



Recurso nº 1118/2024

Resolución nº 1412/2024

Sección 1ª

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

En Madrid, a 8 de noviembre de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. E.D.C., en nombre de BULL WRAPPING GLOBAL, S.L. contra la adjudicación del contrato de *“Arrendamiento de siete (7) espacios destinados a siete (7) máquinas de protección de equipaje y tres (3) espacios destinados a consigna, en el Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas”*, licitado por AENA SME SA con número expediente C/MAD 119/23, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 25 de julio de 2023 el Consejo de Administración de la sociedad mercantil estatal AENA SME SA (en adelante AENA) aprueba el inicio del expediente de contratación que nos ocupa: C/MAD/119/23 "Arrendamiento de siete (7) espacios destinados a siete (7) máquinas de protección de equipaje y tres (3) espacios destinados a consigna, en el aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas.

Segundo. En fecha 31 de julio de 2023 se publica en la página web de AENA el anuncio de la licitación, señalándose que los pliegos estarían a disposición de terceros en la misma página web de AENA. La fecha límite para presentación de ofertas en esta licitación inicial es el 29 de septiembre de 2023.

Tercero. En fecha 7 de mayo de 2024 se procede a la apertura de las ofertas económicas presentadas.



La Mesa de Contratación, a la vista de la evaluación técnica elaborada, acuerda, por unanimidad, proponer la adjudicación a la oferta presentada por la empresa TRAWELL CO S.p.A., por ser la oferta que presenta la mayor renta de las que cumplen los requisitos exigidos en los pliegos.

Cuarto. En fecha 30 de julio de 2024 el órgano de contratación acuerda adjudicar el contrato a la empresa TRAWELL CO S.p.A.

Quinto. En fecha 12 de agosto se interpone recurso contra dicha adjudicación ante este Tribunal.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 21 de agosto de 2024 acordando levantar la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que el expediente pueda continuar con sus trámites.

Séptimo. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC)."

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único. Sobre la competencia del Tribunal.

Este Tribunal es competente para conocer de las reclamaciones interpuestas frente a las actuaciones e materia de contratación desarrolladas por AENA, dada su condición de entidad contratante, siempre y cuando se reúnan los requisitos establecidos al efecto en el 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 (en adelante RDL 3/2020).

Por el contrario, este Tribunal no es competente para resolver el recurso especial interpuesto contra actuaciones seguidas por AENA en el marco de licitaciones sujetas a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). La razón para ello se encuentra en que AENA no es poder adjudicador como hemos señalado en nuestra Resolución 967/2024, tras analizar su operativa a la luz de la doctrina del TJUE sobre los requisitos exigidos para serlo.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante la licitación de un contrato que no se encuentra sujeta a ninguna de las dos normas citadas, por tratarse de un contrato de naturaleza patrimonial.

En efecto, el contrato se califica como arrendamiento y su objeto es la puesta a disposición de terceros de una serie de espacios, a cambio de una renta que se abonará por esos al titular de los bienes inmuebles que se ceden.

El contrato de arrendamiento de naturaleza patrimonial no se encuentra sujeto a ninguna de las normas señaladas, que rigen la preparación y adjudicación de contratos incluso de naturaleza privada.

Ahora bien, para ello es necesaria una previa labor de calificación, de análisis del contrato en cuestión, pues más allá del *nomen iuris*, dado por las partes, es la verdadera naturaleza de las prestaciones, la que determina su calificación jurídica y en consecuencia el régimen jurídico aplicable para su adjudicación y para la determinación de los efectos y extinción.

En el caso que nos ocupa esta labor ha sido ya realizada por este Tribunal para este mismo contrato en la Resolución nº 1498/2023 de 16 de noviembre de 2023 y en la Resolución nº



703/2024 de fecha 30 de mayo de 2024. Ambas resuelven recursos contra pliegos interpuestos por operadores económicos interesados en la licitación en el sentido de considerar que la licitación no tiene por objeto un contrato sometido a la LCSP ni al RDL 3/2020, con la consecuencia de la inadmisión por falta de competencia de este Tribunal.

En efecto, respecto del mismo contrato concluyeron lo siguiente:

El análisis de la naturaleza jurídica del contrato, determinante de nuestra competencia ha sido analizada en anteriores ocasiones por este Tribunal, siempre a la luz de lo señalado por el Tribunal Supremo en su sentencia 317/2021. En la Resolución nº 588/2022, de 19 de mayo de 2022 hemos señalado: Frente a ello debe indicarse en primer lugar que, tras la sentencia 317/2021 del Tribunal Supremo que se invoca, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas resoluciones sobre la cuestión controvertida planteada, singularmente en forma sustancialmente idéntica a este contrato y recurso, en los recursos 1845/2021, 1645, 1646, Expte. TACRC 1329/2023 4 1648 y 1649/2021 y 1728 y 1730/2021, que dieron lugar a las resoluciones 1884/2021, de 22 de diciembre, 1953/2021, de 29 de diciembre y 60/2022, de 20 de enero. En estas resoluciones, analizando las obligaciones que se imponían a los arrendatarios, hemos negado el carácter concesional de los contratos. Es el caso de la resolución nº 611/2021, de 21 de mayo de 2021, o de la resolución nº 1707/2021, de 25 de noviembre de 2021. En esta última afirmamos en sus fundamentos jurídicos segundo a quinto cuanto sigue: «Segundo. La primera cuestión que debe analizarse, en orden a valorar la propia competencia de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para resolver la reclamación planteada, es la comprobación de si el contrato a que se refieren los pliegos impugnados corresponde a la competencia revisora del mismo, lo que exige a su vez analizar específicamente la calificación jurídica del contrato en cuestión. En los pliegos se indica que se trata de un contrato de arrendamiento, concretamente de un “contrato de arrendamiento de espacios en la zona de salidas de los Aeropuertos de Adolfo Suárez Madrid-Barajas, Málaga Costa del Sol, Sevilla, Bilbao, Santiago-Rosalía de Castro y Jerez destinados a la realización de pruebas diagnósticas de infección activa para SARS-COV-2 y otros tipos de análisis clínicos”. De ser esa su verdadera calificación, el contrato tendría



naturaleza patrimonial, y estaría excluido del ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 3/2020, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 a), a cuyo tenor se excluyen de su ámbito de aplicación “la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles o relativos a derechos sobre estos bienes [...] (de igual manera, de conformidad con el artículo 9.2 de la LCSP, están excluidos del ámbito de aplicación de la misma los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles). Consecuentemente, quedaría también fuera del ámbito de conocimiento de este Tribunal, procediendo, en tal caso, la inadmisión de la reclamación formulada. Ahora bien, precisamente la naturaleza del contrato es cuestionada por parte de la entidad recurrente, que afirma que nos encontramos ante un contrato de concesión de servicios. Como hemos señalado en repetidas ocasiones –de acuerdo con constante doctrina jurisprudencial tanto de la Sala I como de la Sala III del Tribunal Supremo–, los contratos son lo que son, con arreglo a su verdadera naturaleza y en función de su auténtico contenido prestacional, y ello con independencia de la calificación jurídica que le hayan atribuido las partes; siendo numerosas las ocasiones en que hemos tenido que corregir ésta última en atención a su verdadera naturaleza, procede ante todo analizar la auténtica naturaleza del contrato a que se refieren los pliegos objeto de impugnación para valorar la propia competencia de este Tribunal para el conocimiento del asunto. Tercero. Este Tribunal ha tenido la oportunidad, en anteriores ocasiones, de pronunciarse sobre la naturaleza de contratos similares al ahora analizado, cuyo objeto es el arrendamiento por AENA de espacios para el desarrollo de determinadas actividades comerciales en espacios aeroportuarios. Así, en la resolución 611/2021, tras resumir la doctrina de este Tribunal sobre supuestos similares, afirmamos: “A la vista de cuanto ha quedado expuesto, cabe destacar dos ideas fundamentales: por una parte, deben reconocerse las dificultades que entraña la calificación jurídica de contratos que, como el ahora examinado, implican la cesión de uso de espacios en aeropuertos para el desarrollo de determinada actividad comercial, a cambio de determinada remuneración; por otra parte, para valorar la auténtica naturaleza jurídica del contrato, al margen de su calificación formal, debe efectuarse un análisis casuístico de cada uno de ellos, y concretamente del régimen de obligaciones, asociadas a la cesión del uso de los espacios, que se imponen al adjudicatario. Esto exige analizar el clausulado de los pliegos rectores correspondiente,



y verificar si, en atención a estas específicas condiciones, la causa última del contrato es, principalmente, la gestión patrimonial de los bienes de que AENA es titular, o bien la ordenación de una actividad para la prestación de un servicio determinado a los usuarios del aeropuerto, asumiendo el contratista el riesgo operacional.” Según lo expuesto, procede analizar cuáles son, en el concreto caso examinado, las características del contrato y las condiciones que se imponen sobre la actividad a desarrollar por la entidad que resulta adjudicataria del contrato de arrendamiento, de acuerdo con las cláusulas de los pliegos, y en particular la intervención que se reserva AENA en la dirección y organización de dicha actividad. Pues bien, el objeto del contrato, según se ha dicho, es el arrendamiento de espacios en la zona de salidas de los aeropuertos de Adolfo Suárez Madrid-Barajas, Málaga-Costa del Sol, Sevilla, Bilbao, Santiago-Rosalía de Castro y Jerez, destinados a la realización de pruebas diagnósticas de infección activa para SARS-CoV-2 y otros tipos de análisis clínicos. Si bien se establecen una serie de pruebas diagnósticas para detectar el COVID-19 en los pliegos (anexo I), dicha enumeración no se hace con carácter cerrado, sino como una simple enumeración de las pruebas de detección habituales, sin describir tampoco procedimientos concretos, modelos ni marcas, admitiendo además expresamente otras pruebas (homologadas por el Ministerio de Sanidad) así como otros servicios adicionales, no enumerados. No se establecen en los pliegos precios máximos a abonar por el usuario por los distintos servicios ofrecidos por el contratista: se trata, por tanto, de un precio libremente determinado por el contratista. Se contienen determinadas previsiones sobre el uso de los espacios cedidos y el desarrollo de la actividad por parte del contratista. Así, se contempla la asunción por éste de una serie de compromisos en relación con los horarios de apertura del establecimiento, los gastos por consumos y suministros, las marcas comerciales con que puede operar el adjudicatario, la limpieza de los espacios cedidos, imponiéndose asimismo una serie de obligaciones en materia de seguridad. Por el contrario, no se fijan condiciones específicas sobre decoración del local, ni se regulan las condiciones laborales del personal, ni se imponen obligaciones específicas al contratista en caso de conflicto colectivo. Cuarto. El Tribunal Supremo, en Sentencia núm. 317/2021 de 8 marzo, confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de febrero de 2019, que a su vez confirmaba la resolución 411/2017, ha señalado, si bien referido a un contrato de alquiler de local para servicios de restauración, lo siguiente: “Estos contratos



de alquiler de local para realizar los servicios o la actividad de restauración tienen unas condiciones de contratación que no se ajustan a las propias de un contrato de arrendamiento, pues la arrendadora se reserva, entre otras, las facultades de dirección de la actividad (1), determina los productos, la comida y la bebida que puede ofrecerse al público, establece el nivel de calidad de los productos (2), fija los precios máximos para su venta (3), interviene en la decoración de los locales (4), está informada sobre el personal que presta servicios, su antigüedad o sus retribuciones (5), además de la exigencia de presentación de planes y estudios de viabilidad económica, de seguimiento y control de ventas(7)(sic). Por no citar las previsiones que se incluyen en los pliegos sobre los servicios mínimos para el caso de huelga.” A diferencia aquel supuesto, en que la intervención de AENA sobre la dirección y organización de la actividad empresarial era singularmente intensa, lo que llevó a descartar existiera en tal supuesto un contrato de arrendamiento de carácter privado, en el presente caso, a diferencia de aquellos, no se impone al adjudicatario un catálogo determinado de productos o servicios que han de ofrecerse –más allá de establecerse que el objeto del contrato de arrendamiento es la realización de pruebas de detección del COVID-19–, y tampoco se establecen exigencias concretas de calidad de los productos o servicios ofertados, como tampoco se imponen por AENA precios máximos a abonar por los usuarios. Estos tres elementos tienen una trascendencia decisoria, a nuestro juicio, a la hora de valorar la intensidad de la intervención de AENA en la gestión del servicio y, por ende, la naturaleza del contrato, en la medida en que aquellos son aspectos esenciales de la propia dirección y organización de la actividad empresarial. Por ello debemos concluir, al igual que hicimos en la ya mencionada resolución 611/2021, que examinado el contrato en su conjunto, consideramos que las obligaciones que se imponen al contratista y que afectan al desarrollo de su actividad, como son las referidas a los horarios de apertura del establecimiento, las condiciones de limpieza o a aspectos relacionados con la imagen comercial, derivan de la labor de ordenación de los espacios aeroportuarios destinados a la actividad comercial que corresponde a AENA, sin comprometer la libertad empresarial del contratista y su capacidad de dirección y ordenación de su negocio, no desnaturalizando, en definitiva, el contrato de arrendamiento de espacios y convirtiéndolo en un contrato de concesión de servicios. Debe tenerse presente especialmente que varias de las obligaciones que se recogen en los pliegos,



como son las referidas a los aspectos sanitarios, medioambientales, laborales y de prevención de riesgos laborales, o de seguridad aeroportuaria responden realmente a la necesidad de cumplir con la normativa de aplicación. Quinto. Por lo expuesto, debemos concluir que las licitaciones tienen la naturaleza jurídica de arrendamiento en la medida en que tienen por objeto la gestión y explotación de los bienes que componen el patrimonio asignado a AENA por Ley, como es el caso de los locales ubicados en las zonas comerciales de las terminales descritas aeropuerto; careciendo, en consecuencia, de competencia este Tribunal para conocer del presente recurso". El criterio mantenido en la resolución citada, ha sido mantenido en otras posteriores; a modo de mero apunte recordemos la Resolución nº 221/2023 En dicho contexto debe analizarse cuál es el nivel de intervención de AENA en el contrato, para valorar si queda dentro de ese ámbito de control de los espacios aeroportuarios o si bien el control de AENA resultaría tan intenso que motivaría el cambio de denominación de contrato según su verdadera naturaleza esto es, a una concesión de servicios. Para ello resultan relevante, a juicio de este Tribunal, las siguientes cláusulas: -Se establece un control en el lugar dónde deben ser colocadas las máquinas y se reserva además el derecho de AENA a modificar esa ubicación según las necesidades aeroportuarias (cláusula 2.1.) exigiéndose además unas condiciones óptimas de visibilidad e iluminación. -El horario también podrá, según la misma cláusula, ser modificado pro necesidades de AENA. -En la cláusula 2.2. se recoge que no será un servicio de carácter exclusivo y se señala además que cualquier publicidad que quiera hacer deberá ser puesto en conocimiento (que no autorización de AENA) -Se prevé además la posibilidad de incorporar nuevas superficies señalándose en el pliego la repercusión que esto tendrá en la renta. -En la regulación de la renta se establecen tanto una renta variable como una fija garantizada a abonar solo en el caso que con la variable no se alcancen unos umbrales mínimos previstos en el pliego. Y en atención a ello, se establecen exigencias en cuanto a los medios de pagos, encaminadas sobre todo a verificar el volumen de ventas para la determinación de la renta variable. -Se recoge también un control de AENA en cuanto a las obras a realizar en el espacio aeroportuario y también en su conservación, mantenimiento y mejora. d. Se recogen también ciertas especificaciones técnicas de las máquinas, pero redactadas (Anexo I-E) con bastante amplitud. A la vista de lo anterior, este Tribunal considera que el nivel de control de la



arrendadora sobre el servicio no reviste la intensidad suficiente para considerar que deba calificarse como un contrato de concesión de servicios, teniendo en cuenta que la normativa aeroportuaria y de seguridad condicionan las actividades a desarrollar y que el servicio que se va a prestar es bastante limitado en cuanto a sus prestaciones (empaquetado de bultos, consigna y otras actividades accesorias de carácter muy residual). Es por ello que debe mantenerse la calificación de arrendamiento que se señaló por el órgano de contratación, e inadmitirse el recurso por falta de competencia con base en el artículo 55 a) de la LCSP.

La falta de competencia de este Tribunal para conocer de la adjudicación del contrato que nos ocupa, dada su naturaleza jurídica, conduce a la inadmisión del presente recurso, que en esta ocasión se dirige formalmente contra la adjudicación. La falta de competencia por el motivo del contrato que se licita, incluye y alcanza a todos los actos dictados con ocasión de la misma sean los pliegos (en las resoluciones citadas) o la adjudicación (en el caso que nos ocupa).

La inadmisión por falta de competencia, al amparo del artículo 55 de la LCSP nos impide entrar a considerar otros motivos de inadmisión, como los que acertadamente se apuntan por el órgano de contratación, en particular, la extemporaneidad del recurso, dado que este se dirige formalmente contra la adjudicación pero materialmente lo hace contra los pliegos a la vista de los motivos esgrimidos; ninguno de ellos cuestiona la adjudicación en sí, la puntuación. Razón que conduciría a considerar el recurso interpuesto extemporáneo, al haber transcurrido en exceso el plazo para interponer el recurso contra los pliegos.

Ni siquiera podríamos considerar un recurso indirecto contra pliegos, esto es, un recurso contra la adjudicación, como acto en aplicación de los pliegos cuyos vicios combate, pues los motivos esgrimidos para prosperar deberían ser de nulidad, *quod non* o además detectarse con ocasión del acto impugnado y no en el momento de su publicación.

Por todo lo expuesto, debe inadmitirse el recurso por falta de competencia de este Tribunal para conocer del presente recurso.



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. E.D.C., en nombre de BULL WRAPPING GLOBAL, S.L. contra la adjudicación del contrato de *“Arrendamiento de siete (7) espacios destinados a siete (7) máquinas de protección de equipaje y tres (3) espacios destinados a consignar, en el Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas”*, licitado por AENA S.M.E., S.A. con número expediente C/MAD/119/23.

Segundo. Declarar que no aprecia mala fe o temeridad en la interposición del recurso a los efectos del artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES