



Reclamaciones 574 a 577/2015

Resolución nº 633/2015

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

En Madrid, a 6 de julio de 2015.

VISTAS las reclamaciones interpuestas por D. JA. C.de SS, en representación de la mercantil WISAG Aviation Service GmbH & Co. KG (en adelante WISAG), contra las resoluciones de adjudicación del procedimiento “*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), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. AENA S.A convocó, mediante anuncios que fueron publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea los días 27 de diciembre de 2013 (para el expediente DEA 366/13) y 12 de agosto de 2014 (para los expedientes DEA 288/14, 289/14, 290/14, 291/14, 292/14, 294/14, 295/14, 296/14, 297/14, 298/14, 300/14, 301/14, 302/14, 303/14, 305/14 y 306/14), así como en el Boletín Oficial del Estado los días 20 de diciembre de 2013 (expediente DEA 366/13) y 31 de julio de 2014 (en los restantes expedientes antes citados) licitación para la adjudicación de la “*Prestación a terceros de los servicios aeroportuarios de asistencia en tierra en la categoría de servicios de rampa*” en distintos aeropuertos, a las que concurrieron presentando ofertas la ahora recurrente.

Segundo. Previos los trámites oportunos, el 13 de mayo de 2015 el Consejo de Administración de AENA dictó resolución por la que procedía a la adjudicación de la prestación de los tales servicios en los distintos aeropuertos que eran respectivo objeto de los aludidos expedientes.

Tercero. El 1 de junio de 2015, la mercantil WISAG interpuso reclamaciones de las previstas en el artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, contra la adjudicación de los expedientes DEA 290/14, 297/14, 302/14 y 289/14 a las que se asignaron los números 574/2015, 575/2015, 576/2015 y 577/2015.

Cuarto. El 15 de junio de 2015 este Tribunal dictó resolución por la que dispuso mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 104.3 LCSE, habiéndose procedido a su levantamiento con la resolución de los recursos de este Tribunal números 543/2015 y 544/2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 105 LCSE, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de las reclamaciones números 574/2015, 575/2015, 576/2015 y 577/2015 por guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión, al referirse a la licitación de un mismo servicio en distintos aeropuertos y fundar sus pretensiones sobre argumentos sustancialmente idénticos.

Segundo. Las reclamaciones han sido interpuestas dentro del plazo legalmente establecido, computado en los términos previstos en el artículo 104.2 de la Ley 31/2007.

Tercero. En relación con la legitimación de la recurrente, debe aceptarse, en tanto concurrieron presentando oferta a la licitación y, en particular, a los expedientes a que se contraen sus reclamaciones.

Cuarto. Mayor dificultad plantea la determinación de la competencia de este Tribunal para el conocimiento de la reclamación y, en rigor, de la existencia de acto impugnabile en esta vía.

La actora afirma la competencia de este Tribunal y la existencia de acto susceptible de reclamación por referencia a los artículos 101 y ss de la LCSE.

A estos efectos es necesario tener presente que el artículo 2 del Real Decreto 1161/1997, de 2 de julio, describe los servicios de asistencia en tierra como “ *los servicios prestados a un usuario en un aeropuerto tal como se describen en el anexo*” y, más aún, los “servicios de rampa” como “*los servicios que se prestan esencialmente en la rampa del aeropuerto y constituyen las categorías de servicios de asistencia en tierra, de entre los descritos en el anexo, que se indican a continuación:*”

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.”

Resulta patente que a los tales servicios y, en particular, los descritos (en términos coincidentes) en el Anexo I del Pliego de Condiciones de aplicación sí les podrían ser de aplicación varios de los CPV detallados en el Reglamento (CE) 213/2008 de la Comisión. Entre ellos y a título meramente enunciativo 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 I del Pliego.

Ello no obstante, tal extremo carece, en rigor, de relevancia.

A tal fin, es necesario recordar que, si bien es cierto que el artículo 15 de la LCSE somete a la disciplina de la citada Ley la adjudicación de los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo II A, siendo así que la “*adjudicación de los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo II B estará sometida únicamente a lo dispuesto en los artículos 34 y 67*”, no lo es menos que el artículo 18.3.j) LCSE declara expresamente excluidas del ámbito de la citada Ley “*las concesiones de obras o de servicios que sean adjudicadas por las entidades contratantes que ejerzan una o varias de las actividades contempladas en los artículos 7 a 12, cuando estas concesiones*

se adjudiquen para desarrollar dichas actividades". Y, en este punto, ha de traerse a colación la previsión del artículo 2.2.b) LCSE, que define la concesión de servicios como "un contrato que presente las mismas características que el contrato de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de prestación de servicios consista, bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un pago".

Como bien es sabido, la distinción entre contratos de servicios y contratos de concesión de servicios no siempre es fácil.

Sin que proceda extendernos en exceso sobre este particular, debe recordarse que este Tribunal ha venido tomando como referencia a los efectos de la diferenciación entre ambos contratos el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, afirmando así, por ejemplo, en la resolución número 204/2013, en la 80/2013, o en otras como la 176/2011, la 172 y la 116/2011, que *"las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la tantas veces mencionada Directiva a definirla como un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio (art. 1.4). Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia: a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma. b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal, que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario. c) La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio, naturalmente, de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es una*

exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa. El conjunto de ideas anteriores es recogido por nuestro legislador con carácter disperso a través de varios artículos de la Ley de Contratos del Sector Público: artículo 8, (“El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública 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 encomendante”), artículo 251, (“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso, podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”) y artículo 253: (“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura....”). Se deduce de los anteriores preceptos, en primer lugar que al encomendarse al particular la gestión del servicio éste asume la organización del mismo, en segundo lugar, que el servicio debe ser susceptible de explotación empresarial y, por último, que el concesionario debe asumir el riesgo de la explotación. De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio”. Este criterio ha sido mantenido también en informes previos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros en los informes 22/09 y 64/09.”

Es fácil concluir, en el supuesto analizado, que, en tanto 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, el contrato debe, necesariamente, ser calificado como contrato de concesión de servicios, y como tal, resulta excluido del ámbito de aplicación de la LCSE a tenor del precitado artículo 18.3.j).

Quinto. Lo dicho, ciertamente, llevaría a concluir que no es dable la interposición, en este caso, de la reclamación prevista en el artículo 101 LCSE. No obstante, cabría plantearse si sería dable la recalificación de las reclamaciones que nos ocupan y subsiguiente admisión 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.

En efecto, no cabe obviar a tal fin lo señalado en el apartado 2 de la Disposición Adicional Octava del citado texto legal, en la que se afirma:

“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.”

Sin embargo, por mucho que el inciso final de la citada disposición señale que los contratos excluidos que puedan ser concertados en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por entidades del sector público, como lo es AENA, “se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley”, no cabe considerar que al contrato aquí analizado pueda quedar sometido al TRLCSP ni, por ende, potencialmente incluido dentro del ámbito de competencia de este Tribunal al amparo del artículo 40 del mismo texto legal.

En este sentido, no cabe obviar 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*”.

Como puede comprobarse, la dicción legal reserva esta modalidad contractual a las Administraciones Públicas y Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Y resulta evidente 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.

Sexto. A tenor de todo lo expuesto, debe concluirse que el contrato que nos ocupa no queda sometido en su adjudicación ni a las previsiones de la LCSE ni a las del TRLCSP, y, por ende, no puede ser objeto de reclamación o recurso atribuido a la competencia de este Tribunal, lo que debe determinar su inadmisión.

Por todo lo anterior

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir las reclamaciones interpuestas por D. JA. C.de SS, en representación de la mercantil WISAG Aviation Service GmbH & Co. KG, contra las resoluciones de adjudicación del procedimiento “*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. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la Ley 31/2007.

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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.