

Recurso 364/2024
Resolución 398/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 18 de septiembre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HETEP S.A.**, contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Concesión de servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera con un valor anual medio estimado de cada Lote del contrato igual o superior a 200.000 € e inferior a 1.000.000 € (36 lotes)», (Exp. CONTR 2023 000117127), convocado por la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 y el 22 de agosto de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), respectivamente el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el mismo día. El valor estimado del contrato asciende a 102.079.950,30 €.

Según la cláusula I.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares el régimen jurídico del objeto del contrato es el siguiente:

“El Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) 9 n.º 1107/70 del Consejo.

- *La Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, LOTT).*
- *El Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, ROTT), modificado por Real Decreto 70/2019, de 15 de febrero, en lo que no se oponga a la LOTT.*
- *La Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía.*
- *La legislación reguladora de la contratación del sector público: 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), el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), en lo que no se opongan a la citada Ley, la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía (en adelante, Ley 12/2007), la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (en adelante, Ley 1/2014), el Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización*



administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados (en adelante, Decreto 39/2011); con carácter supletorio se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado”.

SEGUNDO. El 13 de septiembre de 2024 tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra los pliegos que rigen la licitación del contrato citado en el encabezamiento.

El 13 de septiembre se remite el recurso y se solicita por la Secretaría de este Tribunal el informe al recurso y documentación necesaria para su tramitación, conforme al artículo 56.2 de la LCSP.

A la fecha del dictado de esta Resolución, no se ha remitido ninguna documentación habiendo transcurrido el plazo legal establecido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

La naturaleza jurídica del contrato objeto del presente recurso es la de un contrato de concesión de servicios (apartado 2 de la Memoria Justificativa), no sujeto a regulación armonizada según la cláusula I.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares y del pliego de prescripciones técnicas (PCAP y PPT). Sobre la competencia interesa poner de relieve las siguientes cuestiones:

1. La Sentencia de la Audiencia Nacional, a efectos de determinar la competencia de este Tribunal con relación al objeto del contrato, y por ende del recurso especial.

Ha recaído sobre un asunto similar la Sentencia de 17 de enero de 2020 de la Audiencia Nacional, la cual estima un recurso contencioso administrativo interpuesto frente a una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC). El recurso 250/2018 fue interpuesto por una entidad recurrente contra la resolución de 22 de septiembre de 2017 nº 703/2017 del TACRC frente a un pliego de la Administración del Estado.

La Audiencia Nacional revocó la resolución con los siguientes argumentos:

“1. La Directiva 2014/23/UE (LCEur 2014, 535) del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, resulta directamente aplicable al presente caso, al no haber sido transpuesta al ordenamiento español antes del 18 de abril de 2016, fecha límite que para ello se establece en la misma Directiva.

2.El contrato objeto de licitación es un contrato de concesión de servicios de transportes regular de viajeros por carretera, lo que se infiere de las cláusulas del pliego de condiciones, ya que se transfiere a los contratistas-concesionarios el riesgo operacional de la explotación del servicio en el sentido del artículo 5.1 b) de la Directiva 23/2014.

La denominación que el TRLCSP (RCL 2011, 2050y RCL 2012, 106) reserva para estos contratos y que se emplea por la Administración para el contrato litigioso, es la de gestión de servicios públicos.

3.Sin embargo, tal y como dispone su artículo 10.3, dicha Directiva excluye de su ámbito de aplicación los contratos de concesión de servicios de transporte por carretera regulados por el Reglamento 1370/2007 (LCEur 2007, 2015) del



Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n° 1191/69 (LCEur 1969, 55) y (CEE) n° 1107/70 (LCEur 1970, 50) del Consejo.

4. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1 a) del TRLCSP, el recurso especial que las recurrentes han interpuesto únicamente está previsto para los contratos armonizados dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 23/2014, lo que no es predicable del contrato en litigio.

5. El artículo 5.7 del Reglamento 1370/2007 excluye su aplicación a los contratos sujetos a la Directiva 2014/23/UE y establece su propio régimen impugnatorio para los contratos sujetos al mismo y que es distinto del previsto en la Directiva 2014/23/UE.

6. Por lo tanto, el TACRC resulta ser objetivamente incompetente para conocer del recurso especial interpuesto por las recurrentes contra el acto impugnado.

La Sala por el contrario entiende, en el sentido propugnado por la parte actora, que es irrelevante la no transposición de las Directivas 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE (LCEur 2014, 536) del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativas a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (LCEur 2004, 1836, 3402 y LCEur 2005, 2637) porque no resulta posible la aplicación directa de una Directiva no transpuesta en perjuicio de los administrados y ello por la aplicación de la regla, ampliamente confirmada por la jurisprudencia del TJUE, según la cual el infractor no puede beneficiarse de su propia infracción.

En efecto, si el Estado Miembro, en este caso el Reino de España no ha llevado a cabo la transposición de la Directiva en el plazo establecido al efecto, debe asumir las consecuencias de su inactividad, y ello tanto en el caso de que se formule contra dicho Estado un recurso por incumplimiento, como inaplicando las Directivas en aquello que perjudique al administrado”.

2. Circunstancias concurrentes en el presente recurso especial.

1. El objeto del presente contrato de concesión de servicios se encuentra recogido en la Directiva 2014/23, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, cuyo art 10.3 establece:

"Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras [...]"

3. La presente Directiva no se aplicará a las concesiones de servicios de transporte aéreo basados en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del Reglamento (CE) no 1008/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) no 1370/2007."

La Ley 9/2017 de 8 de noviembre tiene por objeto "transponer 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".

La exclusión de la aplicación directa de las directivas europeas a estos contratos de concesión de servicios podría determinar, por tanto, que la LCSP no sea aplicable de modo directo (aunque sí supletorio). El marco legal que regula los contratos de concesión de servicio público es el delimitado por Reglamento (CE) n° 1370/2007, de 23 de octubre, del Parlamento Europeo y el Consejo, por el que se regulan los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de



ordenación de los transportes terrestres, el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento y las demás leyes a las que hace referencia el régimen jurídico del contrato ya reproducido.

La resolución 22 de septiembre de 2017 numero 703/2017 o la 229/2022 del TACRC no inadmite el recurso por tratarse de un contrato no sujeto a regulación armonizada, sino por tratarse de un contrato de concesión de servicio público de transporte de viajeros de uso regular, el cual tiene una regulación específica. El contrato se considera no sujeto a regulación armonizada como así se expone en el propio pliego en la cláusula I. 1, y reconoce la entidad recurrente que figura en el anuncio de licitación. La recurrente presenta recurso contra el anuncio y los pliegos rectores de la licitación invocando, que estos vulneran los principios de igualdad de trato y no discriminación y proporcionalidad.

Nos encontramos, por tanto, ante contratos de concesión de servicios en el ámbito del transporte regular de viajeros.

II. El PCAP establece que el pliego tiene por objeto regular un contrato de servicio público de transporte, bajo la modalidad de la concesión de servicios, contemplado en el artículo 3 Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) no 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo, así como, en el 9 de la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía.

El objeto del contrato, según la cláusula I.2 es la *“prestación del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera, en la modalidad de concesión, por la que el contratista los gestionará a su propio riesgo y ventura, haciendo suyos la totalidad de los ingresos derivados de su explotación.*

El derecho de explotación del servicio implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el articulado 15.2 de la LCSP”

La cláusula III.12.1 expresa que: *“la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura de la persona contratista”*.

La cláusula III.14 expresa por otro lado que: *“El derecho de explotación del servicio implicará la transferencia al contratista del riesgo operacional, en los términos señalados en el artículo 14.4 de la LCSP.*

El contratista explotará el servicio a su riesgo y ventura, teniendo derecho a:

a) Recibir las prestaciones económicas previstas en el cuadro de características de este Pliego, modificadas, en su caso, en los términos contenidos en su oferta”.

Por último, la cláusula IV.23 en materia de prerrogativas de la *“Administración, Jurisdicción y Recursos”* señala que:

“Las cuestiones litigiosas surgidas sobre la interpretación, modificación, resolución y efectos de los contratos administrativos, serán resueltas por el órgano de contratación competente, cuyos acuerdos pondrán fin a la vía administrativa, y contra los mismos se podrá interponer potestativamente recurso de reposición en el plazo de un mes ante el mismo órgano o recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses, contados desde el día siguiente al de su notificación o publicación. Por su parte, podrán ser impugnados, a través del recurso especial en materia de contratación, los actos enumerados en el artículo 44 de la LCSP”.



La cuestión objeto de debate se centra en determinar si se está ante un contrato de concesión de servicios sujeto al control del Tribunal a través del recurso especial en materia de contratación o si la Directiva 2014/23/UE excluye de su ámbito de aplicación este tipo de contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 10.3 que excluye de su ámbito de aplicación las concesiones adjudicadas por los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) nº 1370/2007.

Atendiendo a la esencia de las prestaciones del contrato, éste se configura como un contrato de concesión del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera sujeto a la normativa especial contenida en el Reglamento (CE) nº 1370/2007, expresamente excluido de la normativa de la Directiva 2014/23/UE y del régimen de los recursos especiales en materia de contratación administrativa contenidas en las Directivas comunitarias 2014/23/UE y se configura como unos pliegos que pertenecen a un régimen especial configurado en el artículo 5 del Reglamento (CE) nº 1370/2007.

III. No se cuestiona por la entidad recurrente, la naturaleza del contrato, como concesión de servicios, el cual resulta definido en el artículo 15 de la LCSP:

"1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior".

El concesionario asume el riesgo de demanda que se refleja en su retribución que recibe directamente del usuario a través de la venta de los títulos de transporte a los viajeros, cuyas tarifas se establecen a partir del precio ofertado (tarifa Km, expresada en €/viajero-km) que se aplica al factor kilométrico y a las matrices de distancias tarifarias definidas en proyecto de servicio público sin que exista ningún tipo de compensación a cargo de la administración. Los contratos de concesión de servicios de transporte regular de viajeros de uso general por carretera se encuentran regulados por el Reglamento (CE) 1370/2007, que regula los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, y por la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres. El art. 5.1 del Reglamento (CE) 1370/2007, expresa además que:

"Los contratos de servicio público se adjudicarán de acuerdo con las normas establecidas en el presente Reglamento. Sin embargo, los contratos de servicios o los contratos de servicio público, tal que definidos en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, respecto de los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús o tranvía, se adjudicarán con arreglo a los procedimientos establecidos en dichas Directivas cuando dichos contratos no adopten la forma de contratos de concesión de servicios en la acepción de esas Directivas".

El Reglamento excluye, por tanto, la aplicación de las Directivas de contratación cuando se trate de contratos de concesión de servicios. Dicha exclusión se encuentra igualmente recogida en la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, cuyo art. 10.3 dispone:

"La presente Directiva no se aplicará a las concesiones de servicios de transporte aéreo basados en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del Reglamento (CE) nº 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo 1, o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) nº 1370/2007".

Por su parte el art. 71 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestre (LOTT) establece: "Los transportes públicos regulares de viajeros de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la



Administración, pudiendo ser utilizados, sin discriminación, por cualquier persona que lo desee en las condiciones establecidas en esta ley y en las normas dictadas para su ejecución y desarrollo. (...) En lo no previsto en esta ley ni en la reglamentación de la Unión Europea acerca de los servicios públicos de transporte de viajeros por carretera o en las normas reglamentarias dictadas para la ejecución y desarrollo de tales disposiciones, la gestión de los referidos transportes se regirá por las reglas establecidas en la legislación general sobre contratación del sector público que resulten de aplicación a los contratos de gestión de servicios públicos".

El artículo 19.2.g) de la Ley 9/2017 dispone que no están sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su importe:

"Los que tengan por objeto servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril o en metro, así como las concesiones de servicios de transporte de viajeros, sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (CE) n.º 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007 (EDL 2007/211644), sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo".

De acuerdo con lo establecido por la Disposición Adicional Octava de la LCSP, en su apartado 1º, la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas que tengan por objeto alguna de las actividades enumeradas en el ámbito de aplicación objetiva de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirá por la presente Ley, resultando de aplicación la mencionada legislación vigente únicamente para determinar que contratos tendrán la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada.

El art. 20.g) del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, excluye de su regulación a los Servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril o en metro, así como las concesiones de servicios de transporte de viajeros, sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (UE) n.º 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo.

Este Real Decreto-ley 3/2020, al vincular la exclusión a la aplicación del Reglamento 1370/2007 determina que realicemos una consideración sobre su ámbito objetivo. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 1.2 del referido Reglamento, *"el presente Reglamento se aplicará a la explotación nacional e internacional de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y otros modos ferroviarios y por carretera, a excepción de los servicios que se explotan esencialmente por su interés histórico o su finalidad turística (...)".* Por su parte, el art. 2 define el *"transporte público de viajeros"* como *"servicios de transporte de viajeros de interés económico general ofrecidos a los usuarios sin discriminación y de forma continua"*. Esta definición concuerda con la que el art. 67 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres hace de los transportes públicos regulares de viajeros de uso general, que son *"(...) los que van dirigidos a satisfacer una demanda general, siendo utilizables por cualquier interesado"*.

IV. La consideración conjunta de los preceptos transcritos permite concluir que los contratos de concesión de servicios de transporte público de viajeros de uso general no conforman el ámbito material del recurso especial en materia de contratación contemplado en el art. 44.1 de la LCSP.

De la anterior regulación cabe extraer las siguientes consideraciones:



- a) Nos encontramos ante una concesión de servicios de transporte a la que le es de aplicación el régimen especial del Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, la LOTT y el ROTT como legislación sectorial y especial.
- b) Existe una preferencia de la legislación sectorial sobre las concesiones de transportes y, en consecuencia, la LCSP no es aplicable de modo directo, aunque sí supletoriamente.
- c) Está fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/23/UE (artículos 10 y 36) y por tanto no le resulta aplicable el régimen de los recursos especiales en materia de contratación administrativa. Siendo la normativa sectorial y especial de aplicación preferente a lo establecido en la LCSP, y gozando de primacía el Reglamento 1370/2007, respecto a la legislación interna, y siendo además de aplicación directa debe estarse al artículo 5.1 del reglamento en relación con lo dispuesto por el art. 10.3, de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 (EDL 2014/35496), relativa a la adjudicación de contratos de concesión, por lo que no cabe la posibilidad legal de acudir a un recurso especial en materia de contratación, sin que pueda achacársele falta de transposición de ninguna Directiva-

V. La consideración conjunta de los preceptos transcritos permite concluir que los contratos de concesión de servicios de transporte público de viajeros de uso general no conforman el ámbito material del recurso especial en materia de contratación contemplado en el art. 44.1 de la LCSP.

VI. Por tanto, la tesis argumental de que el art. 44.1.c) de la LCSP no excluye del ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación los contratos no sujetos a regulación armonizada, argumento de las Sentencias de la Audiencia Nacional, de 2 de enero de 2019, 17 de enero de 2020 y 17 de enero de 2020, bajo la aseveración de que no podría sostenerse que la Directiva no transpuesta no tiene un efecto directo en perjuicio de los administrados.

VII. Por ello destacamos que el motivo no debe basarse en si el art. 44.1.c) de la LCSP diferencia o no entre contratos sujetos o no a regulación armonizada

VIII. La cuestión es que se trata de un contrato de concesión de servicio público de transporte de viajeros de uso regular, que tiene su regulación específica. De este modo, teniendo una regulación especial y diferente los contratos de concesión de servicios de transportes de viajeros a que hace mención el artículo 5.7 del Reglamento (CE) nº 1370/2007, no puede aplicarse el régimen de recursos derivado de las Directivas de contratación pública 14/23 o 14/24. Es decir, no puede identificarse con el régimen de los recursos especiales en materia de contratación administrativa, pues señala este precepto 5.7 del Reglamento (CE) nº 1370/2007:

“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar que las decisiones adoptadas de conformidad con los apartados 2 a 6 puedan revisarse eficaz y rápidamente, a petición de la persona que tenga o haya tenido interés en obtener un contrato particular y que haya sido perjudicada o corra el riesgo de ser perjudicada por una supuesta infracción, cuando dichas decisiones han infringido el Derecho comunitario o normas nacionales de aplicación de dicho Derecho. Cuando los organismos responsables de los procedimientos de revisión no tienen carácter judicial, sus decisiones habrán de motivarse siempre por escrito. Además, en este caso, deberán adoptarse medidas para que toda supuesta medida ilegal adoptada por el organismo responsable de la revisión o todo supuesto defecto en el ejercicio de las competencias que le hayan sido conferidas puedan ser objeto de revisión judicial o de revisión por otro organismo que sea un órgano jurisdiccional con arreglo al artículo 234 del Tratado e independiente de la autoridad contratante y del organismo responsable de la revisión”.

Estos contratos, por tanto están excluidos de la LCSP, por lo que cabe concluir que, no estando incluido en el ámbito material del recurso especial en materia de contratación conformado por el art. 44.1 de la LCSP, este Tribunal no es



competente para la Resolución de las controversias que se planteen en torno a ellos, sin perjuicio de que, conforme a lo dispuesto por el apartado 6º del referido precepto, puedan ser recurridos de conformidad con lo establecido por la Ley 39/2015 de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

IX. La Sentencia 542/2023, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso, de la sección 5ª, de fecha 19 de septiembre de 2023, que pone fin al recurso 112/2022 ha confirmado la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 229/2022, de 7 de febrero de 2022 de la Comunidad Valenciana, dictados con los números 7, 9 y 11/2022 (recursos 28, 31 y 36/2022) por la que se inadmiten los recursos acumulados. El objeto del recurso eran los pliegos de los siguientes procedimientos:

- "Concesión de transporte público regular de viajeros mediante autobús CV-211: ELX rodalies" con un valor estimado de 27.926.641,56 euros (IVA excluido);
- "Concesión de Transporte Público Regular de Viajeros mediante autobús CV-202: Les Marines-Alacant" con un valor estimado de 32.434.241,88 euros (IVA excluido), y;
- "Concesión de transporte público regular de viajeros mediante autobús CV-302: VALENCIA/ALACANT/ELX", con un valor estimado de 25.671.995,4 euros (IVA excluido).

En ese caso, la resolución 229/2022 del TACRC inadmite el recurso especial pero no por tratarse de un contrato no sujeto a regulación armonizada, sino por tratarse de un contrato de concesión de servicio público de transporte de viajeros de uso regular, el cual tiene una regulación específica, coincidiendo con la motivación que este Tribunal ha expresado en esta resolución, siendo confirmada la inadmisión en dicho caso por el citado Tribunal Superior de Justicia.

A mayor abundamiento, este Tribunal administrativo conoce la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 28 de noviembre de 2018, asunto C-328/17 en cuanto que equiparaba el régimen de recurso previsto en el artículo 5.7 del Reglamento (CE) 1370/2007 con el recurso especial en materia de contratación, pues la misma se encuentra recogida en la sentencia anteriormente reproducida (Sentencia 542/2023) y que es valorada por el órgano judicial nacional para llegar a la conclusión indicada, es decir, que en tanto que dicho precepto no ha sido incorporado en nuestro ordenamiento interno se debe reconducir el mecanismo de impugnación al recurso facultativo de reposición y no al especial en materia de contratación.

Asimismo, es conocedor de diversas resoluciones del TACRC dictadas con anterioridad a dicha Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia que compartimos, sin embargo y en la línea de todo lo argumentado, a la hora de analizar la competencia de este Tribunal para resolver el presente recurso se ha llegado a una conclusión coincidente con el pronunciamiento judicial más reciente sobre esta cuestión y que precisamente resuelve un recurso contencioso-administrativo contra una resolución del TACRC que confirma la no aplicación del recurso especial en materia de contratación a las impugnaciones de las concesiones de servicios en el ámbito del citado Reglamento (CE) 1370/2007, postura que como hemos indicado, comparte este Tribunal.

Este Tribunal, por tanto, no resulta competente para resolver el recurso interpuesto.

SEGUNDO. Consideración en virtud del artículo 44.6 de la LCSP.

Una vez sentado lo anterior, cabe recordar que el artículo 44.6 de la LCSP dispone que «*Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*», por lo que en atención al principio de colaboración



interadministrativa, procede remitir el escrito de recurso especial presentado ante este Tribunal al órgano competente, en base a lo establecido en los artículos 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y 116 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HETEPAS.A.**, contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Concesión de servicio público de transporte regular de viajeros de uso general por carretera con un valor anual medio estimado de cada Lote del contrato igual o superior a 200.000 € e inferior a 1.000.000 € (36 lotes)», (Exp. CONTR 2023 0001117127), convocado por la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda, este Tribunal, para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho segundo de esta resolución.

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

TERCERO. Remitir el escrito de recurso al órgano de contratación a los efectos oportunos, de acuerdo con lo señalado en el fundamento de derecho segundo.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

