la licitación y finalmente las dudas en cuanto a la viabilidad de la oferta económica propuesta por la VALORIZA AGUA S.L.

Sexto. VALORIZA AGUA S.L. ha interpuesto recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de no adjudicación a fecha de 21 de diciembre de 2018.

Se solicita en el recurso la adopción de la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento.



Séptimo. El 14 de enero de 2019 la Secretaria del Tribunal, actuando por delegación del mismo, ha resuelto la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación.

Octavo. El órgano de contratación ha emitido informe en relación al recurso presentado.

Noveno. A fecha de 18 de enero de 2019 se ha dado traslado del recurso a los interesados a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente, trámite que ha sido evacuado ASTURAGUA y por FCC AQUALIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La recurrente interpone recurso especial en materia de contratación solicitando la anulación del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ribadesella de 4 de diciembre de 2018, por el cual se decide la no adjudicación a la misma del contrato de gestión de servicio público licitado.

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 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en lo sucesivo) y en el Convenio de colaboración entre el entonces Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencias de recursos contractuales de 3 de octubre de 2013 (BOE del 28 de octubre de 2013).

Tercero. La recurrente se encuentra legitimada para recurrir al amparo del 48 de la LCSP. En efecto, la recurrente ha concurrido en el procedimiento de licitación y fue propuesta como adjudicataria por la Mesa de Contratación, lo que justifica su legitimación para la interposición del presente recurso.

Cuarto. Este Tribunal debe examinar la concurrencia de los requisitos de admisibilidad del recurso, al amparo del artículo 22 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con carácter previo a entrar a analizar la controversia que plantea el recurso.



El Artículo 22.1 del Reglamento del TACRC declara que *“solo procederá la admisión del recurso cuando concurran los siguientes requisitos: (...) 3.º Que el recurso se refiera a alguno de los contratos contemplados en el artículo 40.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”*.

Por razón de la entrada en vigor de la LCSP se ha de partir de los apartados 1 y 4 de la Disposición Transitoria Primera LCSP, según la cual:

“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.

(...)

4. En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”.

Al socaire de esta Disposición Transitoria, la Resolución nº 437/2018, de 27 de abril, de este Tribunal, ha declarado que *“se aplica la Transitoria Primera,1, de la Ley 9/2017 para determinar los contratos susceptibles de recurso, que serán en los expedientes iniciados con anterioridad, los del TRLCSP, artículo 40.1. Y se aplicará la Transitoria Primera,4, párrafo segundo, para la determinación de los concretos actos susceptibles de recurso en expedientes iniciados con anterioridad, pero dictados después de la vigencia de dicha Ley, actos que son los del artículo 44.2 de la Ley 9/2017”*.

Quinto. En el presente supuesto resulta que el expediente de contratación se inició antes de la entrada en vigor de la LCSP, puesto que el anuncio de la licitación se publicó en el Boletín Oficial del Principado de Asturias a fecha de 9 de junio de 2016.



Por ello, en lo que se refiere a si el contrato es susceptible de recurso se aplica el artículo 40.1 del TRLCSP, según el cual:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 221.000 euros y

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.”

Adicionalmente, vista la fecha de publicación del anuncio de la licitación, debe de tomarse en consideración el efecto directo de 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 y de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, cuyos plazos de trasposición expiraron el 18 de abril de 2016.

Este Tribunal ya ha declarado en anteriores ocasiones que los procedimientos de contratación iniciados con posterioridad a la fecha de 18 de abril de 2016 y con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, se encuentran sujetos al efecto directo de dichas Directivas.

Así pues, por razón de la fecha de publicación del anuncio de la licitación, el presente contrato se encuentra sujeto al efecto directo de las directivas comunitarias referenciadas, efecto directo



que ha supuesto la desaparición de la figura del contrato de gestión de servicio público y que, por ende, ha incidido en el régimen jurídico del contrato que nos ocupa, debiéndose reconducir la presente licitación al ámbito, bien del contrato de servicios, bien del contrato de concesión de servicios.

A tenor de la definición del contrato de concesión de servicios recogida en el artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE, lo 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. En caso de que no concurra esta circunstancia la calificación de un contrato de gestión de servicio público será la de contrato de servicios, regulado en la Directiva 2014/24/UE.

En el presente caso, y con motivo de la configuración del contrato, nos encontramos ante un contrato de “concesión de servicios” en él que el adjudicatario debe asumir el riesgo operacional, 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 PCAP 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.

En efecto, la cláusula 1 del PCAP declara que *“en este contrato se transfiere al adjudicatario el riesgo operacional, incluyendo el riesgo de demanda y de suministro”*.

Seguidamente, la cláusula 22 del PCAP sostiene que *“la concesión que se regula en este Pliego se establece a riesgo y ventura del contratista, según el artículo 215 del TRLCSP; no pudiendo considerarse como causa de desequilibrio económico el no cumplimiento exacto de las simulaciones económicas que haya realizado el Ayuntamiento para la elaboración de este procedimiento ni las que hubieran podido realizarse por los licitadores en sus ofertas”*.

De conformidad con la cláusula 27 del PCAP, sobre retribución del concesionario, *“la concesión se establece a riesgo y ventura del concesionario. El Ayuntamiento no garantiza ni asegurará al concesionario un rendimiento mínimo”* y *“el concesionario no podrá alegar, para justificar el*



desequilibrio económico de la concesión, que las previsiones de su oferta y de su estudio económico no se han cumplido”.

En definitiva, nos encontramos ante un contrato de concesión de servicios, tal y como admite la recurrente.

Ahora bien, a contrario de lo sostenido por la recurrente, la condición de contrato de concesión de servicios no implica, por sí misma, que el contrato se incluya dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/23, y por consiguiente, se sujete a regulación armonizada. De acuerdo con el artículo 12 de la Directiva 2014/23 *“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”.*

En el presente supuesto el objeto del contrato de concesión de servicio es precisamente el abastecimiento de agua potable, contemplado en el apartado 1 del artículo 12 de la Directiva que se viene de transcribir. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la incidencia de la Directiva 2014/23 tanto en el régimen de recursos de los contratos de gestión de servicio público en general, como específicamente en el régimen de recursos de contratos de gestión del servicio público de abastecimiento de agua potable licitados por entidades locales.

En esta materia, la Resolución nº 885/2018, de 5 de octubre, este Tribunal ha declarado: *“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.”

La Resolución nº 852/2017, de 3 de octubre, acuerda igualmente la inadmisión del recurso nº 754/2017 en un supuesto de hecho similar.

Retornando la cuestión del régimen jurídico aplicable al presente contrato, ya hemos visto que, *ratione temporis*, el mismo se sujeta al efecto directo de las Directivas comunitarias, por lo que el razonamiento desarrollado en la Resolución 885/2018 le resulta plenamente aplicable.

En consecuencia, el servicio licitado por el Ayuntamiento de Ribadesella se encuentra excluido del ámbito objetivo de la Directiva 2004/23, razón por la cual este Tribunal carece de competencia para conocer del recurso frente al Acuerdo del Pleno, aplicando a *sensu contrario*, el artículo 40.1. a), del TRLCSP, en virtud del cual el contrato que nos ocupa no es susceptible de recurso especial.



Sexto. Por último, con la finalidad de agotar la argumentación que fundamenta la inadmisión del presente recurso se pasa a considerar la petición formulada en el hecho segundo del recurso, aunque no se reproduzca en el suplico del mismo, consistente en que, subsidiariamente, el recurso especial en materia de contratación interpuesto se repunte recurso de reposición.

A pesar de que por razón de la naturaleza del contrato sí que era procedente el recurso potestativo de reposición (artículo 52 de la Ley 7/1985, 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local), lo cierto es que dicho recurso resulta igualmente inadmisibile en esta sede, por falta de competencia de este Tribunal para conocer del mismo, al amparo del artículo 22 del Reglamento del TACRC.

Accesoriamente, el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ribadesella fue notificado a los interesados con el pie de recurso correcto, informando de la posibilidad de impugnación en vía administrativa ante el mismo Pleno o bien directamente en la vía contencioso-administrativa.

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. A. L. B. P., en representación de VALORIZA AGUA S.L., contra el acuerdo de no adjudicación de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Ribadesella de la *“Contratación de la gestión del servicio público de abastecimiento de agua potable”*, expediente CON/2015/33.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 de la LCSP.

Cuarto. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de conformidad con el

cual *“el error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, procede devolver el citado escrito al órgano de contratación para la tramitación del recurso administrativo que proceda.

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 del Principado de Asturias, 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.