



Recursos nº 779 y 782/2024

Resolución nº 1089/2024

Sección 2ª

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

En Madrid a 19 de septiembre de 2024

VISTOS los recursos interpuestos por D. A.A.A. y D. J.G.G, en representación de la UTE SPANISH FBO BCN 2024 y de la UTE SPANISH FBO MADRID 2024, contra los acuerdos de adjudicación de los procedimientos *“Arrendamiento de instalaciones destinadas a la actividad de dos bases fijas de operaciones (FBO), en el Aeropuerto de Josep Tarradellas Barcelona-El Prat”*, con expediente C/BCN/207/23, y *“Arrendamiento de instalaciones destinadas a la actividad de dos bases fijas de operaciones (FBO), en el Aeropuerto de Adolfo Suárez Madrid-Barajas”*, con expediente C/MAD/197/23, ambos convocados por AENA, S.M.E.; S.A., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121 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, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 9 de octubre de 2023 se publicó en la web de AENA el anuncio del procedimiento *“Arrendamiento de instalaciones destinadas a la actividad de dos bases fijas de operaciones (FBO), en el Aeropuerto de Josep Tarradellas Barcelona-El Prat”*, con expediente C/BCN/207/23, y con fecha 10 de octubre de 2023 el correspondiente al procedimiento de *“Arrendamiento de instalaciones destinadas a la actividad de dos bases fijas de operaciones (FBO), en el Aeropuerto de Adolfo Suárez Madrid-Barajas”*.



Segundo. A los efectos de la resolución de los presentes recursos especiales en materia de contratación interesa destacar los siguientes aspectos de ambos Pliegos Jurídicos de Condiciones:

- Apartado 6.1:

“Previo a la firma del Contrato, el adjudicatario hará entrega de la fianza legal prevista en el artículo 36.1 de la vigente Ley de Arrendamiento Urbanos, Ley 29/1994 (en lo sucesivo, la “LAU”), importe equivalente a DOS (2) MENSUALIDADES de Renta Mínima Garantizada Anual para el primer año, quedando la fianza afecta a las responsabilidades legales y contractuales del adjudicatario y deberá ser depositada en la forma y plazo legalmente establecidos.”

- Apartado 20:

“La legislación aplicable en cuanto a los efectos y extinción del contrato, en lo no previsto expresamente en los Pliegos y en el Contrato, se regirán por lo dispuesto en el título III de la L.A.U. y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

No obstante, lo anterior por voluntad de las partes contratantes, queda excluida expresamente la aplicación de los artículos siguientes de la L.A.U.: 30 (en su referencia a los artículos 21, 22, 23 y 26), 31(derechos de adquisición preferente), 32 (cesión del arrendamiento y subarriendo), 33 (muerte del arrendatario) y 34 (indemnización al arrendatario).

Serán de aplicación las normas imperativas y no renunciables de los títulos I y IV de la L.A.U.”

- Anexo VIII: Modelo de contrato de arrendamiento

- Cláusula 1:

“Aena arrienda al Adjudicatario el/los local/es descrito/s en el Pliego Técnico y documentos anexos al mismo, con código número [“[•]”].



*[La Actividad se desarrollará por el arrendatario, exclusivamente, dentro de los límites del/de los local/es bajo la denominación y **rótulo de establecimiento** ["[●] "]]*

-Cláusula 4

"En contraprestación por el objeto del contrato del/de los local/es, el Adjudicatario deberá pagar a Aena la renta pactada (en lo sucesivo, la "Renta"), junto a los demás conceptos establecidos en el presente Contrato."

- Cláusula 15:

"Toda controversia que se suscite en relación con los efectos y extinción del contrato de arrendamiento que se formalice, incluyendo cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, cumplimiento o terminación, será resuelta mediante arbitraje de Derecho, administrado por la Corte Española de Arbitraje, de acuerdo con sus Estatutos y Reglamento vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El Tribunal arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por un árbitro, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o inferior a 3.000.000 Euros, o por tres árbitros cuando dicha cuantía sea igual o superior a 3.000.000 Euros."

El idioma del arbitraje será el español. El lugar del arbitraje será la ciudad de Madrid y el Derecho aplicable el español."

Por su parte, el apartado 2.2 del Pliego Técnico:

*"El Arrendatario destinará las instalaciones que configuran la FBO, única y exclusivamente para la actividad de prestación de servicios a la aviación corporativa y de negocios (en lo sucesivo, la "**Actividad**") sujeta a los términos, condiciones y obligaciones contenidas en este Contrato y en los documentos que se acompañan al mismo, así como a lo establecido en la legislación aeronáutica vigente o que se pueda aprobar en el futuro sobre el particular, así como los acuerdos que puedan establecer, siempre que hayan sido aprobados por la Dirección del Aeropuerto."*



A efectos del presente contrato, se entenderá por aviación corporativa y de negocios a aquellos vuelos cuyo tipo de servicio sea, en la llegada, en la salida o en ambos movimientos, uno de los siguientes:

- Aviación Privada*
- Aviación de Negocios / Aerotaxi*
- Escala Técnica y/o Posicional, referido a los tipos de vuelo anteriores*
- Ambulancias*
- Operados mediante helicópteros con independencia del motivo de su vuelo*

Además de estos vuelos, el Arrendatario podrá atender a aquellos pasajeros de otros vuelos para los que así lo solicite y autorice expresamente el Aeropuerto. Asimismo, podrán acceder a través de la Terminal de Aviación General los pasajeros que provengan de vuelos clasificados anteriormente que sean operados desde hangares.”

- Apartado 2.5:

“El Arrendatario se obliga a alquilar al menos TRES (3) oficina a TRES (3) agentes handling (una a cada uno) con contrato en vigor para la prestación de este servicio en el aeropuerto que lo soliciten, no teniendo la obligación de poner más espacios a disposición de otros agentes handling y/o empresas que lo soliciten. Estas oficinas serán utilizadas única y exclusivamente para ubicar la oficina técnica de dichos agentes handling. Si existen oficinas libres adicionales estarán obligados a alquilárselo a aquel agente Handling que así lo solicite.

Queda expresamente prohibido que en las oficinas y locales alquilados a otros agentes handling, se desarrollen actividades tales como, sala de espera, salas de descanso, sala VIP, sala de tripulaciones/crew, centros de negocios o cualquier otra que entre en conflicto con las actividades propiamente autorizadas en exclusiva a los Arrendatarios del concurso, por lo que el Arrendatario del FBO está obligado a fijar esta prohibición contractual con el agente handling.



Las superficies a ceder al agente de handling se registrarán siempre por el principio de buena fe, y serán de entre 10 y 25 m2 (superficie estándar de una oficina). El precio máximo que podrá aplicar a este tipo de espacios nunca podrá ser superior a un 25% por encima del precio que, para oficinas preferentes, o la figura equivalente que pueda sustituirla, tenga establecido el Arrendador en cada momento.”

-Apartado 3 de ambos Pliego Técnicos señala:

“Aena podrá adjudicar el expediente a la oferta que obtenga la valoración económica más alta conforme a su renta entre aquellas ofertas que hayan superado el umbral de puntuación mínima, es decir, la adjudicación se hará a la oferta con mayor puntuación por Renta.”

- Apartado 4.2:

“Dentro de las actividades autorizadas se permite al arrendatario realizar acciones y eventos promocionales o publicitarios sin que medie venta in situ a los usuarios de la FBO con los medios estáticos y dinámicos, impresos, ópticos, acústicos, audiovisuales, electrónicos, holográficos y de cualquier otro soporte de información y publicidad, requiriendo la autorización previa del arrendador, para lo cual el arrendatario deberá notificar sin excepción alguna cada actuación, remitiendo solicitud (...)”

Tercero. Con fecha 30 de mayo de 2024 AENA comunicó:

*“En relación al expediente **C/BCN/207/23** “ARRENDAMIENTO DE INSTALACIONES DESTINADA A LA ACTIVIDAD DE DOS BASES FIJAS DE OPERACIONES (FBO), EN EL AEROPUERTO DE JOSEP TARRADELLAS BARCELONA-EL PRAT.”, El Órgano de Contratación de AENA S.M.E., S.A. ha acordado excluir a la empresa **SPANISH FBO BCN 2024 UTE** por hallar indicios fundados de conducta colusoria conforme a las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público.”*

Igualmente, remitió con la misma fecha otra carta con el siguiente contenido:



*“En relación al expediente **C/MAD/197/23** “ARRENDAMIENTO DE INSTALACIONES DESTINADAS A LA ACTIVIDAD DE DOS BASES FIJAS DE OPERACIONES (FBO), EN EL AEROPUERTO DE ADOLFO SUÁREZ MADRID-BARAJAS”, El Órgano de Contratación de AENA S.M.E., S.A. ha acordado excluir a la empresa **SPANISH FBO MAD 2024 UTE** por hallar indicios fundados de conducta colusoria conforme a las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público.”*

Igualmente, en esa misma fecha se comunicó la adjudicación de ambos procedimientos a AVIAPARTNER SPAIN, S.A.

Cuarto. Con fecha 21 de junio de 2024 la UTE SPANISH FBO MADRID 2024 interpuso recurso especial en materia de contratación contra ambas decisiones de exclusión y adjudicación en cada procedimiento.

Ambos recursos especiales fueron ampliados con motivo de la vista de los expedientes con fecha 22 de julio de 2024.

Quinto. La Secretaría del Tribunal actuando por delegación de éste acordó el levantamiento de la medida cautelar de suspensión de ambos procedimientos de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con fecha 28 de junio de 2024, a la vista de las alegaciones de AENA.

Sexto. Posteriormente, la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha requerido el expediente administrativo de este recurso especial por haberse interpuesto por la UTE recurrente recurso contencioso contra las resoluciones de levantamiento de la medida cautelar de suspensión referidas, y solicitado la adopción de medidas cautelares.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De acuerdo con el artículo 13 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización de este Tribunal se han acumulado los



recursos interpuestos al, i) formularse frente al mismo acto, y ii) articularse idénticos motivos de impugnación en los recursos.

Segundo. La competencia de este Tribunal depende de la naturaleza jurídica de los contratos cuya adjudicación y exclusión se recurre.

Con arreglo a los documentos de la licitación, esta va referida a un contrato de arrendamiento de inmueble para uso distinto de vivienda. De ser esa su verdadera calificación, el contrato tendría naturaleza patrimonial, y estaría excluido del ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 3/2020, norma aplicable a este caso por razón de la actividad de AENA vinculada con el transporte, 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)”*. Consecuente, quedaría también fuera del ámbito de conocimiento de este Tribunal, procediendo, en tal caso, la inadmisión de la reclamación formulada.

La recurrente no fundamenta la razón de su impugnación ante este Tribunal, aunque en ocasiones se refiere a los contratos como de concesión de servicios.

Este Tribunal ha resuelto esta cuestión, por ejemplo, en su Resolución nº 588/2022 de 19 de mayo de su Sección 2ª, con cita 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. de este modo:

“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. (...)

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.”

La aplicación de la doctrina transcrita nos conduce a confirmar la naturaleza de arrendamiento de los contratos a los que se refieren los recursos. Ello es así porque, como resulta de los Pliegos reguladores de estos negocios, transcritos en sus aspectos esenciales en el Antecedente de Hecho Segundo de esta resolución:

- AENA no interviene de forma intensa en la organización de la actividad del adjudicatario.
- No contiene previsiones relevantes sobre el personal del adjudicatario.
- No regula de forma detallada las condiciones de prestación de servicios por el adjudicatario.



- La explotación del espacio se realiza con libertad empresarial por el adjudicatario, sin que haya precios máximos para todos los servicios a prestar (solo para algunos determinados) y vinculados con los aspectos públicos de la actividad de AENA.

Por ello, procede la inadmisión de recurso especial interpuesto al versar sobre un negocio jurídico patrimonial con arreglo a los artículos 20 a) del Real Decreto Ley 3/2020, y 9.2 de la LCSP, y por tanto estar excluido de la competencia de este Tribunal conforme a los artículos 119 del Real Decreto Ley 3/2020 y 44 de la LCSP.

A ello debe añadirse, que la inadmisión procedería en todo caso incluso calificando el contrato de concesión de servicios por razón de su valor estimado que ascendería a 2.866.163 euros, inferior al umbral que determina el sometimiento de este tipo contractual al Real Decreto Ley 3/2020 su artículo 1.2, y que asciende a 5.538.000 de euros.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir los recursos interpuestos por D. A.A.A. y D. J.G.G, en representación de la UTE SPANISH FBO BCN 2024 y de la UTE SPANISH FBO MADRID 2024, contra los acuerdos de adjudicación de los *procedimientos “Arrendamiento de instalaciones destinadas a la actividad de dos bases fijas de operaciones (FBO), en el Aeropuerto de Josep Tarradellas Barcelona-El Prat”*, con expediente C/BCN/207/23, y *“Arrendamiento de instalaciones destinadas a la actividad de dos bases fijas de operaciones (FBO), en el Aeropuerto de Adolfo Suárez Madrid-Barajas”*, con expediente C/MAD/197/23, ambos convocados por AENA, S.M.E.; S.A., acordando el archivo de las actuaciones.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES