



Roj: **SAN 3511/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3511**

Id Cendoj: **28079230042017100359**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **28/06/2017**

Nº de Recurso: **418/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000418 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04798/2015

Demandante: WISAG AVIATION SERVICE GMBH & CO.KG

Procurador: D.RAFael GAMARRA MEJÍAS

Letrado: D. CARLOS GONZÁLEZ-BUENO

Demandado: AENA AEROPUERTOS, S.A.

Codemandado: GLOBALIA HANDLING S.A.U E IBERHANDLING, S.A.U, IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SOCIEDAD ANÓNIMA OPERADORA, SOCIEDAD UNIPERSONAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA MARTÍN VALERO

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintiocho de junio de dos mil diecisiete.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **418/2015** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido la entidad **WISAG AVIATION SERVICE GMBH & CO.KG** representada por el Procurador D. Rafael Gamarra Mejías y asistida del Letrado D. Carlos González Bueno contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 6 de julio de 2015, que inadmite las reclamaciones interpuestas por la misma contra las resoluciones de adjudicación del procedimiento de " *Prestación a terceros de los servicios aeroportuarios de asistencia en tierra en la categoría*



de servicios de rampa ", en distintos aeropuertos, que fue convocado por Aeropuertos Españoles y navegación Aérea (AENA); habiendo comparecido como parte demandada AENA, representada por la Abogacía del Estado; y como codemandadas las entidades GLOBALIA HANDLING S.A.U E IBERHANDLING, S.A.U, representada por el Procurador D. Noel Alain Dorremochea Guiot, e IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SOCIEDAD ANÓNIMA OPERADORA, SOCIEDAD UNIPERSONAL, representada por el Procurador D. José Luis Pinto-Marabotto-Ruiz.

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA MARTÍN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 29 de julio de 2015 declarándose su admisión mediante Decreto de fecha 1 de septiembre de 2015, con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda en el plazo de veinte días, lo que verificó mediante escrito presentado el 5 de mayo de 2016, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) dicte en su día Sentencia estimatoria de dicho recurso, por la que, estimando íntegramente las pretensiones de esta parte: 1) declare no ser conforme a Derecho y anule la Resolución del TACRC impugnada, disponiendo que dicho órgano era competente para haber entrado a conocer de las reclamaciones interpuestas por mi representada; 2) declare asimismo nulo (o subsidiariamente, anulable), el acto que fue objeto de impugnación ante el TACRC, por virtud del cual AENA excluyó la oferta planteada por mi mandante en los expedientes tramitados por dicha entidad con los números 289/14, 290/14, 297/14 y 302/14 y deje sin efecto la adjudicación que ha sido acordada en esos cuatro expedientes, y 3) ordene la retroacción de actuaciones al momento en que tuvo lugar la exclusión de la oferta realizada por mi representada en cada uno de esos cuatro expedientes, con el fin de que por parte de AENA, se proceda a la valoración íntegra de la misma, con inclusión expresa de la propuesta económica presentada bajo la denominación de "Pesimista", y se resuelva nuevamente la adjudicación; o subsidiariamente de dicha retroacción, se reconozca el derecho de la recurrente a que se le indemnicen los perjuicios derivados de la actuación administrativa impugnada en la cuantía que se establezca en ejecución de sentencia; 4) subsidiariamente de lo pedido en los párrafos 2 y 3 precedentes, y para el caso de que el Tribunal al que nos dirigimos considere que no procede entrar a conocer del fondo del asunto, devuelva las actuaciones al TACRC con el fin de que dicho órgano ejerza su competencia para conocer de las reclamaciones planteadas por mi mandante y tramitadas con los números 574 a 577/15, ambas inclusive; 5) condene en todo caso en las costas a la parte demandada si se opone a la presente demanda>>.

TERCERO.- La Abogacía del Estado, en representación de AENA, contestó a la demanda mediante escrito presentado el 28 de junio de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- La representación procesal de las entidades GLOBALIA HANDLING S.A.U E IBERHANDLING S.A.U contestó a la demanda mediante escrito presentado el 1 de septiembre de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

QUINTO.- La representación procesal de la entidad IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SOCIEDAD ANÓNIMA OPERADORA, SOCIEDAD UNIPERSONAL contestó a la demanda mediante escrito presentado el 2 de septiembre de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

SEXTO.- Denegado el recibimiento del pleito a prueba se presentó por las partes escritos de conclusiones, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 24 de mayo de 2017, continuando la deliberación en sucesivas sesiones hasta el día 14 de junio de 2017.

SÉPTIMO.- La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad WISAG AVIATION SERVICE GMBH & CO.KG (en adelante WISAG) interpone recurso contencioso administrativo contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) de fecha 6 de julio de 2015, que inadmite las reclamaciones interpuestas por la misma contra las resoluciones de adjudicación del procedimiento de " Prestación a terceros de los servicios aeroportuarios de asistencia en tierra en la categoría de servicios de rampa ", en distintos aeropuertos, que fue convocado por Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA).



SEGUNDO.- WISAG había interpuesto frente a dichos acuerdos de adjudicación reclamaciones de las previstas en el artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre .

El TACRC inadmite tales reclamaciones al considerar que el contrato no está sometido a la Ley 31/2007. Reconoce que los servicios objeto de licitación tal y como están descritos en el Anexo I del Pliego de Condiciones, les podrán ser de aplicación varios de los CPV detallados en el Reglamento (CE) 213/008 de la Comisión. Entre ellos, cabría citar los códigos 63110000-3 (servicio de manipulación de la carga), y 63112100-8 (servicios de manipulación de equipajes de pasajeros), ambos de la categoría 20 del Anexo II-B de la LCSE y que, claramente, se corresponderían con las categorías 3 y 4 del citado Anexo 1 del Pliego. Pero considera que ello carece de relevancia ya que no nos encontramos ante contrato de servicios sino de concesión de servicios, pues los adjudicatarios de los servicios objeto de licitación no percibirán contraprestación alguna por parte de AENA, sino que serán retribuidos por la explotación del servicio con cargo a las tarifas, a abonar por los usuarios, reguladas en la cláusula 7 del Pliego de aplicación y en su Anexo X, asumiendo por otro lado el riesgo económico de la gestión del servicio; contratos que están excluidos de la citada Ley por su artículo 18.3.j).

A continuación se plantea si cabría recalificar las reclamaciones como recursos especiales en materia de contratación acogidos al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 17 de noviembre, en los términos previstos en su artículo 40 . Y adopta una solución negativa, argumentando que el contrato de concesión es, como señala el artículo 277 TRLCSP una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, siendo así que el artículo 8 TRLCSP deja claro que el contrato de gestión de servicios públicos "es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante". Y resulta que AENA, en tanto que sociedad mercantil estatal, no tiene el carácter de Administración Pública a los efectos del artículo 3.2 TRLCSP y, obviamente, no es una de las tales Mutuas.

TERCERO.- La parte recurrente comienza su demanda precisando que la pretensión que ejercita es que se anule la resolución impugnada y se declare que el TACRC sí tenía competencia para conocer de las reclamaciones ante él formuladas, y que, por razones de economía procesal, la Sala entre a conocer la cuestión de fondo, en lugar de devolver el expediente al TACRC para que éste se pronuncie sobre las reclamaciones.

En cuanto a la competencia del TACRC manifiesta que la propia AENA indicó, en los anuncios publicados en el DOUE, que la competencia para resolver los recursos recaía sobre dicho órgano. No obstante lo anterior, discrepa de los motivos en que ha basado el TACRC para rechazar su competencia. Afirma que la argumentación es contradictoria, pues al considerar que las contrataciones que nos ocupan están excluidas tanto del ámbito de aplicación de la LCSE como del TRLCSP, afirma una cosa y la contraria. Esto es, sostiene que estamos ante una concesión de servicios de las que contempla el artículo 18.3 j) de la LCSE (que por ello, quedaría excluida del ámbito de aplicación de la LCSE), y, al mismo tiempo, defiende que la concesión es una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos que sólo pueden concertar las Administraciones Públicas y las Mutuas, condición que no tiene AENA (de donde se seguiría que la contratación queda también excluida del TRLCSP).

Considera que esta interpretación infringe el artículo 21 de la Directiva 96/67/CE del Consejo, de 15 de octubre de 1996 , relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad, así como de principios fundamentales del Tratado interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), pues equivale a afirmar que el ordenamiento jurídico español no contempla la posibilidad de recurso frente al acto en virtud del cual AENA resolvió excluirla de los procedimientos de selección de agentes de asistencia en tierra en los cuales licitó. Esta Directiva fue traspuesta al derecho español por el RD 1161/1999, de 2 de julio, que sin embargo incorporó en su artículo 14 lo dispuesto en el artículo 11 de la Directiva sobre el proceso de selección de agentes, pero no hizo trasposición del artículo 21 para garantizar el derecho de recurso. España únicamente ha desarrollado el derecho de recurso en adaptación de las Directivas sobre contratación pública, circunscrito al ámbito de éstas y restringido a determinados contratos incluidos en él, mediante la reclamación prevista en la LCSE y el recurso especial en materia de contratación del vigente TRLCSP. Por ello entiende que, sólo una interpretación del ordenamiento jurídico español que permita dar cabida en el supuesto que nos ocupa a la reclamación de la LCSE (subsidiariamente, recurso especial del TRLCSP), respetará la exigencia del citado artículo 21 de la Directiva, habida cuenta que AENA es un poder adjudicador sometido a la normativa sobre contratación pública.

En consecuencia, alega que procedía la reclamación prevista en el artículo 101 de la LCSE, puesto que no estamos ante un contrato de concesión de servicio a que se refiere la exclusión del artículo 18.3.j) LCSE, por las siguientes razones:



1.- AENA, S.A está comprendida en el concepto de "entidad contratante" que define el artículo 3.2.b) LCSE, y consiguientemente, quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley los contratos referidos a su ámbito objetivo que AENA celebra, y en el caso de contratos que quedan fuera de su ámbito de aplicación, por estar por debajo el umbral cuantitativo que esta establece, o por quedar excluidos en aplicación de sus artículos 14 y 18, se aplican las normas pertinentes del TRLCSP (D.A 4ª LCSE).

2.- AENA, S,A es un poder adjudicador de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3.3.b) del TRLCSP y queda sujeta en los contratos que celebre a las disposiciones de dicho Texto referidas a los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administraciones Públicas.

3.- AENA es "entidad gestora" de los aeropuertos a efectos del artículo 2.c) la Directiva 96/67/CE , tal y como contempla expresamente el Real Decreto 1161/1999, y el artículo 7.2 del Real Decreto Ley 13/2010 le atribuye cualesquiera funciones " que la normativa nacional o internacional atribuya a los gestores aeroportuarios ".

4.- No nos hallamos antes "concesiones" que AENA adjudique para la ejecución de actividades ejercidas por dicha entidad, pues en el caso que nos ocupa, AENA no ejerce los servicios de asistencia de tierra en los aeropuertos a los cuales se refieren estas licitaciones y, por tanto, no transfiere ningún riesgo operacional referido a los servicios objeto de adjudicación, porque no asume riesgo alguno con respecto a ellos. Precisamente si AENA ejercitase las actividades de asistencia en tierra objeto de adjudicación en los aeropuertos españoles de la red gestionada por ella, la selección de agentes de asistencia en tierra para la prestación de todos o algunos de esos servicios no podría llevarla a cabo ella, sino la Dirección General de Aviación Civil (Ministerio de Fomento).

5.- En consecuencia, nos hallamos antes contratos de servicios y por tanto ha de estarse a la naturaleza de los servicios de asistencia en tierra que constituyen su objeto para determinar si resulta aplicable la reclamación prevista en el artículo 101 de la LCSE o si, en su defecto, es aplicable el recurso especial en materia de contratación del artículo 40 del TRLCSP.

6.- En el Anuncio de las licitaciones que publicó AENA en el Suplemento al DOUE de 12 de agosto de 2014, la entidad contratante proclamó, en el punto II.1.2 ("Tipo de contrato..."), que se trataba de servicios incluidos en la "Categoría de servicio nº 1: Servicios de mantenimiento y reparación"; categoría que forma parte de los Servicios a que se refiere el artículo 15.1 LCSE, de acuerdo con el Anexo II.A de dicha norma. Sostiene que aunque consideráramos que esa clasificación es errónea, una adecuada reclasificación nos llevaría a mantener que se trata, en todo caso, de servicios comprendidos dentro de las categorías 1 a 16 del Anexo II de la LCSE. Así, aunque aisladamente consideradas, algunas prestaciones de los servicios objeto de la licitación pudieran entrar en la categoría 20 del Anexo II B la LCSE, por ser susceptibles de corresponderse con los Códigos CPV 63110000 -3 (servicio de manipulación de la carga), y 63112100 -8 (servicios de manipulación de equipajes de pasajeros), los servicios de mayor valor económico no se corresponden con tal categoría: es el caso del enumerado en la cláusula 1 del Pliego bajo los epígrafes 2º y 4º y cuyo contenido describe con mayor detalle el Anexo I del pliego, bajo la rúbrica "Asistencia a las operaciones en pista". Se trata de servicios conexos del transporte aéreo, que no tienen clasificación posible en ninguna de las categorías del Anexo II B. En cambio, se encuadran claramente en el Código CPV 60440000-4 ("Servicios aéreos y servicios conexos"), que pertenece a la Categoría 3 ("Servicios de transporte aéreo: transporte de pasajeros y carga, excepto el transporte de correo") del Anexo II A. O el servicio de deshielo de la aeronave (apartado individual dentro de la CATEGORIA 6 de los comprendidos en el Anexo del Real Decreto 1161/1999) que, aisladamente considerado, tendría encuadre en los códigos CPV 50211000-7 (Servicios de reparación y mantenimiento de aeronaves) y 50211100-8 (Servicios de mantenimiento de aeronaves) y claramente en todo caso en el código CPV 50200000-7 (Servicios de reparación, mantenimiento y servicios asociados relacionados con aeronaves, vías férreas, carreteras y la marina), como servicios asociados relacionados con aeronaves, códigos todos ellos que pertenecen a la categoría 1 del Anexo II A de la LCSE.

En todo caso, en una apreciación de conjunto, la totalidad de los servicios objeto de contratación globalmente considerados son claramente servicios conexos del transporte aéreo, que corresponden al Código CPV 60440000-4 ("Servicios aéreos y servicios conexos") y pertenecen a la Categoría 3 ("Servicios de transporte aéreo: transporte de pasajeros y carga, excepto el transporte de correo"). Por tanto, están dentro del Anexo II A de la LCSE, por lo que resulta plenamente aplicable la reclamación prevista en el artículo 101 y, por ende, el TACRC debió conocer de la reclamación

Y es evidente que también se cumple el requisito adicional impuesto en el artículo 16 de la LCSE para contratos de suministro y servicios, como es el de que su valor estimado, excluido el IVA, sea igual o superior a 414.000 euros. Aunque AENA no fijó el valor estimado del contrato, a cada uno de los contratos de las características de los que aquí nos ocupan (prestación de servicios de rampa en los aeropuertos con más tráfico aéreo de



España, por un periodo de siete años), ha de serle asignado con toda claridad un valor estimado superior a los 414.000 euros que exige el referido precepto.

Con carácter subsidiario, si se entendiera que la contratación queda excluida del ámbito de la LCSE, procedería el recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo 40 y s.s del TRLCSP, en relación con la D.A 4ª de la LCSE.

CUARTO.- Con carácter previo, conviene exponer brevemente la evolución normativa del régimen jurídico de AENA y de la gestión aeroportuaria.

Las funciones de gestión de la navegación aérea y de las infraestructuras aeroportuarias en los aeropuertos civiles eran asumidas, tradicionalmente, por el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, a quien correspondía también la prestación de servicios de asistencia en tierra, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3562/1972, de 23 de diciembre, y la Orden 2876/1973, de 18 de octubre. Tales disposiciones permitían que dichos servicios fueran prestados directamente por el citado organismo o bien por una empresa mediante concesión administrativa, otorgada a través de un concurso público, sin perjuicio de la posibilidad de autoasistencia por parte de las compañías aéreas, con la que podía concurrir.

Por exigencias de la normativa comunitaria, se ha producido un progresivo proceso de liberalización, que se inició con los servicios en tierra, a partir de la Directiva 96/67/CE, del Consejo, de 15 de octubre, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad Europea, que obligaba a las autoridades aeroportuarias a dar entrada a agentes de asistencia en tierra, y que fue traspuesta al ordenamiento jurídico español por el RD 1161/1999, de 2 de julio, como posteriormente analizaremos más detenidamente.

La reforma estructural que determinó la separación de las funciones de la gestión aeroportuaria de las de navegación aérea, se inició con la Ley 9/2010 de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo y se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios, fijándose determinadas condiciones laborales para los controladores de tránsito aéreo (BOE de 15 de abril), en la que se identificó de manera separada a los gestores aeroportuarios de los proveedores de servicios de navegación aérea, abriendo las puertas a otros proveedores civiles distintos de AENA, en una forma de liberalización del servicio.

El siguiente paso en este proceso de liberalización y modernización lo constituye el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo (BOE de 3 de diciembre), que prevé la creación de AENA AEROPUERTOS S.A., entidad a quien se transferiría la titularidad de la red de aeropuertos de AENA para su gestión y explotación.

El artículo 7 del RDL 13/2010, habilitaba al Consejo de Ministros para que, antes del 28 de febrero de 2011, procediera a la constitución de AENA AEROPUERTOS S.A., lo que tuvo lugar con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2011, autorizando la constitución de la sociedad según lo previsto en el artículo 166 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE de 4 de noviembre). Se modifica, así, la gestión aeroportuaria, de forma que las competencias sobre navegación aérea permanecen en manos de la Entidad Pública Empresarial AENA, mientras que la gestión de la actividad aeroportuaria, será llevada a cabo por AENA AEROPUERTOS, S.A.

AENA AEROPUERTOS, S.A se configura como una Sociedad mercantil estatal de las previstas en el Artículo 166 de la Ley 33/2003 de 3 de Noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Y en cuanto a su régimen jurídico, se rige por lo dispuesto en la legislación mercantil, sin perjuicio de la normativa administrativa que le es de aplicación en materia presupuestaria, patrimonial, contable y de control financiero, y de las especialidades previstas en el artículo 8 del Real Decreto Ley 13/2010, que determina, entre otros aspectos, su régimen de contratación, estableciendo: " a) *Aplicará el mismo régimen de contratación previsto para la entidad pública empresarial AENA, teniendo la consideración entre sí y con respecto a la Administración General del Estado de empresas asociadas a los efectos de la Ley 31/2007, de 30 de octubre sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Asimismo en la gestión de los bienes patrimoniales que se le asignan según lo previsto en el artículo siguiente, garantizará en las contrataciones que realice para ello, que las mismas se ajustan a los principios de concurrencia, publicidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación* ".

Por otro lado, conforme a lo dispuesto en el art. 9 todos los bienes de dominio público estatal adscritos a la entidad pública empresarial AENA que no estuvieran afectos a los servicios de navegación aérea, incluidos los destinados a los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, dejaron de tener naturaleza de bienes de dominio público, quedando integrados en el patrimonio de AENA AEROPUERTOS, S.A.. A efectos del nuevo sistema de gestión, la Disposición Transitoria 3ª del mismo RD Ley estableció en su apartado tercero que "



comenzado el ejercicio efectivo sus obligaciones y funciones, Aena Aeropuertos, S.A. se subrogará en todos los contratos de cualquier naturaleza relacionados con la gestión aeroportuaria que haya suscrito la entidad pública AENA subsistiendo de pleno derecho las garantías otorgadas con anterioridad"; y en su apartado cuarto que " las concesiones demaniales otorgadas por la entidad pública empresarial AENA sobre bienes de dominio público aeroportuario se transformaran en contratos de arrendamiento manteniéndose las mismas condiciones, términos y plazos vigentes, siempre que preste su conformidad el concesionario en el plazo otorgado al efecto por AENA Aeropuertos S.A, que no podrá ser inferior a 30 días. Si el concesionario no se mostrase conforme o no contestase en plazo quedará extinguida la concesión y se procederá a su liquidación" .

El artículo 10 del RDL 13/2010 , por su parte, posibilita la explotación individualizada de aeropuertos mediante un contrato de concesión de servicios aeroportuarios, en el que el concesionario asuma la gestión del aeropuerto a su propio riesgo y ventura, o mediante la creación, por acuerdo del Consejo de Ministros, de sociedades filiales a las que se les aplicará el mismo régimen jurídico previsto para AENA AEROPUERTOS S.A. En esta línea se crearon, en julio de 2011, dos sociedades filiales, la Concesionaria del aeropuerto de Barcelona-el Prat, S.A. y Concesionaria del aeropuerto de Madrid-Barajas, S.A., separando la gestión de los dos aeropuertos. El artículo 11.1 puntualiza que para la adjudicación de estos contratos de concesión de servicios aeroportuarios «Aena Aeropuertos S.A.» *se ajustará a los procedimientos de licitación pública establecidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre , sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales».*

Finalmente, el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, cambia la denominación de la sociedad mercantil estatal "AENA AEROPUERTOS, S.A", que pasa a denominarse AENA, S.A, mientras que la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), pasa a denominarse ENAIRE.

QUINTO.- Partiendo de lo expuesto, y centrándonos en el ámbito de la contratación, la Ley 48/1998, de 30 de diciembre sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CE y 92/13/CE, regulaba en su Disposición Adicional Cuarta el régimen del organismo público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, estableciendo en su apartado 1º que " *El Organismo público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), en lo no previsto en la presente Ley, ajustará su régimen de contratación al derecho privado "*.

La Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, en su Disposición Derogatoria Única declara expresamente vigente esta Disposición.

Así pues, en cuanto a la sujeción de AENA, SA a la Ley 31/2007, a tenor de lo dispuesto en su artículo 3.2.b) esta tiene carácter de entidad contratante, al tratarse de una "Empresa pública", entendiéndose por tal " *las entidades públicas empresariales de la Administración General del Estado así como las entidades de igual carácter de las Comunidades Autónomas y de las entidades que integran la Administración Local, las sociedades mercantiles de carácter público y toda aquella entidad u organismo sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen "*. Y como tal entidad contratante está incluida en el apartado 9 de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 31/2007 .

Ahora bien, el hecho de que pueda ser incluida en el ámbito subjetivo de la Ley no significa que lo esté todo procedimiento de licitación promovido por la misma, ni que, aún sometido el contrato a la Ley, quepa la reclamación establecida en los artículos 101 y s.s de la misma, pues la propia norma establece también unos límites objetivos y unas exclusiones, tanto en uno como en otro caso.

Por otro lado, tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, su Disposición Adicional 8ª, apartado 2 º establece que: "La celebración por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre se regirá por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada. *Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada "*.

En cuanto a la eventual sujeción de AENA, S.A al RDL 3/2011, la misma formaría parte del sector público a tenor de lo dispuesto en su artículo 3.1 d): « *Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa*



o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100 ». No obstante, hay que tener en cuenta que, como en el caso de la Ley 31/2007, lo que realmente determinará la sujeción del procedimiento de licitación a la Ley y la posibilidad de interponer, en su caso, recurso especial en materia contractual contra los actos que en el mismo se dicten, vendrá determinada por la naturaleza del contrato así como por su cuantía.

Por tanto, hemos de concluir que en relación con los procedimientos de licitación convocados por AENA, S.A y en función del ámbito objetivo del contrato, tanto en cuanto su naturaleza como en cuanto a su cuantía, puede ser de aplicación a la preparación y adjudicación de los contratos: la Ley 31/2007, el TRLCSP o el derecho privado. Y aun siendo de aplicación las dos primeras normas, no todos los contratos que las mismas contemplan son susceptibles de la reclamación prevista en el artículo 101 Ley 31/2007 o del recurso especial en materia de contratación, contemplado en el artículo 40 TRLCSP.

Muestra de ello es que esta misma Sala ha analizado dos supuestos de procedimientos de licitación convocados por Aena Aeropuertos, S.A (actualmente AENA), llegando a conclusiones diferentes según el ámbito objetivo del contrato sujeto a licitación. Así, en la SAN (4ª) de 4 de mayo de 2015, en la que se planteaba si era susceptible de recurso especial en materia de contratación, y por lo tanto competencia del TACRC, la adjudicación de un " *contrato de servicios para el control de la fauna en el aeropuerto de Ibiza* ", se dio una respuesta positiva, al considerar que por su cuantía el contrato estaba excluido de la Ley 31/2007, y que en aplicación de la Disposición Adicional 8ª TRLCSP apartado 2º, era de aplicación esta norma, y en concreto el artículo 40.1 b) al tratarse de un contrato de servicios de la categoría 27 del Anexo II de la Ley cuyo valor estimado era superior a 200.000 euros.

Sin embargo, en la SAN (4º) de 2 de diciembre de 2015 (rec. 46/2014), en la que se suscitaba la cuestión de si eran susceptible de recurso especial en materia de contratación los pliegos y el acuerdo de adjudicación de un procedimiento para la contratación por la sociedad AENA AEROPUERTOS S.A (actualmente AENA, S.A) del " *arrendamiento de superficie para la instalación, explotación, mantenimiento, reposición y recaudación de seis (6) máquinas (dos dobles y una simple en terminal T1 y tres simples en terminal T2) de protección de equipajes por plastificación, precintado u otro sistema en el aeropuerto de Barcelona, El Prat (ref. expediente C/BCN/155/2013)*", la conclusión fue negativa teniendo en cuenta que << (...) *no es AENA AEROPUERTOS S.A. a quien va dirigida ni se entiende con ella el servicio de plastificación y embalaje. Tampoco se trata de un servicio que deba ser prestado por la sociedad gestora del aeropuerto. De hecho, no se presta en todos los espacios y aeropuertos gestionados por esta entidad, o por lo menos no existe precepto o reglamento que indique lo contrario. Son los particulares, los viajeros o usuarios de las instalaciones aeroportuarias, quienes libremente pueden o no utilizarlos, tratándose de una prestación que da la empresa adjudicataria al cliente que así lo solicite. No es AENA AEROPUERTOS S.A. ni la receptora ni la destinataria; en definitiva, no se trata de un servicio que debiera ser prestado por la mercantil, que se presta indirectamente por otra sociedad, ni la propia entidad que lo adjudica la destinataria del servicio prestado* >>.

Las Normas Generales de Contratación de AENA, que obran en el expediente administrativo, recogen en su artículo 1º el sistema de fuentes aplicable a la contratación que realice dicha entidad, señalando al efecto que: << *La presente Norma Interna de Contratación tiene por objeto la regulación de las actuaciones incluidas en el proceso general de contratación de Aena Aeropuertos, S.A (en adelante Aena Aeropuertos) en materia de obras, suministros, servicios y asistencias técnicas.*

Quedan sometidos a la presente Norma, los contratos relativos a las categorías mencionadas excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios enumerados en el anexo II.B de esta Ley, con excepción de lo previsto en los artículos 34 y 67, que se regirán en todo caso por lo estipulado en la citada Ley, los contratos que se adjudiquen para fines que guarden relación con las actividades a que se refiere el artículo 12.b) de dicho texto legal, siempre que en estos dos últimos casos no se trate de contratos sujetos a regulación armonizada.

Para los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 31/2007, la presente Norma tendrá carácter supletorio respecto de la regulación establecida en aquélla, resultándose de aplicación exclusivamente aquellos apartados previstos en la Norma que no se encuentren regulados en la citada Ley.

Quedan excluidas las áreas que se detallan a continuación, para las que existe su correspondiente normativa: Operaciones financieras y de tesorería; personal; bienes inmuebles; concesiones; convenios de colaboración; convenios de adhesión; gastos complementarios y arrendamientos >>

SEXTO.- Partiendo de lo expuesto vamos a analizar la naturaleza de los servicios y el contenido del contrato objeto de licitación



La prestación de los servicios de asistencia en tierra o *handling*, declarados de naturaleza pública estatal, se atribuyó inicialmente al organismo autónomo Aeropuertos Nacionales en el momento de su creación, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3562/1972, de 23 de diciembre, y la Orden 2876/1973, de 18 de octubre.

La Directiva 96/67 del Consejo de 15 de octubre de 1996, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad, parte del carácter indispensable de la asistencia en tierra para el correcto funcionamiento del transporte aéreo y la utilización eficaz de las infraestructuras aeroportuarias y se orienta a su apertura al mercado en régimen de libre competencia, de forma progresiva y adaptada a las necesidades del sector. Considera que la apertura del acceso al mercado de la asistencia en tierra es una medida que debe contribuir a reducir los costes de explotación de las compañías aéreas y que mejorará la calidad ofrecida a los usuarios; y que el libre acceso al mercado de la asistencia en tierra es compatible con el buen funcionamiento de los aeropuertos comunitarios.

En el ámbito interno, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, inició la incorporación al ordenamiento español de dicha Directiva, fijando los criterios conforme a los cuales podrán establecerse por vía reglamentaria, limitaciones a la prestación del servicio de asistencia en tierra, estableciendo en su Disposición Adicional Cuadragésima que:

" 1. De conformidad con lo establecido en la Directiva 96/67/CE, del Consejo, de 15 de octubre de 1996, podrán establecerse limitaciones en la prestación del servicio de asistencia en tierra a aeronaves, pasajeros y mercancías, así como al derecho a la autoasistencia en los aeropuertos españoles, en los términos que reglamentariamente se establezcan y en base a los siguientes criterios:

- a) Tráfico anual de pasajeros o carga.
- b) Capacidad del aeropuerto.
- c) Razones operativas o de seguridad de los recintos aeroportuarios.
- d) Protección social de los empleados.
- e) Autofinanciación de las entidades gestoras de los aeropuertos.
- f) Reciprocidad con terceros países.

2. Asimismo, se autoriza al Gobierno para que, reglamentariamente, determine los supuestos y condiciones en que procederá la declaración de obligación de servicio público, en la prestación del citado servicio de asistencia".

En cumplimiento de esta Disposición se dicta el RD 1161/1999, de 2 de julio, por el que se regula la prestación de los servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos de interés general.

La asistencia en tierra, tal y como está definida en el Real Decreto 1161/1999 (art. 2) son los servicios prestados a un usuario en un aeropuerto, entendiéndose por tal toda persona física o jurídica que transporte por vía aérea pasajeros, correo o carga con origen o destino en ese aeropuerto. Los servicios de asistencia en tierra son los que se incluyen en el Anexo y comprenden con carácter general diversas actividades como la asistencia administrativa en tierra y la supervisión, la asistencia a pasajeros, la asistencia a equipajes, la asistencia de carga y correo, la asistencia de operaciones en pista, la asistencia de limpieza y servicio de la aeronave, la asistencia de combustible y lubricante, la asistencia de mantenimiento en línea, la asistencia de operaciones de vuelo y administración de la tripulación, la asistencia de transporte de superficie o la asistencia de mayordomía (catering).

El régimen de prestación de dichos servicios en los aeropuertos de interés general se liberaliza, a excepción de los servicios de rampa, en relación con los cuales en razón del espacio disponible, la capacidad, la seguridad y demás condiciones propias de un aeropuerto, el número de agentes o usuarios que presten servicios de asistencia ha de quedar limitado y se encomienda a la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) la gestión de las infraestructuras aeroportuarias que, por su complejidad, coste económico o impacto en el medio ambiente, deban mantenerse bajo la responsabilidad de la autoridad aeroportuaria.

Estos servicios pueden ser prestados en régimen de autoasistencia por los propios usuarios, o en régimen de asistencia a terceros mediante agentes de asistencia en tierra que cuenten con la correspondiente autorización para actuar como tales.

Los servicios de rampa son aquellos que se prestan esencialmente en la rampa del aeropuerto y comprenden:

- 1.º Asistencia de equipajes.



2.º Asistencia a las operaciones en pista.

3.º Asistencia de combustible y lubricante.

4.º Asistencia de carga y correo en lo que respecta a la manipulación física de la carga y del correo entre la terminal del aeropuerto y el avión, tanto a la llegada como a la salida o en tránsito.

Los servicios objeto de licitación en este supuesto consisten en la prestación a terceros de esta categoría de servicios de asistencia en tierra que son los servicios de rampa, en relación con los cuales el número de agentes que pueden prestarlos queda limitado a dos por categoría en los aeropuertos cuyo tráfico anual sea superior a un millón de pasajeros o a 25.000 toneladas de carga transportada por avión, y a uno en los aeropuertos cuyo tráfico anual sea inferior. Si bien estos números pueden ser incrementados cuando las condiciones del aeropuerto lo permitan.

AENA puede prestar también directamente estos servicios o autorizar a otra empresa controlada por la entidad, para la prestación, si bien será tenida en cuenta a efectos de la determinación del número de agentes de asistencia en tierra antes señalados.

No obstante, a partir del 1 de enero de 2001, al menos uno de los agentes de asistencia en tierra seleccionado deberá ser independiente de AENA, de los usuarios que durante el año anterior al de la selección hayan transportado más del 25 por 100 de los pasajeros o de la carga registrada en el aeropuerto y de entidades que controlen o estén controladas directa o indirectamente por AENA o por dicho usuario (ART. 14.3 RD 1161/1999).

SÉPTIMO.- La selección de estos agentes de asistencia en tierra para los servicios de rampa se ha de realizar de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 14.1RD 1161/1999 , salvo en el caso de que los mismos sean prestados por AENA, en cuyo caso no precisa someterse a este procedimiento de selección.

Estas reglas son las siguientes:

a) AENA, previa consulta con el Comité de usuarios, aprobará el pliego de condiciones o especificaciones técnicas a las que deban atenerse los interesados. Los criterios de selección previstos en el pliego de condiciones o especificaciones técnicas habrán de ser adecuados, objetivos, transparentes y no discriminatorios y harán, cuando proceda, referencia a la obligación de la subrogación del personal de agente de asistencia a relevar.

b) AENA convocará la licitación, que se publicará en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, en la que podrán participar todos los agentes de asistencia en tierra interesados.

c) Los agentes de asistencia serán seleccionados por AENA, previa consulta al Comité de Usuarios, siempre que AENA no preste servicios similares en el aeropuerto y no controle, directa ni indirectamente, o tenga participación en una empresa que preste los mismos servicios en dicho aeropuerto.

d) En los restantes casos, la selección será realizada, previa consulta al Comité de Usuarios e informe de AENA, por la Dirección General de Aviación Civil, que aprobará previamente el pliego de condiciones o especificaciones técnicas y convocará la licitación.

e) Los agentes de asistencia serán seleccionados por un período de siete años.

f) Si un agente de asistencia cesa en su actividad antes de que expire el período para el que ha sido seleccionado, será sustituido por el mismo procedimiento.

g) Los agentes de asistencia seleccionados deberán disponer de la autorización a que se hace referencia en el artículo 9 y quedarán obligados a la prestación del servicio durante el período para el que fueron seleccionados.

Una vez seleccionados, los agentes de asistencia en tierra deberán suscribir un contrato con AENA, en el que se reflejarán, en todo caso, las condiciones de utilización del dominio público aeroportuario (tras el RDL 13/2010, todos los bienes de dominio público estatal adscritos a la entidad pública empresarial AENA que no estén afectos a los servicios de navegación aérea, ya no tienen la naturaleza de bienes de dominio público) las medidas para asegurar la continuidad de los servicios de asistencia y las normas de conducta a observar para la buena gestión del aeropuerto (artículo 8).

Este contrato que es distinto de aquellos que suscribirán los agentes seleccionados con los usuarios de los servicios de asistencia en tierra. Es indudable que estos últimos se rigen en todas sus fases por el derecho privado, pero el régimen jurídico aplicable es más complejo respecto del contrato que los agentes han de suscribir con AENA, que es el que aquí estamos examinando.



En los Pliegos de condiciones que rigen las licitaciones se indica expresamente que "(...) se entiende, en virtud de lo estipulado en el artículo 8 del citado Real Decreto 1161/1999, de 2 de julio, que los agentes de asistencia en tierra que presten servicios a terceros quedan obligados a suscribir, previamente a tal prestación, un contrato con Aena en el que se reflejarán, en todo caso, las condiciones de utilización de los bienes e infraestructuras aeroportuarias titularidad de Aena y las medidas para asegurar la continuidad de los servicios de asistencia en tierra.

Por ello, habiéndose previsto seleccionar (...) agentes de asistencia en tierra para la prestación de servicios de rampa, se aprueba el presente Pliego de Condiciones de Prestación de la actividad (en adelante Pliego), que tiene por objeto el establecimiento de las condiciones y del procedimiento de licitación para la selección de (...) agentes de asistencia en tierra en el Aeropuerto de (...), así como la regulación de las actuaciones a realizar por los agentes seleccionados, las condiciones de utilización de los bienes de Aena y las medidas para asegurar la continuidad de los servicios de asistencia en tierra del Aeropuerto de (...).

Esto es, el objeto no es la relación contractual entre los agentes de handling y los transportistas aéreos usuarios del servicio, sino la relación jurídica entre AENA y el agente de handling, tanto en lo que se refiere a la utilización de los bienes e infraestructuras de AENA como en lo relativo a la adopción de las medidas necesarias para asegurar que los agentes seleccionados podrán prestar el servicio durante el tiempo de duración del contrato, prestando asistencia a cada uno de los usuarios que lo soliciten, con el que habrán de suscribir el correspondiente contrato privado. Aunque también se establecen las condiciones en las que este servicio deberá ser prestado.

OCTAVO.- La cuestión que se debate en el presente procedimiento es la procedencia de interponer frente a los actos dictados en el seno de este procedimiento de licitación, y en concreto frente a la resolución de adjudicación, la reclamación contemplada en los artículos 101 y s.s Ley 31/2007, de 30 de octubre, o en su caso, el recurso especial en materia de contratación previsto en el TRLCSP y la propia competencia del TACRC para resolver tales medios de impugnación.

El artículo 21 de la Directiva 96/67 del Consejo de 15 de octubre recoge el derecho al recurso, estableciendo que: "Los Estados miembros o, si procede, las entidades gestoras, velarán por que todas las partes que justifiquen un interés legítimo dispongan de derecho de recurso contra las decisiones o medidas individuales adoptadas en aplicación del apartado 2 del artículo 7 y de los artículos 11 a 16.

Dicho recurso deberá poder interponerse ante un órgano jurisdiccional nacional o ante una autoridad pública distinta de la entidad gestora del aeropuerto de que se trate y, en su caso, independiente de la autoridad pública que controle a esta última".

El derecho al recurso se garantiza pues, tanto mediante la posibilidad de impugnación ante un órgano jurisdiccional como ante una autoridad pública distinta de la entidad gestora del aeropuerto de que se trate y, en su caso, independiente de la autoridad pública que controle a esta última.

No se comparte, pues, el criterio de la parte recurrente de que sólo un recurso ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales garantice este derecho. Habrá de ser el legislador nacional el que opte por uno de esos dos medios de impugnación.

El problema que se plantea es que el Real Decreto 1161/1999, que traspone la Directiva 96/67/CE no ha desarrollado ese artículo 21 concretando los medios de impugnación que proceden frente a las decisiones adoptadas en el ámbito del artículo 11, y en consecuencia, para garantizar ese derecho al recurso habrá que estar a lo dispuesto con carácter general en la normativa interna vigente. En este sentido, la STJUE de 2 de septiembre de 1998, asunto C-76/97, recuerda que: << (...) corresponde al Derecho interno de cada Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente para resolver los litigios que se refieran a derechos individuales, derivados del ordenamiento jurídico comunitario, quedando entendido, no obstante, que los Estados miembros tienen la responsabilidad de garantizar, en cada caso, una protección efectiva de tales derechos. Hecha esta salvedad, no corresponde al Tribunal de Justicia intervenir en la solución de los problemas de competencia que pueda plantear, en el plano de la organización judicial nacional, la calificación de determinadas situaciones jurídicas fundadas en el Derecho comunitario>>.

Para ello es preciso determinar la naturaleza que tiene este contrato. El TACRC considera que nos encontramos ante una concesión de servicios excluida de la Ley 31/2007 por el art. 18.1.j) de este texto legal, y en consecuencia de la reclamación a que se refiere el art. 101 y s.s Ley 31/2007. Y frente al que no cabe tampoco recurso especial en materia de contratación toda vez que el TRLCSP contempla la concesión como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos que sólo puede ser suscrito por las Administraciones Públicas o las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Por ello inadmitió las reclamaciones planteadas ante el mismo.



Sin embargo la parte recurrente sostiene que se trata de un contrato de servicios - como lo calificó la propia AENA en el anuncio de licitación, que además indicó que la competencia para resolver los recursos correspondía al TACRC-, que comprende varios de los incluidos en el Anexo del RD 1161/1999, pudiendo incluirse la mayor parte de ellos en el Anexo II A Ley 31/2007, por lo que procede la reclamación regulada en los artículos 101 y s.s.; y en su defecto, el recurso especial en materia contractual previsto en los artículos 40 y s.s TRLCSP, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2º de la Disposición Adicional 8ª de dicho Texto Legal .

NOVENO.- Ciertamente, la argumentación del TACRC puede resultar *a priori* un tanto contradictoria, pues por una parte afirma que nos hallamos ante una concesión de servicios para el desarrollo de alguna de las actividades contempladas en los artículo 7 a 12 (en este caso, la explotación de una zona geográfica para la puesta a disposición de los transportistas aéreos de los aeropuertos) y como tal excluida de la Ley 31/2007 por su artículo 18 j, y posteriormente manifiesta que no estamos ante una concesión de servicios públicos regulada en el TRLCSP, puesto que éste sólo puede celebrarse por las Administraciones Públicas o las Mutuas.

Ahora bien, la Sala comparte la conclusión de que la licitación que nos ocupa no está sometida al ámbito de aplicación de la normativa de contratos públicos, ya sea la Ley 31/2007 o el TRLCSP, si bien por razones no totalmente coincidentes con las ofrecidas por la resolución impugnada.

En primer lugar, hemos de partir de la clasificación efectuada por AENA en los anuncios de licitación incluyéndolo en el CPV 63730000 "servicios complementarios para el transporte aéreo", los cuales están incluidos en el Anexo II B de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

Es preciso tener en cuenta que en el anexo III de la Ley 31/2007 se indica, bajo la rúbrica "Información que debe figurar en los anuncios de licitaciones en los procedimientos abiertos", cual es el caso, que en los mismos debe señalarse la naturaleza del contrato y la "categoría del servicio a efectos del anexo II A o II B y descripción del mismo -número de referencia en la nomenclatura- y en el anexo VI, bajo la rúbrica "Información que debe figurar en los anuncios sobre contratos adjudicados", como también es el caso, se establece, como información que se publicará en el "Diario Oficial de la Unión Europea", la "naturaleza del contrato (suministro, obras o servicios) y número de referencia en la nomenclatura".

Ahora bien, el TJUE en la Sentencia de 24 de septiembre de 1998 (asunto C-76/97) antes citada, declaró que << (...) según el apartado 3 del artículo 1 del Reglamento n° 3696/93 , la clasificación prevista en la CPA debe ser utilizada con fines estadísticos y que, según el punto 1 de la Recomendación 96/527, el CPV solamente está destinado a la redacción de anuncios y otras comunicaciones publicados en el ámbito de la adjudicación de contratos públicos. De ello se infiere que los servicios que figuran en la categoría 2 del Anexo I A y en la categoría 25 del Anexo I B no pueden ser interpretados a la luz de la CPA o del CPV >>.

Por tanto, el hecho de que el código con el cual se anunció el contrato sea uno de los incluidos en el Anexo II B de la Ley 31/2007 no implica que esté sometido necesariamente a la misma, sino que habrá que analizar su verdadera naturaleza.

También hay que tener en cuenta que el Pliego de Condiciones, en su Cláusula 12 recoge el régimen jurídico aplicable, estableciendo en su apartado 2 que: " El presente Pliego se regirá por lo dispuesto en el artículo 8 del RD 1161/1999 y demás normativa de aplicación a los contratos que deban suscribir los gestores aeroportuarios en relación con los servicios de asistencia en tierra. Resultará asimismo de aplicación: i) el capítulo I del Título II del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre; ii) La Orden FOM/1525/2011, de 7 de junio; iii) el título VI de la Ley 1/2011, de 4 de marzo; iv) La Ley 21/2003, de 3 de julio de Seguridad Aérea; y v) su normativa de desarrollo, en el ámbito de las materias reguladas por estas normas. Supletoriamente, serán de aplicación las restantes normas de derecho privado ". No se hace referencia alguna a la Ley 31/2007 ni al TRLCSP.

DÉCIMO.- En primer término hemos de excluir, y en este punto compartimos el criterio del TACRC, que estemos ante un contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, regulado en los artículos 275 y s.s TRLCSP, puesto que de conformidad con el artículo 8 de la Ley, éste solo puede ser suscrito por una Administración Pública o una Mutua, condiciones que no reúne AENA, S.A.

Excluida la consideración del contrato como de gestión de servicios públicos, hemos de plantearnos si estamos ante una concesión de servicios relativa a la explotación de una zona geográfica determinada, para la puesta a disposición de los transportistas aéreos de los aeropuertos, en cuyo caso quedaría excluida de la aplicación de la Ley 31/2007 tal y como ha apreciado el TACRC, o por el contrario se trata de un contrato de servicios, y de ser así, si está incluido en la Ley 31/2007.

A estos efectos, la STJUE de 15 de octubre de 2009, dictada en el asunto C-196/08 , Acosat establece los siguientes criterios distintivos entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios:



1.- La cuestión de si una operación debe calificarse o no de «concesión de servicios» o de «contrato público de servicios» ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario (véase en particular la sentencia de 18 de julio de 2007 , Comisión/Italia, C38 2/05 , Rec. p. I6657, apartado 31).

2.- La diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación del servicio (véase en particular la sentencia de 10 de septiembre de 2009, WAZV Gotha, C206/08, Rec. p. I-0000, apartado 51). En un «contrato público de servicios» en el sentido de las Directivas 2004/18 y 2004/17, la contrapartida es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador del servicio (véase en particular la sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C458/03 , Rec. p. I85 85, apartado 39). Existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trate (véanse, en particular, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, C437/07 , apartados 29 y 31, y la sentencia WAZV Gotha, antes citada, apartados 59 y 68).

3.- El Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de una concesión de servicios en casos en los que la remuneración del prestador del servicio provenía de los pagos efectuados por los usuarios de un aparcamiento público, de un servicio de transporte público y de una red de teledistribución (véanse las sentencias Parking Brixen, antes citada, apartado 40; de 6 de abril de 2006 , ANAV, C41 0/04, Rec. p. I 3303, apartado 16 , y de 13 de noviembre de 2008 , Coditel Brabant, C32 4/07, Rec. p. I-0000, apartado 24).

4.- Según el artículo 17 de la Directiva 2004/18 , dicha Directiva no es aplicable a las concesiones de servicios, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en su artículo 3. Del mismo modo, el artículo 18 de la Directiva 2004/17 impide aplicar esta última a las concesiones de servicios otorgadas por entidades adjudicadoras que ejerzan una o varias de las actividades contempladas en sus artículos 3 a 7, cuando estas concesiones se adjudiquen para ejercer dichas actividades.

Por otra parte la STJUE de 10 de septiembre de 2009, dictada en el asunto C-206/08 WAZV Gotha, precisa que "(...) el hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE , siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídica pública de los servicios"

DÉCMOPRIMERO.- Aplicando la doctrina comunitaria hemos de concluir que el contrato no reúne las características propias de un contrato típico de servicios, por cuanto la contrapartida a la prestación de los servicios no procede de la entidad adjudicataria sino de los terceros usuarios de los mismos, mediante el pago de las correspondientes tarifas que se establecen en la Cláusula 7ª del Pliego de Condiciones.

Así, en el marco de los servicios de asistencia en tierra, la relación entre la entidad gestora del aeropuerto (AENA) y el agente que presta esos servicios a las compañías aéreas se concreta en un contrato mediante el cual la primera pone a disposición de los segundos las correspondientes infraestructuras aeroportuarias necesarias para la prestación del servicio. La entidad gestora recibe, a cambio de esa puesta a disposición de infraestructuras, el pago de una contraprestación por parte del operador, que tiene la consideración de prestación patrimonial de carácter público (artículo 68 Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea). Este, a su vez, se vale de los espacios asignados en sus relaciones comerciales con terceros, es decir, con los usuarios que se obligan a pagarle por los servicios llevados a cabo. Además, el agente de asistencia en tierra seleccionado, asume el riesgo empresarial derivado de la prestación del servicio.

La STJUE de 16 de octubre de 2003 (asunto C-363/01) declaró que: << (...) la Directiva (96/67/CE), en particular, su artículo 16, apartado 3 , se opone a que la entidad gestora de un aeropuerto supedita el acceso al mercado de la asistencia en tierra en el aeropuerto al pago, por el agente de asistencia en tierra o por el usuario que practique la autoasistencia, de un canon de acceso que constituya la contrapartida por la concesión de la posibilidad de ganancia y que se añada al canon que dicho agente o usuario abona por la puesta a disposición de instalaciones aeroportuarias. En cambio, dicha entidad puede percibir un canon de utilización de las instalaciones aeroportuarias, cuyo importe, que debe fijarse de conformidad con los criterios enunciados en el artículo 16, apartado 3, de la Directiva, tenga en cuenta el interés de la mencionada entidad en realizar un beneficio>>.

Ahora bien, no se produce una transferencia de riesgo de AENA al adjudicatario, por lo que sería dudosa también su calificación como concesión de servicios - que en todo caso estaría excluida de la Ley 31/2007- , puesto que no se trata de servicios que AENA tenga asumidos como de su competencia, y cuya gestión se encomiende a terceros, sino de servicios que, si bien son indispensables para el transporte aéreo, como



los califica la Directiva 96/67/CE, o de carácter esencial para el transporte aéreo, como los ha considerado en el ámbito interno el Tribunal Supremo (por todas, STS de 10 de noviembre de 2008 -rec. 2160/2006-), pueden ser prestados libremente en régimen de autoasistencia por las compañías aéreas o mediante agentes de asistencia en tierra que los prestan a tales compañías (terceros). No obstante, al estar su número limitado por razones de espacio disponible, capacidad, seguridad y demás condiciones del aeropuerto, el número agentes que pueden prestarlos deben ser seleccionados por AENA, salvo que esta decida prestar directamente la asistencia. En este último caso, aunque AENA no tiene que someterse al procedimiento de licitación, desarrollará la actividad en régimen de competencia con el resto de agentes seleccionados, en caso de ser varios. Por ello la Directiva 96/67/CE, señala en su Considerando 19 que dado que la entidad gestora del aeropuerto puede también prestar servicios de asistencia en tierra y que, por medio de sus decisiones, puede influir considerablemente sobre la competencia entre los agentes de asistencia; para que exista una competencia leal, es indispensable que se imponga a los aeropuertos una distinción contable entre sus actividades de gestión y regulación de infraestructuras, por una parte, y de prestación de servicios de asistencia, por otra.

DÉCIMOSEGUNDO.- Se trata pues, de un contrato de naturaleza especial que se rige por su normativa específica, la Directiva 96/67, traspuesta al ordenamiento español mediante el RD 1661/1999, que regula el procedimiento de licitación de la asistencia en tierra en la categoría de los servicios de rampa (pues el resto de las categorías de servicios son de acceso libre). Ello nos lleva a concluir que, no tanto por que se trate de una concesión de servicios sino por no tener encaje en ninguna de las categorías de contratos comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 31/2007, queda excluido de la misma.

La Sala comparte las conclusiones presentadas el 3 de mayo de 2017 por el Abogado General del TJUE, en el asunto C-701/15 sobre la eventual concurrencia de las Directivas 2004/17 y 96/67 (traspuestas al ordenamiento español por la Ley 31/2007 y el RD 1661/1999, respectivamente) cuando sostiene el criterio - y en esta línea se expresa también la Abogacía del Estado en este recurso-, de que en las licitaciones relativas a la asistencia en tierra la aplicación de la Directiva 2004/17 estaría excluida en favor de la correspondiente a la Directiva 96/67, cuyo ámbito de aplicación es diferente. Señala al respecto que las entidades gestoras, tienen una configuración peculiar que les permite actuar bien en cuanto poderes adjudicadores, bajo la cobertura de la Directiva 2004/17, bien en cuanto administradoras de las infraestructuras aeroportuarias, título que, al amparo de la Directiva 96/67, las faculta para coordinar y controlar las actividades de los diferentes operadores presentes en el aeropuerto. Esa duplicidad de papeles obliga a examinar qué tareas desempeñan en cada caso, y respecto de adjudicaciones como la controvertida en el litigio (adjudicación de espacios aeroportuarios a los agentes de asistencia en tierra) corresponden a la segunda categoría de funciones, regidas por la Directiva 96/67, sin que estén sujetas a los procedimientos reglados de la Directiva 2004/17.

Por tanto, al quedar excluido de la Ley 31/2007 no es susceptible de la reclamación a que se refieren los artículos 101 y s.s, ni del recurso especial en materia de contratación regulado en el TRLCSP, pues no se trata de ninguno de los contratos que, según el artículo 40 habilitan la interposición de dicho recurso.

DÉCIMOTERCERO.- Pr ocede, pues, desestimar el recurso, no obstante lo cual no procede imponer las costas a la parte recurrente teniendo en cuenta las serias dudas de derecho que plantea la cuestión suscitada y que los argumentos en base a los cuales se ha llegado a un pronunciamiento desestimatorio no son totalmente coincidentes con los de la resolución impugnada.

VISTOS los preceptos constitucionales y legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº 418/2015 interpuesto por la representación procesal de la entidad **WISAG AVIATION SERVICE GMBH & CO.KG** contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 6 de julio de 2015, que inadmite las reclamaciones interpuestas por la misma contra las resoluciones de adjudicación del procedimiento de "Prestación a terceros de los servicios aeroportuarios de asistencia en tierra en la categoría de servicios de rampa", en distintos aeropuertos, que fue convocado por Aeropuertos Españoles y navegación Aérea (AENA)

Sin imposición de costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.



Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el día mismo de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de la que yo, el Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ