



Recurso nº 35/2022

Resolución nº 199/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 10 de febrero de 2022.

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por D. P.M.R. en representación de SERVICIOS AERONAÚTICOS, CONTROL Y NAVEGACIÓN, S.L. (SAERCO), contra la adjudicación y formalización del contrato por AENA S.M.E., S.A. (AENA) de los “*Servicios de navegación aérea en aeropuertos de Aena*”, expediente DEA-384/2021, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 27 de diciembre de 2021, se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), el anuncio de adjudicación por el Consejo de Administración de AENA SME, S.A. (en lo sucesivo, AENA), a favor de la entidad pública empresarial ENAIRE (en adelante, la adjudicataria o ENAIRE) por el procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia, de los “*Servicios de navegación aérea en aeropuertos de Aena*”, expediente DEA-384/2021, con un valor estimado de 601.212.306,89 euros.

Segundo. El 4 de enero de 2022 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de formalización del contrato anterior.

Tercero. El 11 de enero de 2022, tiene entrada en el Registro General del Ministerio de Hacienda y Función Pública, reclamación en materia de contratación interpuesta por SAERCO contra el acuerdo de adjudicación y la formalización del contrato referido.

La reclamación precisa que el contrato está sujeto al 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).

Razona sobre los requisitos procesales, entre ellos, la legitimación de SAERCO para interponer la reclamación como empresa proveedora civil del tránsito aéreo en el mercado liberalizado que no fue invitada a concurrir, al haber sido adjudicado el contrato mediante un procedimiento negociado sin publicidad.

A continuación, explica que AENA basa la adjudicación en la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo (Ley 9/2010).

En resumen, sostiene la recurrente que, la Ley 9/2010, posibilitó la prestación de servicios de tránsito aéreo por proveedores distintos de AENA, que era entonces una entidad pública empresarial, reservando a ésta en exclusiva tales servicios en los volúmenes de espacio aéreo en que se presten servicios de control de área y control de aproximación. Se refiere a la disposición final cuarta de la Ley 9/2010, que eximió de cumplir las obligaciones de reserva a los aeropuertos que, habiendo sido declarados de interés general por Orden ministerial, no estuvieran gestionados por AENA y a la disposición adicional segunda (DA 2ª), para los aeródromos gestionados por AENA, que reguló la posibilidad de que los servicios de tránsito aéreo, fueran prestados por AENA u otro proveedor certificado. Se recuerda el contenido de la DA 2ª, que establece la determinación por el Ministerio de Fomento, mediante Órdenes Ministeriales, de los aeródromos en los que el servicio se prestará bajo la modalidad de servicio de información de vuelo de aeródromo (AFIS) y de los aeródromos en los que AENA o el gestor aeroportuario que la suceda, deberá iniciar los procedimientos para selección de proveedores civiles de servicios de tránsito aéreo en la modalidad de control, información de vuelo o ambas.

SAERCO afirma que la Ley 9/2010, pretendía obligar a AENA a seleccionar proveedores distintos de ella misma y así resulta de sus normas de desarrollo como el RD 1133/2010, de 10 de septiembre, por el que se regula la provisión de servicios de información de vuelo de aeródromos (AFIS), en cuya virtud se han dictado una serie de órdenes ministeriales, relativas a distintos aeropuertos, que cita.



Refiere que por Orden FOM/3352/2010, se determinó el grupo inicial de aeropuertos gestionados por AENA en los que esta entidad debía proceder a seleccionar otros proveedores para la prestación de los servicios de tránsito aéreo.

Tras relatar el proceso en virtud del cual se creó AENA S.A., como sociedad mercantil independiente de la entidad pública empresarial (en la actualidad, ENAIRE), dice SAERCO que la DA 2ª Ley 9/2010, en cuanto exige una previa Orden Ministerial, no se aplica a AENA S.A., pues se refería al ente público en su doble condición de gestor aeroportuario y proveedor de los servicios que AENA ya no tiene. En cambio, considera que se aplica la DF 4ª que liberaliza los servicios de tránsito aéreo en aeropuertos de interés general no gestionados por AENA que ahora se han de entender no gestionados por ENAIRE. Como prueba de ello, cita una serie de casos, como el del AFIS del Aeropuerto de Córdoba o el Aeropuerto de Llérida, en los que el servicio de proveedores de tránsito aéreo, dice, se ha licitado sin previa Orden.

SAERCO relata que hasta el presente expediente DEA-384/2021, los servicios de navegación aérea en las 21 torres de control de los aeropuertos de AENA no incluidos en la Orden FOMM/3352/2010, se han atribuido a ENAIRE mediante convenio. Dice que ENAIRE tenía la condición de medio propio instrumental de la Administración del Estado y de los poderes adjudicadores en materia de aeropuertos hasta que se suprimió esta condición por el Real Decreto-Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda.

A partir de todo lo anterior, la reclamación de SAERCO, esgrime tres motivos de nulidad del procedimiento:

1.- Nulidad por haber sido dictados los actos preparatorios del contrato y su adjudicación prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido [artículos 114.b) y c) y 115.1 RDL 3/2020, en relación con el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas]. Ello, por haber acudido AENA, indebidamente, al procedimiento negociado sin publicidad, al no concurrir el supuesto del artículo 85.1.c) RDL 3/2020, puesto que no es cierto que el servicio solo pueda ser prestado por ENAIRE. Se reitera que no es necesaria ninguna Orden Ministerial previa para que AENA finalice los estudios pertinentes sobre los aeropuertos en los que se llevará a cabo la selección de nuevos proveedores civiles de servicios de tránsito de aeródromo porque



la DA 2ª Ley 9/2010 se refiere a la entidad pública empresarial AENA. Manifiesta que, solo en España, existen dos operadores certificados para servicios de tránsito aéreo: la propia SAERCO y FERRONATS, por lo que existe alternativa razonable y AENA está restringiendo artificialmente los parámetros de adjudicación, impidiendo la licitación en concurrencia competitiva en beneficio de su accionista mayoritario ENAIRE.

Invoca en este punto también, los artículos 59.2 y 52.2 y 3 RDL 3/2020 sobre salvaguarda de la competencia y fraccionamiento de los contratos. Dice que la reserva legal se limita a los servicios de ruta y aproximación, pero no a los servicios de tránsito aéreo (ATS), servicios de información de vuelo (AFIS) servicios de uso y mantenimiento de comunicaciones, navegación y vigilancia (CNS) y otros. Añade que no existe tampoco razón para vincular todos los servicios susceptibles de licitación a los dos que son objeto de reserva legal, como hace AENA, pudiendo ser objeto de licitaciones separadas, sin que existan razones técnicas que lo impidan.

2.-Nulidad del artículo 115.2.c) en relación con los artículos 73.2 y 72.1 y .3 RDL 3/2020 por no haber transcurrido quince días hábiles desde la publicación de la adjudicación del contrato y su formalización lo que habría impedido a SAERCO interponer la reclamación antes de la formalización del contrato.

3.- Nulidad de la adjudicación por existencia de conflicto de intereses entre AENA y el adjudicatario del contrato ENAIRE.

Argumenta la reclamación en este punto que ENAIRE, que ya no es medio propio, presta a AENA, entre otros, servicios de mantenimiento CNS en todas las instalaciones propias y de AENA; servicios de Aproximación y de Ruta en toda España en régimen exclusivo y servicios de calibración de las instalaciones de AENA, las propias y las del Ejército del Aire, que son más del 95 % de las instalaciones de esta naturaleza en España.

Esgrime que ENAIRE tiene el 51% de las acciones de AENA, por lo que se da entre ambas una relación de integración vertical y dependencia cuya eliminación se ha recomendado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) en su Estudio de los Servicios de Tránsito Aéreo en España, de 30 de octubre de 2018 (E/CNMC/002/2018). Señala que la relación se reconoce por AENA en la comunicación que remitió a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV), en relación con este contrato.



Invoca la jurisprudencia comunitaria sobre conflictos de interés y sus consecuencias en los procedimientos de licitación.

Considera que la condición de ENAIRE de accionista significativo de AENA le otorga una ventaja competitiva y conlleva falta de independencia del Consejo de Administración de AENA como entidad contratante (en adelante, AENA o EC) que, añade, causa un perjuicio económico para AENA que tiene que asumir costes de los servicios de navegación aérea claramente ineficientes. Alude también a intereses políticos y económicos cruzados que, dice, se manifiestan en el hecho de que la duración del contrato DEA-384/2021 coincide con la duración del DOCUMENTO DE REGULACIÓN AEROPORTUARIA 2022-2026, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de septiembre de 2021 y en la coincidencia de la tramitación del procedimiento con la de la Propuesta de Adenda al Acuerdo de Prestación de Servicios de Navegación Aérea entre AENA S.M.E., S.A. y ENAIRE E.P.E., de 16 de diciembre de 2021, por un valor de 9.681.600 euros, a que se refiere también la Comunicación de Hecho Relevante a la CNMV.

Se concluye que, como único remedio para preservar el principio de igualdad de oportunidades de los licitadores, al amparo del artículo 29 RDL 3/2020 en relación con el artículo 64 LCSP, dado el conflicto de intereses entre el poder adjudicador y el licitador ENAIRE, debe acordarse su exclusión automática del procedimiento.

Cuarto. Con fecha 17 de enero de 2022, SAERCO presenta en el Registro General del Ministerio de Hacienda, tras haberle dado AENA copia del expediente de contratación que había instado al amparo del artículo 52 LCSP, escrito de alegaciones adicionales. En éste, pide que se extiendan los efectos de su reclamación a la anulación de los pliegos del contrato, al considerar que el informe, obrante a dicho expediente, justificativo del procedimiento negociado sin publicidad, reafirma su posición. A su juicio, dicho Informe, viene a confirmar que no es necesaria orden ministerial para designar proveedores privados de servicios de tránsito aéreo (en adelante, también, ATS) en los aeropuertos objeto del contrato, a la vez que reconoce la mayor eficiencia económica de aquéllos. En cambio, dice el escrito, el informe no refiere para los servicios ATS, razones técnicas que avalen el negociado sin publicidad.

Cuestiona también el escrito de ampliación de la reclamación de SAERCO, las razones técnicas contenidas en el informe y los pliegos, para justificar la inclusión en el contrato, de

los Servicios de uso y mantenimiento de sistemas ATM. Sostiene que no hay impedimento legal para que otra empresa mantenga los equipos y destaca que no es ENAIRE sino INECO, empresa pública participada por ENAIRE, ADIF y Renfe, la responsable de la implantación de los sistemas SACTA, ÍCARO y COMETA. Afirma que se restringe indebidamente la competencia.

La misma afirmación anterior se hace extensiva a los servicios de uso y mantenimiento de Comunicaciones, Navegación y Vigilancia, CNS, respecto de los cuales considera SAERCO que el informe justificativo y los pliegos, no explicitan razones técnicas que expliquen por qué se acude al procedimiento negociado sin publicidad, más allá de livianas referencias a la propiedad de ENAIRE, cuando además se reconoce expresamente que hay otros proveedores CNS certificados.

Idéntica falta de justificación se esgrime en relación con los servicios de Dirección de Plataforma (SPD); gestión de afluencia de tránsito aéreo (ATFM) e Información Aeronáutica (AIS), que se consideran costes indirectos. Dice SAERCO que ella es la actual adjudicataria del SPD del Aeropuerto Madrid-Barajas por lo que no hay ninguna razón para reservar en el expediente estos mismos servicios a ENAIRE.

Afirma así la nulidad de pleno derecho, conforme a los artículos 114 y 115.1 RDL 3/2020 y 47.1.e) de la Ley 39/2015, por no contener los pliegos ni el informe justificativo, razones suficientes para fundamentar el procedimiento negociado sin publicidad.

Añade que en el expediente remitido por AENA a SAERCO, no existe memoria económica que justifique el valor estimado del contrato por lo que no es posible comprobar el cumplimiento de los artículos 101 y 102 en relación con el 116.4.d) LCSP y se genera indefensión material a la Recurrente. Finaliza diciendo que no consta tampoco que haya existido negociación.

Quinto. En fecha 17 de enero de 2022, la EC presenta informe interesando la desestimación de la reclamación.

Sostiene la EC en su informe que esta recurrente, esgrime argumentos y hace afirmaciones que no responden a la realidad. Dice el informe que no es cierto que AENA haya licitado servicios de navegación aérea para torres de control sitas en aeropuertos respecto de los



cuales no se haya dictado la correspondiente Orden Ministerial. En relación con el Informe E/CNMC/002/2018, que cita la reclamante, se destaca que SAERCO no menciona que dicho Informe dice que AENA no puede sacar a licitación los servicios de ATC de aeródromo sin mediar Orden del Ministerio de Fomento. Frente a lo esgrimido sobre inexistencia de Memoria económica, se hace constar que existe y obra en el Anexo E del PPT.

En relación con la justificación del procedimiento elegido por AENA, esgrime la EC que no corresponde a ésta, ni a la recurrente, ni al Tribunal, decidir cuál es el régimen jurídico aplicable a la gestión de los servicios de tránsito aéreo, al ser una competencia asignada por la ley al Ministerio de Fomento (hoy, Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana).

Incide el informe en que AENA no cuestiona los beneficios que derivan de la apertura al mercado de los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, lo que no obsta a que esté sujeta a las previsiones normativas.

Razona que la norma ha previsto un régimen de apertura progresiva, de liberalización por fases, de los servicios de tránsito aéreo, empezando por los aeródromos que, por su reducida dimensión y tráfico, permitían la sustitución del sistema de modalidad de control por el servicio de información de vuelo de aeródromo (AFIS). Matiza que, aun para éstos, la DA 2ª, apartados 1 y 2, de la Ley 19/2010, exige la correspondiente Orden Ministerial. Sigue explicando que la Ley 19/2010, previó la posibilidad de ampliar a otros aeródromos la liberalización, pero también mediante Orden Ministerial (DA 2ª.3). Argumenta que, tanto del contenido expositivo como dispositivo de la Ley, se infiere que la decisión de que el procedimiento de liberalización sea progresivo responde a la doble necesidad de asegurar la viabilidad de los servicios y la seguridad. Por eso, se exige como requisito para la liberalización, la orden ministerial que realice la evaluación previa de las características del aeródromo, con ejecución de los estudios de seguridad pertinentes. Solo tras este análisis, puede el Ministerio autorizar que los servicios se presten bajo la modalidad de control, información de vuelo o ambas. Vuelve a insistir en que el Informe de la CNMC citado, deja claro que AENA no puede sacar a licitación los servicios ATC de aeródromo sin orden ministerial.

Por tanto, el Informe de AENA dice que no se puede licitar el servicio en los 21 aeropuertos objeto de este procedimiento sin orden ministerial que lo habilite porque sería contrario a la ley, supondría hurtar la competencia del Ministerio y sería una decisión que implicaría cierto



riesgo, al adoptarse sin previa realización de los informes a que se refiere la norma. Considera que si SAERCO entiende que la Administración se está retrasando en cumplir la Ley 9/2010, puede acudir al cauce del artículo 25.2 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa pero lo que no cabe, es acudir a esta reclamación en materia de contratación.

Añade la EC que la DA 2ª Ley 9/2010, se aplica a AENA, puesto que hace referencia al *“gestor aeroportuario que la suceda”* esto es, a quien suceda al anterior ente público, que es esta sociedad.

Se niega la concurrencia de la causa de nulidad de artículo 115.2.c) RDL 3/2020 esgrimiendo que las alternativas impugnatorias de la recurrente se han mantenido intactas y que no se ha infringido ninguna norma reguladora del procedimiento por lo que pasa a exponer.

Sobre el conflicto de intereses entre AENA y ENAIRE invocado por SAERCO, dice la EC que éste solo tiene sentido en un escenario de concurrencia competitiva donde puede existir trato de favor, pero no en un supuesto en que el servicio, por imperativo legal, no está liberalizado. De excluirse a ENAIRE de la licitación, se apartaría a la única entidad legalmente habilitada para prestar el servicio, con paralización del tráfico en los 21 aeropuertos afectados.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que cita SAERCO, AENA entiende que ésta exige evaluar en cada caso si existe un conflicto de intereses susceptible de comprometer el resultado de la licitación que, en este caso, no se da. Se niega además que AENA, más allá de la titularidad accionarial, esté jerárquicamente subordinada a ENAIRE considerando la EC que la reclamación disfraza el intento de expulsar del mercado al principal competidor de SAERCO.

Puesto que la recurrente cuestiona la inclusión en el contrato de los servicios de uso y mantenimiento de sistemas (ATM), de comunicaciones, navegación y vigilancia (CNS) y otros, el informe razona que la prestación del servicio de control del tráfico aéreo, no es estanco y no puede prestarse de forma desvinculada de determinados sistemas e instalaciones. Invoca la facultad de la EC de incluir en los contratos prestaciones accesorias necesarias para su correcta ejecución y esgrime que los sistemas sobre los que opera el contrato son titularidad de ENAIRE. Dice que, aun si se pudiera fraccionar el contrato, lo que se niega, el artículo 52.3 RDL3/2020, no obliga a hacerlo de forma artificial en contra de toda lógica técnica, económica, de seguridad aeronáutica y jurídica. Esgrime el Informe que AENA ha tomado en



consideración todos los aspectos, especialmente la seguridad, al determinar el entorno del contrato. Invoca resoluciones del Tribunal según las cuales las pretensiones de los licitadores no pueden sustituir la voluntad de la Administración respecto de la configuración del contrato y la manera de alcanzar sus fines.

Dice el informe de la EC que en la memoria se analizan los motivos técnicos que impiden la disgregación del contrato de acuerdo con el citado artículo 52.3.b) RDL 3/2020, que pasa a exponer analizando cada servicio, como sigue:

A) Sobre el servicio de uso y mantenimiento de instalaciones ATM, dice la EC que *“garantiza la disponibilidad de las actualizaciones de software y de mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura del Sistema ATM desplegado en las torres de Control (SACTA e ICARO) y de todas sus interfaces vía la red de datos REDAN con el Sistema ATM (SACTA, ICARO)”*. Añade que estos sistemas ATM, desplegados en todas las torres de control de tráfico aéreo españolas conforman una red nacional y estratégica. Explica que el mantenimiento de los sistemas ATM se organiza en tres niveles de los que los niveles 2 y 3 se refieren al software de los sistemas ATM, SACTA e ICARO que son propiedad de ENAIRE. Por eso considera que ya que los servicios que se licitan implican necesariamente la aplicación, reposición y mantenimiento de los sistemas citados, titularidad exclusiva de ENAIRE, el servicio solo puede ser prestado por ella.

B) Servicio de uso de Comunicaciones, Navegación y Vigilancia (CNS): Dice la EC que estos también afectan a activos propiedad de ENAIRE (fundamentalmente, radares, VOR).

C) Servicio de mantenimiento de Comunicaciones, Navegación y Vigilancia (CNS): No discute AENA que, en este punto, existen otros proveedores certificados aunque reitera que existen motivos técnicos, directamente implicados con la seguridad de los aeropuertos que impiden su prestación por éstos.

D) Otros servicios: Se remite el informe a la Memoria para decir que en ella se justifica que son costes indirectos de ejecución de la obligación principal que deben entenderse comprendidos en ella.

Sexto. Recibido el expediente de contratación y el informe de la EC, la Secretaría del Tribunal procedió a dar traslado a la adjudicataria para que, por el plazo de cinco días hábiles,

formulara alegaciones. Evacuado dicho trámite, el 19 de enero de 2022, ENAIRE solicita la inadmisión o, subsidiariamente, desestimación de la reclamación. En resumen, alega:

Expone el origen, naturaleza y régimen jurídico de AENA y ENAIRE para explicar que ENAIRE es una entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, que ejerce las competencias en materia de navegación y espacio aéreo y la coordinación de la red nacional de gestión del tráfico aéreo, mientras que AENA es una sociedad mercantil que desarrolla actividades aeroportuarias y comerciales vinculadas a la gestión aeroportuaria.

Aclara que el Servicio de Tránsito Aéreo (ATS) incluye: los Servicios de Control de Tránsito Aéreo (ATC) prestados por controladores aéreos; el Servicio de Información de Vuelo (AFIS) consistente en la prestación de asesoramiento e información para la segura y eficaz marcha de los vuelos; Servicio de Alerta o notificación y asistencia a organismos pertinentes sobre aeronaves necesitadas de ayuda o salvamento. Expone que el Servicio de Información de Vuelo de Aeródromo (AFIS) es el conjunto de información que se presta en las dependencias de un aeródromo no controlado a todo el tránsito en el área de maniobras del aeródromo y a todas las aeronaves que vuelen dentro de la zona de información de vuelo, por lo que se presta en aeródromos con escaso tráfico que no requieren controladores de tránsito aéreo y se regula en el Real Decreto 1133/2010, de 10 de septiembre.

Puntualiza que ENAIRE es el único proveedor ATS para los 21 aeropuertos a que se refiere el contrato por ministerio de la Ley, en tanto no se publiquen las Órdenes Ministeriales previstas en la DA 2ª de la Ley 9/2010. Considera que la interpretación que hace SAERCO de la Ley 9/2010 es incorrecta. Esgrime que su Preámbulo es muy claro al indicar que el proceso de liberalización de la prestación de servicios ATS, se pretendía implementar de forma inmediata en los aeródromos AFIS, de menor tráfico y posteriormente en los aeródromos ATC que se determinen por Orden ministerial y a ese objetivo responde la DA 2ª que es igualmente clara. Sigue manifestando que los servicios objeto de la adjudicación impugnada, no corresponden a aeródromos AFIS a los que alude la DA 2ª, en el apartado 2, sino ATC del apartado 3, respecto de los cuales se dictó la Orden FOM/3352/20210, referida a 13 aeropuertos en los que ya se ha liberalizado la prestación del servicio, lo que no ocurre con los 21 restantes.



Denuncia la adjudicataria que SAERCO equipara improcedentemente los servicios AFIS y ATC y manifiesta que en ninguno de los aeródromos objeto del contrato se presta el servicio de tránsito aéreo bajo la modalidad AFIS. Insiste en que la determinación de en qué aeropuertos se permite la entrada de nuevos proveedores de servicios ATS, es una potestad que recae únicamente sobre el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. Así lo confirma el propio preámbulo de la Orden FOM/3352/2010. Reitera que los servicios ATS objeto del contrato fueron reservados por Ley a la entidad pública AENA y, posteriormente, a su sucesora, ENAIRE. Afirma que así lo dice el artículo 1 y la DA 2ª.5 de la Ley 9/2010 y que dicha reserva legal se mantiene hasta que se dicten las órdenes que no se han dictado.

Combate ENAIRE la argumentación de SAERCO sobre la prohibición de autocontratación que, dice, no ha tenido lugar, pues AENA y ENAIRE son personas jurídicas distintas y señala que la Disposición Final 4ª de la Ley 9/2010 no guarda relación con la controversia que se refiere a aeropuertos no gestionados por AENA.

Rebate también ENAIRE, los ejemplos que da SAERCO en su reclamación para apoyar sus tesis de que se pueden liberalizar los servicios ATS sin orden ministerial. Pone de manifiesto que se trata de supuestos distintos de los que son objeto de este contrato, bien porque se había dictado orden ministerial antes de permitirse la prestación de los servicios ATS/AFIS por proveedor distinto de ENAIRE (La Gomera, Burgos, El Hierro, Huesca, Córdoba); bien porque los servicios licitados no eran de tránsito aéreo (dirección de plataforma del aeropuerto Madrid-barajas); bien por tratarse de aeropuertos no gestionados por AENA (Lérida, Murcia).

A juicio de la adjudicataria, no cabe imputar inactividad a la Administración por no haber dictado las órdenes ministeriales correspondientes a los 21 aeropuertos objeto del contrato porque la DA 2ª Ley 9/2010, no establece plazo pero, si SAERCO entiende otra cosa, tiene a su disposición las herramientas legales oportunas.

Tampoco acepta ENAIRE que la DA 2ª Ley 9/2010 no se aplique a AENA S.A.. El mismo RDL 13/2010 que creó AENA S.A., establece, en su artículo 7, su obligación de contratar los servicios de tránsito aéreo de aeródromo conforme a la Ley 9/2010 y la misma DA, alude al gestor aeroportuario que suceda a AENA EPE.

Admite ENAIRE que, junto con los servicios ATS, que tiene reservados legalmente, en el expediente DEA-384/2021, se le han adjudicado también los servicios de Uso de Instalaciones

ATM; Mantenimiento de Sistemas ATM; Uso de Instalaciones CNS; Mantenimiento de Sistemas CNS y Otros. Sin embargo, expone en detalle los motivos técnicos por lo que tales servicios deben ser prestados por ella, recogidos en informe técnico obrante al expediente. En síntesis, sobre los Servicios de Uso y Mantenimiento de Sistemas ATM, se explica que ENAIRE es la titular de los derechos de propiedad intelectual, morales y patrimoniales de los softwares SACTA e ICARO que emplean los sistemas ATM por lo que tales servicios, no pueden ser prestados por otros proveedores. De forma similar, se dice que los Servicios de Uso y Mantenimiento de Instalaciones CNS, se refieren a la amortización de dichas infraestructuras que son propiedad de ENAIRE. En cuanto a los restantes servicios adjudicados en el expediente, dice la adjudicataria, que la propia SAERCO asume que únicamente ENAIRE puede prestar los de Información Aeronáutica (AIS) y gestión de afluencia de tránsito aéreo (ATFM) por lo que la controversia se limita al Servicio de Dirección en Plataforma (SDP), respecto del que el hecho de contratar a operadores diferentes en un aeródromo para la prestación de los servicios ATS y SDP da lugar a una duplicidad de recursos, lo que determina la inviabilidad técnica de acudir a un proveedor diferente de ENAIRE.

Respecto a la justificación del procedimiento negociado sin publicidad, recuerda ENAIRE que se recoge en la Memoria Justificativa del expediente que se refiere a la *“Exclusividad de parte de los servicios a prestar y eficiencia económica en el resto de servicios incluidos en el expediente”*. El artículo 85 RDL 3/2020 establece que se recurrirá al procedimiento negociado sin publicidad para adjudicar contratos de servicios cuando *“no exista competencia por razones técnicas”*, circunstancia que se da en este caso en el que la referida reserva legal de los servicios a ENAIRE en los aeropuertos objeto de la licitación, determina que no exista competencia alguna por razones técnicas, al no existir ningún proveedor diferente de ENAIRE al que la Ley otorgue la capacidad y habilitación técnica para resultar adjudicatario. SAERCO pretende, se dice, que AENA haga una adjudicación *“contra legem”*.

El artículo 85 RDL 3/2020, es aplicable, igualmente, según la adjudicataria, al resto de servicios adjudicados por las razones técnicas ya referidas, que se reiteran.

Por lo anterior, la adjudicataria dice que SAERCO carece de legitimación activa, toda vez que resulta plenamente justificada la tramitación del expediente conforme al procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia, por lo que la recurrente no tiene un interés

legítimo. Se recuerda, con cita de varias resoluciones, que los órganos jurisdiccionales han declarado que carecen de legitimación activa las personas físicas o jurídicas que hubiesen sido excluidas del proceso de licitación, aun participando en él, si no pudiesen, en modo alguno, resultar adjudicatarias en caso de anularse la adjudicación. De ello deduce ENAIRE que SAERCO solamente podría encontrarse legitimada activamente para impugnar la adjudicación de los servicios objeto del contrato si la anulación de los acuerdos de adjudicación y formalización del contrato, le produjera un beneficio, actual o futuro pero cierto, en su esfera de intereses; debiendo entenderse que dicho interés legítimo no existe si SAERCO no puede ser, en ningún caso, adjudicataria de los servicios contratados como, a juicio de la Adjudicataria, ocurre en este caso, por todas las razones ya expuestas. Se pide así la inadmisión de la reclamación por esta causa o, subsidiariamente, su desestimación, tanto en relación con los servicios de tránsito aéreo de aeródromo ATS, por estar legalmente reservados a ENAIRE, como respecto del resto de servicios que, por razones técnicas, solo pueden ser prestados por ella.

ENAIRE se opone también, subsidiariamente, a la concurrencia de la causa de nulidad del artículo 115.2.c) RDL 3/2020, al no darse ninguno de los dos requisitos que exige este precepto. Razona que la cercanía entre la adjudicación y la formalización del contrato no ha impedido a SAERCO reclamar y que no se han vulnerado los preceptos reguladores del procedimiento.

Por último, igualmente para el caso de que no se admita la falta de legitimación de SAERCO, se opone la adjudicataria al alegado conflicto de intereses entre AENA y ENAIRE. Se argumenta que si los servicios ATS licitados, solo se pueden prestar por ENAIRE, por ministerio de la ley o por las razones técnicas y económicas expuestas, es imposible que el supuesto conflicto pueda restringir la competencia, ya que no hay competencia alguna. Esgrime, con cita de resoluciones, que la jurisprudencia y la doctrina de los tribunales de contratación, han declarado que la existencia de vínculos empresariales, societarios o de otra naturaleza entre la entidad adjudicadora y el licitador no es, por sí sola, suficiente para justificar la exclusión automática de un licitador, siendo necesario que se acredite la existencia de un conflicto de intereses real y no hipotético. Todavía añade que el legislador ha determinado que ENAIRE, no solo puede sino que debe participar en las licitaciones de AENA, tal y como se deduce de la DF 2ª del Real Decreto-Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de



transportes y vivienda, que elimina la condición de medio propio de la Administración General del Estado que hasta entonces ostentaba ENAIRE.

La adjudicataria defiende el plazo de cinco años de duración del contrato que, dice, es inferior al de otros contratos suscritos por proveedores privados como las recurrentes SAERCO y FERRONATS y destaca que recientemente, se han adjudicado los nuevos contratos con proveedores ATS en 12 torres liberalizadas, que entran en vigor entre 2021 y 2022, resultando en todos los casos como adjudicatarias SAERCO y FERRONATS.

Se opone a la causa de nulidad invocada por SAERCO por ausencia de memoria económica en el expediente y al no constar la negociación del precio entre AENA y ENAIRE poniendo de manifiesto que no cita la reclamante en este punto ninguna causa de nulidad del artículo 115 RDL 3/2020.

Termina la adjudicataria razonando sobre la temeridad y mala fe que, a su juicio, se aprecia en la reclamación por lo que pide la imposición de multa

Séptimo. Por resolución de la Secretaría General de este Tribunal, dictada por delegación de este Tribunal, con fecha 27 de enero de 2022, de acuerdo con las razones esgrimidas por la EC y del análisis de los motivos que fundamentan la reclamación, se ha acordado 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 por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120.1 del RDL 3/2020 en relación con el artículo 45.1 de 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).

Segundo. La reclamación tiene por objeto un contrato y actos susceptibles de ser impugnados en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 119.2.a) y c) RDL 3/2020, al referirse a los pliegos y el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios, incluido en el

ámbito de dicha norma según su artículo 1, en relación con el artículo 12 de la misma norma, con un valor estimado superior a 431.000 euros [artículo 1.1.b)].

Por otra parte, AENA, tiene la condición de entidad contratante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del RDL 3/2020, por ostentar un derecho especial o exclusivo en las actividades aeroportuarias que se señalan en el artículo 12 de la citada norma.

Tercero. La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal. Esgrimiendo el mismo la causa de nulidad del artículo 115.2.c) del RDL 3/2020, no ha transcurrido el plazo de treinta días desde la publicación de la formalización del contrato el 4 de enero de 2022, y su interposición el 11 de enero siguiente.

Cuarto. La reclamación se presenta por una entidad cuyo objeto social guarda relación con el objeto del contrato y que manifiesta que habría participado en el procedimiento de haber sido abierto a la concurrencia.

Sin embargo, como se ha expuesto, la adjudicataria insta la inadmisión de la reclamación por falta de legitimación activa de la recurrente ya que, dice, al tratarse de un procedimiento negociado sin publicidad, al que no ha sido invitada y en el que el uso de dicho procedimiento se basa en la existencia de un solo operador económico que pueda prestar el servicio, en ningún caso podrá ser adjudicataria, aunque se anule el acuerdo impugnado.

Especial atención merece el análisis de la **legitimación** para presentar esta reclamación, que exige el artículo 48 de la LCSP, aplicable por la remisión general del artículo 121.1 RDL 3/2020, dadas las circunstancias que concurren y que, además, ha sido puesta en cuestión tanto por la EC como por la adjudicataria.

Frente a lo anterior, tanto AENA como la adjudicataria, instan la inadmisión del recurso. AENA, por no haber recurrido SAERCO los pliegos y ENAIRE por falta de interés legítimo de la reclamante ya que, dice, al tratarse de un procedimiento negociado sin publicidad, al que no ha sido invitada y en el que, el uso de dicho procedimiento, se basa en la existencia de un solo operador económico que pueda prestar el servicio, en ningún caso podría SAERCO ser adjudicataria, ni siquiera aunque se anule el acuerdo impugnado.



La doctrina general constante y uniforme de este Tribunal reflejada, entre otras muchas, en la resolución 2/2017, de 17 de enero, se resume en que definida la legitimación como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de ésta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008-). Por lo tanto, la regla general es que solo los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos, pues sólo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato y obtener, en consecuencia, un beneficio con la impugnación.

No obstante, en diversas resoluciones hemos admitido, con carácter excepcional, que pueden recurrir los pliegos quienes no participaron en la licitación si, a través de la reclamación pretenden remover el obstáculo que se lo impidió. Como hemos recordado recientemente, por ejemplo, en la Resolución 295/2021, de 23 de abril:

“En este sentido, el Tribunal viene admitiendo excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) la legitimación del recurrente que no ha concurrido a la licitación cuando el motivo de impugnación de los pliegos le impide participar en el procedimiento en un plano de igualdad (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 junio 2013).

En efecto, para admitir legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación por quien no ha tomado parte en la misma resulta necesario que la entidad recurrente, al menos, se haya visto impedida de participar en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia.

En este sentido, y como afirma la Resolución 1166/2019 de este Tribunal: “La regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado oferta al procedimiento, están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo estos pueden llegar a obtener la adjudicación del contrato. Ahora bien, esta regla general, tiene una excepción, en aquellos casos en que el empresario recurrente impugne una cláusula del Pliego que le impida

participar en condiciones de igualdad con la correspondiente licitación. En este último supuesto, ha señalado este Tribunal que es necesario que exista en el recurrente una intención directa en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores, de modo que debe justificarse esa intención en participar en el proceso. (Resoluciones TACRC 235/2018, 686/2019, 523/2019, 990/2019, entre otras)”.

Asimismo, hemos admitido reiteradamente, como una excepción a nuestra doctrina general, la impugnación indirecta de los pliegos al impugnarse la adjudicación del contrato, si se les imputa una causa de nulidad de pleno derecho. Por ejemplo, en la Resolución 644/2020, de 9 de octubre, declaramos:

“este Tribunal ha establecido en numerosas ocasiones sobre la posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la adjudicación) ha atendido hasta ahora a circunstancias objetivas, cuál era el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho alegados, sin consideración alguna a las circunstancias subjetivas que fueran de observar. Esa es, pues la regla general, que sólo pueden invocarse vicios de nulidad absoluta de los pliegos cuando estos no se impugnan dentro de plazo, sino que, con ocasión de la impugnación de actos posteriores, se lleva a cabo una impugnación indirecta de los mismos”.

Por otra parte, a las reglas generales que acabamos de exponer sobre la legitimación con sus restricciones y excepciones, hemos de añadir que en el supuesto de los procedimientos negociados sin publicidad, como en el que nos ocupa, la Ley añade unos condicionantes adicionales a la legitimación, pues tal como está configurado legalmente dicho procedimiento y la finalidad que se pretende, la restricción al máximo de la concurrencia está plenamente admitida, siempre, claro está, que se cumplan todos los requisitos que habilitan a la utilización de dicho procedimiento.

Así, uno de los supuestos en los que permite el RDL 36/2022, la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, es el previsto en el artículo 85.1 c) de la citada Ley que, es por otra parte, el alegado por la EC para la aplicación del citado procedimiento:

“Artículo 85. Procedimiento negociado sin publicidad.



1. Las entidades contratantes podrán utilizar el procedimiento negociado sin publicidad para adjudicar contratos de obras, suministros y servicios únicamente cuando concurra alguno de los casos siguientes:

c) Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto por alguna de las siguientes razones:

(..)

1.º Que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única.

2.º Que no exista competencia por razones técnicas.

3.º La protección de los derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial.

Las excepciones previstas en los números 2.º y 3.º anteriores se aplicarán únicamente cuando no exista una alternativa o sustituto razonable, y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de adjudicación del contrato". (el subrayado es nuestro).

Ello implica que si la EC justifica debidamente (a él le corresponde la carga de la prueba) que existen realmente las circunstancias excepcionales (no por una mera conveniencia) que motivan la utilización de este procedimiento y, por lo tanto, la adjudicación a un determinado empresario, la consecuencia lógica es que sólo el licitador que reúna los requisitos exigidos podrá optar a presentarse y, en su caso, ser adjudicatario del contrato.

Esto tiene unas consecuencias directas en el tratamiento de la legitimación en este tipo de procedimientos, pues a las generales antes citadas que exigen para impugnar el pliego que se presente posteriormente proposición (con las excepciones antes reflejadas), se une que esa legitimación sólo podrá ser conferida, en todo caso, al licitador que reúna los requisitos que han motivado la convocatoria del procedimiento negociado sin publicidad y que constarán debidamente justificadas en el expediente de contratación. Por lo tanto, esta es una comprobación adicional que tendrá que verificar este Tribunal en este tipo de procedimientos

para atribuirle legitimación al reclamante o recurrente, porque por las razones antes explicadas, no puede otorgarse dicha legitimación a cualquier hipotético empresario que decidiera presentarse a este tipo de licitaciones.

Realizadas las consideraciones anteriores, las peculiaridades que concurren en este caso y que justifican la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, merecen un singular tratamiento en la respuesta sobre las dudas de legitimación planteadas.

Debido al procedimiento de licitación elegido por la EC y, por lo tanto, la falta de publicidad de la licitación y de los actos producidos durante la misma en el procedimiento de adjudicación frente a los procedimientos abiertos (Plataforma de Contratación del Sector Público, B.O.E. o D.O.U.E, en su caso), la reclamante alega que ha tenido conocimiento de la licitación y de la adjudicación del contrato por medios indirectos y, en consecuencia, no pudo ni presentar proposición ni impugnar, en su momento, los pliegos de la licitación hasta que no se ha producido la adjudicación del contrato y ha conocido de la misma.

Pues bien, como venimos exponiendo, para el otorgamiento de la legitimación, tenemos que analizar, previamente, si la reclamante posee los requisitos fijados para ser invitada en este procedimiento.

En este sentido, la condición fijada para poder participar en esta licitación no viene, en realidad, impuesta por una exigencia contractual, sino por una disposición legal, ya que conforme expone la EC, la posibilidad de presentarse viene regulada por la Ley 9/2010, más concretamente por la disposición adicional 2ª, apartado 3, que sólo posibilita presentarse a ENAIRE que es la entidad pública empresarial que posee, en exclusiva, actualmente las competencias en el servicio de tránsito aéreo que se licitan, hasta tanto se liberalicen dichas competencias mediante la oportuna orden ministerial que deberá aprobarse por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

Por lo tanto, la causa que le impide participar a la reclamante no está verdaderamente en el Pliego ni en los documentos contractuales, aunque allí esté referida, sino en una norma y por esa razón, para conseguir la legitimación que le niega la EC, la reclamante a través de la impugnación tanto del pliego que posibilita la licitación, del procedimiento de contratación utilizado, como de la propia adjudicación, lo que realmente está impugnando es, al menos, la

interpretación de la disposición adicional segunda de la Ley 9/2010 que ha realizado la EC, sino, por vía indirecta, la propia disposición adicional citada.

En definitiva, la conclusión sobre si existe causa legal que le impediría a la reclamante ser invitada al procedimiento negociado sin publicidad ahora adjudicado, formaría parte de la “legitimación ad causam” que se resolverá como cuestión de fondo, más adelante, en esta resolución pero, previamente, aunque, estrictamente, la reclamante no cumple los requisitos fijados para poder ser licitador en este procedimiento, dados los argumentos jurídicos sobre los que funda su pretensión la reclamante y las peculiares circunstancias que concurren, sí que hemos de reconocerle, al menos, una legitimación abstracta o general (“legitimación ad procesum”) para interponer la reclamación, pues es evidente que su interés no se centra en defender o impugnar la pura legalidad, sino que resultaría beneficiado de modo directo y efectivo con la estimación de la pretensión ejercitada.

Quinto. Pasando ya a examinar la reclamación de SAERCO y antes de entrar en el fondo de lo que se debate, a juicio de este Tribunal, es oportuno reflejar, previamente, en esta resolución (así lo hacen también la reclamante, AENA y ENAIRE, en sus respectivos escritos) cuál es el escenario jurídico actual competencial en el que se ha licitado el contrato y sus antecedentes para comprender mejor lo que se plantea en la reclamación y poder dilucidar si a la reclamante le asiste la razón o no en sus argumentos.

El artículo 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuesto Generales del Estado, crea la Entidad Pública Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, aprobándose sus estatutos por medio del Real Decreto 905/1991, de 14 de junio, por el que se aprueba el Estatuto del Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, en cuyo artículo 11, establecía que dicho ente tenía encomendadas las competencias de gestión de la red de aeropuertos españoles, las instalaciones y redes de ayuda a la navegación y el servicio de tránsito aéreo.

Posteriormente, el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de noviembre, supuso una transformación en la situación anterior, pues, entre otras cosas, creó una división en la gestión de la red de aeropuertos:

a) Por un lado, la gestión y explotación de los servicios aeroportuarios (actividades aeroportuarias y comerciales) que hasta entonces ejercía el ente público, se le encomienda a una nueva sociedad que crea la citada norma, AENA AEROPUERTOS, S.A.



b) Subsiste la Entidad Pública Empresarial AENA con su misma naturaleza y régimen jurídico que seguiría ostentando las competencias en materia de navegación aérea y espacio aéreo y, además, la coordinación operativa nacional e internacional de la red nacional de gestión del tráfico aéreo, estando adscrita actualmente al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

Posteriormente, mediante el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, se cambió la denominación de la sociedad mercantil AENA AEROPUERTOS, S.A., por AENA, S.A. y la Entidad Pública Empresarial AENA, pasó a denominarse ENAIRE.

Por otra parte, para aclarar el concepto eje de la reclamación, hay que precisar que los servicios de tránsito aéreo (ATS del inglés “air traffic service”), se definían en el artículo 1.1. del derogado Real Decreto 1981/1998, de 18 de septiembre, por el que se establece el Servicio de Información de Vuelo de Aeródromo (AFIS), de la siguiente manera:

“Expresión genérica que se aplica, según el caso, a los servicios de información de vuelo, alerta, asesoramiento de tránsito aéreo, control de tránsito aéreo (servicios de control de área, control de aproximación o control de aeródromo) y servicio de información de vuelo de aeródromo”.

Precisamente, en relación con los servicios de tránsito aéreo, fue necesario promulgar la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo, para mejorar la gestión y eficiencia económica y organizativa de los citados servicios y asegurar su sostenibilidad. Así se exponía en el preámbulo de la citada Ley:

“Por un lado, AENA presta servicios de control en aeródromos de escaso volumen de tráfico en los que resulta factible que el tránsito aéreo se realice mediante los denominados servicios de información de vuelo de aeródromo (AFIS), tal y como tiene establecido la Organización Internacional de Aviación Civil (OACI). Estos servicios de información de vuelo, al no requerir controladores de tránsito aéreo, resultan mucho más eficientes económicamente e igualmente seguros. (hoy regulados en el Real Decreto 1133/2010, de 10 de septiembre, por el que se regula la provisión del servicio de información de vuelo de aeródromos (AFIS)).



Por otro lado, tal y como exigen los reglamentos de Cielo Único Europeo, resulta necesario permitir que otros proveedores de servicios, debidamente certificados por una autoridad europea de supervisión, puedan prestar servicios de control de tránsito aéreo en nuestros aeródromos. Con ello, además de cumplir con los requisitos comunitarios, se introduce la competencia en este sector, lo cual, necesariamente, habrá de producir una mejora en las condiciones técnicas y económicas en las que se prestan estos servicios.

La sustitución de los servicios de control en los aeródromos de menor volumen por el sistema AFIS y la entrada de nuevos proveedores de servicios en régimen de competencia en el resto de aeropuertos, permitirá que AENA pueda reorganizar mejor sus recursos humanos y materiales y garantizar de una manera más eficaz y eficiente la prestación de los servicios de tránsito aéreo en ruta o zona, ámbito en el cual ha acreditado una excelente cualificación técnica y que debe conservar en todo caso por su vinculación a la soberanía del Estado.

(..)

Comenzando por el primer bloque de medidas que contiene esta ley, la apertura a nuevos proveedores certificados de servicios de navegación aérea, se introducen un conjunto de disposiciones reguladoras de aspectos esenciales de la prestación de estos servicios aplicables al sector en su conjunto. Así, en primer lugar, se declara la competencia del Ministerio de Fomento para la designación de los nuevos proveedores de servicios, siempre que se encuentren debidamente certificados por una autoridad nacional de supervisión de un Estado Miembro de la Unión Europea. En el supuesto concreto de los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, la designación se efectuará a solicitud del gestor aeroportuario, que la cursará con plena autonomía de decisión en función de las características técnicas y económicas del aeropuerto y la normativa aplicable.

(..)

Estas medidas se completan con las contenidas en la disposición adicional segunda que ordena el proceso a través del cual entrarán nuevos proveedores de tránsito aéreo en el mercado español. Este proceso se iniciará con la implantación inmediata, previos los correspondientes estudios de seguridad, de servicios de información de vuelo de aeródromo (AFIS) en aquéllos de menor volumen de tráfico, y culminará con la selección, en función de



las características del aeródromo y de los estudios de seguridad pertinentes, de los nuevos proveedores para aquellos otros que se determinen por orden del Ministerio de Fomento”.

El artículo 1 de la citada Ley 9/2010, determinaba:

“Artículo 1. Designación de proveedores civiles de servicio de tránsito aéreo.

1. Los servicios de tránsito aéreo de control de área y control de aproximación, así como los de información de vuelo, de alerta y de asesoramiento asociados a los volúmenes de espacio aéreo en los que se prestan tales servicios, continuarán prestándose directamente por la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), como entidad designada para dicha función”.

Y elemento clave en la resolución de esta reclamación es lo que dispone la disposición adicional segunda de la Ley 9/2010, a la que ya hemos hecho mención anteriormente en esta resolución:

“Disposición adicional segunda. Servicios de tránsito aéreo prestados por Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea.

1. En los aeródromos gestionados en la actualidad por AENA los servicios de tránsito aéreo podrán ser prestados por la citada entidad o por cualquier otro proveedor de servicios de tránsito aéreo debidamente certificado por una autoridad nacional de supervisión de la Unión Europea.

2. En los dos meses siguientes a la entrada en vigor de esta ley, AENA deberá presentar al Ministerio de Fomento los estudios de seguridad que permitan identificar en qué aeródromos de los que gestiona se empezará a prestar el servicio de tránsito aéreo bajo la modalidad de servicio de información de vuelo de aeródromo (AFIS). El Ministerio de Fomento determinará mediante orden en qué aeródromos se prestará dicho servicio de información de vuelo.

En el plazo que se establezca en dichas órdenes, AENA, o el gestor aeroportuario que la suceda, conforme a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, deberá iniciar los procedimientos para la selección de los correspondientes proveedores civiles de servicios de información de vuelo de aeródromo.



3. Para aquellos aeródromos que se determinen por orden del Ministerio de Fomento y en el plazo que en las mismas se establezca, AENA, o el gestor aeroportuario que la suceda, deberá igualmente iniciar los procedimientos para la selección de nuevos proveedores civiles de servicios de tránsito aéreo de aeródromo, de acuerdo con lo establecido en la Ley 31/2007, de 30 de octubre. En función de las características del aeródromo y de los estudios de seguridad pertinentes, estos servicios podrán prestarse bajo la modalidad de control, información de vuelo, o ambas, según se determine en las referidas órdenes ministeriales.

(..)

5. En los aeródromos a los que se refieren los apartados 2 y 3 de la presente disposición AENA continuará prestando los servicios de control de tránsito aéreo hasta que se produzca el inicio efectivo de la prestación de servicios por los nuevos proveedores”.

En relación con lo que hemos querido subrayar del apartado 3 transcrito, es oportuno precisar que el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 diciembre, en su artículo 7, dispuso:

“Además de cualquier otra función que pudiera atribuirle el Consejo de Ministros, «Aena Aeropuertos, S.A.» asumirá el conjunto de funciones y obligaciones que actualmente ejerce la entidad pública empresarial AENA en materia de gestión y explotación de los servicios aeroportuarios, así como cualesquiera otras que la normativa nacional o internacional atribuya a los gestores aeroportuarios, en relación a la red de aeropuertos integrada por los aeropuertos y helipuertos gestionados por AENA en el momento de entrada en vigor de este Real Decreto-ley”.

De la lectura de la disposición adicional segunda, resulta evidente que ampara dos supuestos distintos:

- a) El previsto en el apartado 2, relativo al servicio de tránsito aéreo bajo la modalidad de servicio de información de vuelo de aeródromo (AFIS).
- b) El previsto en el apartado 3, referido a otros aeropuertos que debía, entonces, determinar el Ministerio de Fomento mediante orden ministerial para la prestación de servicios de tránsito aéreo, entre los que se comprenden, según alega AENA Y ENAIRE, los que son objeto de la contratación en controversia. Hay que recordar que el objeto del contrato es la prestación de

servicios de control de tránsito aéreo de aeródromo y no de servicios de información de aeródromo (AFIS).

En aplicación de la citada Ley, se aprobó la Orden Ministerial FOM/3352/2010, de 22 de diciembre, por la que se determinan los aeropuertos gestionados por la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea para la selección de nuevos proveedores civiles de servicios de control de tránsito aéreo de aeródromo, que en su justificación, después de citar la Ley 9/2010, señalaba (los subrayados son nuestros):

“La Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de los servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo, acomete una reforma estructural de los servicios de tránsito aéreo estableciendo un nuevo modelo de prestación de estos servicios que, en el marco del «Cielo Único» europeo garantice su prestación segura, eficaz, continuada y sostenible económica y financieramente.

En este contexto, esta ley reserva a la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) la prestación de los servicios de tránsito aéreo de control de área y control de aproximación, abriendo la posibilidad de que los servicios de tránsito aéreo de aeródromo se presten por otros proveedores certificados por una autoridad nacional de supervisión de la Unión Europea.

Con este mismo objetivo, la disposición adicional segunda de la Ley 9/2010, de 14 de abril, prevé que en los aeródromos gestionados por AENA los servicios de tránsito aéreo puedan ser prestados por la citada entidad o por cualquier otro proveedor de servicios de tránsito aéreo debidamente certificado, estableciendo que, para aquellos aeródromos que se determinen por orden del Ministerio de Fomento y en el plazo que en ellas se establezca, AENA deberá iniciar los procedimientos para la selección de nuevos proveedores civiles de servicios de tránsito aéreo de aeródromo.

(..)

Completado el marco reglamentario, procede determinar el grupo inicial de los aeropuertos gestionados por AENA en los que la entidad pública empresarial debe proceder a seleccionar a otros proveedores para la prestación de servicios de tránsito aéreo de aeródromo. En la



determinación de estos aeropuertos se ha tenido en cuenta el análisis realizado por la entidad pública empresarial.

En este análisis AENA ha valorado, entre otros criterios, los relacionados con el tipo y volumen de tráfico; la complejidad de la dependencia y del proceso de transición en relación con los objetivos perseguidos, características del servicio prestado en la dependencia ATS en cada caso así como las necesidades de la propia AENA y de la red de navegación aérea, así como las derivadas de la gestión de los aeropuertos seleccionados, todo ello siempre teniendo en cuenta la imprescindible garantía de la seguridad, continuidad, eficacia, calidad y sostenibilidad del servicio. Conforme a este análisis, en todos los aeropuertos seleccionados los servicios de tránsito aéreo se prestarán en la modalidad de control de tránsito aéreo de aeródromo.

Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2010, de 14 de abril, tras la selección que realice AENA y la propuesta que eleve dicha entidad, corresponde al Ministerio de Fomento la designación, dentro de bloques específicos de espacio aéreo, del proveedor civil de control de tránsito aéreo de aeródromo para cada aeropuerto.

Artículo 1. Aeropuertos en los que debe procederse a la selección de nuevos proveedores de servicios de control de tránsito aéreo de aeródromo.

1. La entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) deberá iniciar el procedimiento de selección de nuevos proveedores de servicios de control de tránsito aéreo de aeródromo, de acuerdo con lo establecido 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, para la prestación de estos servicios de tránsito aéreo en los siguientes aeropuertos:

Aeropuerto de A Coruña.

Aeropuerto de Alicante.

Aeropuerto de Fuerteventura.

Aeropuerto de Ibiza.



Aeropuerto de Jerez de la Frontera.

Aeropuerto de La Palma.

Aeropuerto de Lanzarote.

Aeropuerto de Madrid-Cuatro Vientos.

Aeropuerto de Melilla.

Aeropuerto de Sabadell.

Aeropuerto de Sevilla.

Aeropuerto de Valencia.

Aeropuerto de Vigo”.

Parece, por lo tanto, evidente, que para otro tipo de situaciones y aeropuertos, era preciso legalmente que así se estableciera en la correspondiente orden ministerial.

Pues bien, en cuanto al fondo de lo que se plantea en la reclamación y según lo hasta ahora expuesto, el principal motivo en que se basa la impugnación, es la falta de justificación legal del procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia elegido, basado en la existencia de un solo operador económico que pueda prestar el servicio, afirmada por AENA como por la EC, con lo que SAERCO discrepa.

El artículo 85 RDL 3/2020, aplicable como se ha dicho al procedimiento de contratación que nos ocupa, regula el “*Procedimiento negociado sin publicidad*” y, en lo que ahora es relevante, establece:

“1. Las entidades contratantes podrán utilizar el procedimiento negociado sin publicidad para adjudicar contratos de obras, suministros y servicios únicamente cuando concurra alguno de los casos siguientes: (...)

c) Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto por alguna de las siguientes razones:



1.º Que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única.

2.º Que no exista competencia por razones técnicas.

3.º La protección de los derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial.

Las excepciones previstas en los números 2.º y 3.º anteriores se aplicarán únicamente cuando no exista una alternativa o sustituto razonable, y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de adjudicación del contrato. (los subrayados son nuestros)

En relación con esta cuestión, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares rector del contrato (PCAP) constata, efectivamente, en la cláusula 9, como procedimiento de adjudicación el “*Procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia*” indicando que “*se negociarán las condiciones técnico económicas con la empresa*”.

El Pliego de Prescripciones Técnicas aplicable al procedimiento (PPT), en la Introducción, dispone:

“La ley 9/2010, regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, estableciendo que los servicios de control de área y control de aproximación, así como los de información de vuelo, de alerta y asesoramiento asociados a los volúmenes de espacio aéreo en los que se prestan tales servicios continuarán prestándose directamente por ENAIRE, como entidad designada para dicha función. Dicha Ley ha venido a desarrollar un nuevo modelo para la prestación de los servicios de tránsito aéreo en España, al objeto de asegurar la continuidad de su prestación, así como su sostenibilidad económica y financiera”.

Según la cláusula 1 PPT, el objeto del pliego:

“es la contratación de un proveedor de servicios de navegación aérea que preste los siguientes servicios:



a) Aena requiere que el adjudicatario preste de forma regular de acuerdo a lo especificado en los ANEXOS B, C y en la cláusula 2 de este pliego, los servicios de (listado orientativo, no exhaustivo):

- Gestión de Tránsito Aéreo (ATM):

- *Servicios de tránsito aéreo de aeródromo (ATS): ATC, FIS (ATIS y D-ATIS), alerta y asesoramiento, según se definen en los Reglamentos aplicables.*
 - o *Servicios de uso de los sistemas ATM.*
 - o *Servicios de mantenimiento de los sistemas ATM.*
- *Gestión de Afluencia de Tránsito Aéreo (ATFCM) en toda la red de Aeropuertos.*

- Comunicación, Navegación y Vigilancia (CNS):

- o *Servicio de uso de instalaciones CNS.*
- o *Servicio de mantenimiento de sistemas CNS.*

- Dirección en Plataforma (SDP)

- Información Aeronáutica (AIS).

- Diseño de estructuras de espacio aéreo y procedimientos de vuelo”

El “Informe justificativo” de la adjudicación del contrato sin publicidad y sin concurrencia, emitido por la Dirección de Operaciones de AENA en fecha 16 de julio de 2021, expone a modo de Introducción lo siguiente:

“Actualmente, los servicios de navegación aérea se prestan por Enaire en virtud de un Acuerdo de prestación de servicios de navegación aérea que finaliza el día 31 de diciembre de 2021. En consecuencia, Aena debe licitar un nuevo contrato de prestación de estos servicios. Conforme a los condiciones técnicas que concurrían en la fecha de aquel Acuerdo y que se mantienen actualmente tal y como se motiva en el presente informe, se propone la adjudicación de este contrato, por el procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia, a ENAIRE”.



Más adelante, el informe enumera y describe los servicios incluidos en el contrato. Se refiere a la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo y expone el proceso de liberalización de los servicios que se ha desarrollado a partir de ella. En las págs. 13-14 dice:

“Aunque en 2010 se aprobó la orden del Ministerio de Fomento que identificaba los 13 aeropuertos (finalmente fueron 12 los licitados) donde el servicio ATS de aeródromo se abría a la competencia, desde entonces el proceso de apertura del mercado del servicio ATS de aeródromo se ha interrumpido, no habiéndose publicado por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, Ordenes adicionales que permitan avanzar en la selección y designación de otros proveedores de servicios ATS en los aeropuertos.

Continuar con este proceso de entrada progresiva de nuevos proveedores ATS requeriría la publicación de las correspondientes Órdenes Ministeriales por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, tal y como contempla la Ley 9/2010 de 14 de abril.

Por tanto, actualmente el único proveedor designado en estos 21 aeropuertos es ENAIRE. No obstante, en el nuevo Contrato se contempla la posibilidad de continuar con el proceso de apertura del mercado del servicio ATS en estos 21 aeropuertos si durante el periodo de vigencia se publicasen las mencionadas Órdenes Ministeriales, lo que se traduciría en la disminución de los costes facturados por ENAIRE.”

El Informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Hacienda, consultada por AENA, emitido el 21 de septiembre de 2021, en relación con la propuesta de inicio del expediente DEA 384/2021, se pronuncia en sentido favorable. En particular, sobre el procedimiento de licitación negociado sin publicidad, transcribe el artículo 85.c) RDL 3/2020 y destaca que:

“Forma parte del expediente remitido, el informe justificativo de este procedimiento, en el que se justifica la exclusividad de la que es titular Enaire para la prestación de este servicio de navegación aérea en determinados aeropuertos, de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2014, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo”.

Tanto AENA como ENAIRE y la misma reclamante, han invocado en sus escritos la DA 2ª de la Ley 9/2010.

La lectura de la disposición, antes transcrita, especialmente su apartado 3, revela que el inicio de los procedimientos para la selección de proveedores civiles de servicios de tránsito aéreo de aeródromo como los que son el objeto de este contrato, de acuerdo con la legislación sobre contratación pública, exige efectivamente, como ponen de manifiesto la EC y la adjudicataria, la previa aprobación por el Ministerio de Fomento (actualmente Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana) de las correspondientes órdenes ministeriales que identifiquen los aeródromos a que se aplican y determinen, en función de sus características, si los servicios podrán prestarse bajo la modalidad de control, información de vuelo o ambas. La conclusión contraria que postula SAERCO, no tiene apoyo en el tenor de la norma, cuyo significado se reafirma en el preámbulo legal que, a este respecto, dice:

“Estas medidas se completan con las contenidas en la disposición adicional segunda que ordena el proceso a través del cual entrarán nuevos proveedores de tránsito aéreo en el mercado español. Este proceso se iniciará con la implantación inmediata, previos los correspondientes estudios de seguridad, de servicios de información de vuelo de aeródromo (AFIS) en aquéllos de menor volumen de tráfico, y culminará con la selección, en función de las características del aeródromo y de los estudios de seguridad pertinentes, de los nuevos proveedores para aquellos otros que se determinen por orden del Ministerio de Fomento”.

El Estudio de los Servicios de Tránsito Aéreo en España, de 30 de octubre de 2018, realizado por la CNMC aportado a las actuaciones, confirma que la anterior es la interpretación procedente de la regulación contenida en la Ley 9/2010. Así, refiriéndose a la DA 2ª, apartados 2 y 3, dice:

“Dado que antes de la reforma no existían aeropuertos en España en los que se prestaran servicios AFIS, la Ley 9/2010 se refiere a dos cuestiones que deben atenderse en la liberalización:

- Por un lado, exige identificar qué aeropuertos pueden ser designados como aeródromos AFIS. Una vez designados como tal, el gestor aeroportuario puede licitar los servicios.



- Por otro lado, exige identificar mediante orden del Ministerio de Fomento aquellos aeropuertos de la red Aena en los que los servicios ATC deben ser licitados. Es decir, Aena no puede sacar a licitación los servicios AT de aeródromo sin mediar orden del Ministerio de Fomento”

Por lo demás, todas las partes interesadas en esta reclamación coinciden en que, respecto de los 21 aeródromos a que se refiere este contrato, no se ha dictado todavía la Orden Ministerial que contempla la citada DA 2ª sin que sea competencia de este Tribunal dilucidar si puede haber existido inactividad o tardanza de la Administración a este respecto, ni sus consecuencias.

No es, por lo tanto, una cuestión de ineficiencia, de costes o de mejor gestión, sino de cumplimiento de la legalidad que supedita el dictado de una orden ministerial a la apertura a la competencia efectiva de los servicios de tránsito aéreo en determinados aeropuertos (21) que sigue gestionando en exclusiva AENA porque así se lo atribuye una norma.

En consecuencia, en una situación en que la legislación sectorial aplicable, pospone la aplicación del principio de concurrencia hasta que se cumpla un determinado requisito que no se ha cumplido, hemos de entender que concurre el escenario del artículo 85.1c) RDL 3/2020 puesto que solo existe un operador económico que pueda prestar el servicio (ENAIRe, actualmente) y, por tanto, está justificado plenamente la utilización del procedimiento negociado sin publicidad.

Por ejemplo, en la Resolución 835/2021, de 8 de julio, hemos recordado la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, recogida en el informe 52/06, de 11 de diciembre que concluye:

“Como se aprecia claramente lo decisivo para la utilización del procedimiento negociado, por esta causa es que exista un solo empresario al que pueda encomendarse la ejecución de la obra, siendo motivo indirecto y remoto el que ello sea por razones técnicas, artísticas o de exclusividad de derechos”.

Por último, en este escenario, en el que por lo expuesto, queda plenamente justificada la utilización del procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia y, por lo tanto, que se invite sólo y exclusivamente a ENAIRe, carece de virtualidad que ésta no ostente la

condición de medio propio de la Administración General del Estado, en virtud del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda

La consecuencia final es que procede rechazar este motivo de la reclamación.

Sexto. En relación con lo anterior, SAERCO cuestiona que se haya acudido por AENA al procedimiento negociado sin publicidad, no solo respecto de los Servicios de tránsito aéreo de aeródromo (ATS) que constituyen el objeto principal del contrato y respecto de los cuales hemos considerado justificado dicho procedimiento, dada la reserva legal actual de su prestación en favor de ENAIRE. También cuestiona la recurrente que se haya acudido a este procedimiento para los demás servicios que menciona la Cláusula 1 del PPT, que no están incluidos en la DA 2ª de la Ley 9/2010 y para cuya prestación SAERCO estaría certificada.

El Informe de AENA justificativo de la adjudicación del contrato sin publicidad y sin concurrencia, se refiere a los servicios adicionales al ATS incluidos en el objeto del contrato y adjudicados también a ENAIRE, sin publicidad ni concurrencia. A este respecto (pp. 15 y ss) dicho informe dice:

2.2 Servicios de uso de sistemas ATM

Se refiere al servicio que garantiza la disponibilidad de las actualizaciones de versión del Software del Sistema ATM (SACTA, ICARO).

ENAIRE es el titular de los derechos de propiedad intelectual, morales y patrimoniales de los sistemas SACTA, ICARO.

Para la prestación de servicios ATS en todas las Torres, independientemente del proveedor, es necesario disponer de ciertos sistemas para la gestión del tráfico aéreo, entre los que destaca principalmente SACTA e ICARO, que integran y procesan información esencial para el tráfico aéreo como son los planes de vuelo, datos radar o información meteorológica.

Dichos sistemas son únicos para todo el Estado Español y se comunican a través de una sola red de datos de navegación aérea (REDAN), de forma similar a como sucede en el resto de estados europeos, y conforme a las recomendaciones de emplear modelos de soluciones



globales, en modalidad de servicios con carácter global y modelos de alianza, evitando la fragmentación por sistemas de forma desagregada que generan ineficiencias técnicas y económicas en los servicios de navegación aérea.

Los Sistema ATM son propiedad de ENAIRE, por lo que actualmente este servicio de uso de sistemas ATM no puede ser prestado por otros proveedores.

El servicio de uso de sistemas ATM en toda la red de aeropuertos supone aproximadamente el 4% del importe total del Contrato propuesto.

2.3 Servicios de mantenimiento de sistemas ATM

Servicio de MANTENIMIENTO DE SISTEMAS ATM se refiere al servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura del Sistema ATM (SACTA, ICARO) desplegado en la Torre de Control y de todas sus interfaces vía la red de datos REDAN con el Sistema ATM (SACTA, ICARO) desplegado en el Centro de Control asociado y vía la red RECOA con los Sistemas de Aeropuertos.

El mantenimiento de los sistemas ATM se organiza en tres niveles. El nivel 1 se refiere a la estricta reposición del hardware de los sistemas, si bien siempre se requiere coordinación a nivel central por su conexión con la red global.

Los niveles 2 y 3 se refieren al mantenimiento software de los sistemas ATM. Identifica y corrige fallos de configuración y determina la causa de las anomalías en los sistemas SACTA e ICARO, propiedad de ENAIRE, por lo que este servicio al ser ENAIRE el propietario del activo, solo puede ser prestado en exclusividad por ENAIRE.

La escisión y reparto del mantenimiento de los sistemas ATM (nivel 1/ niveles 2 y 3) entre diferentes proveedores provocaría una pérdida de eficiencia técnica y sinergias con el resto de mantenimiento de los sistemas, una mayor complejidad en una topología de sistemas en red, coordinaciones adicionales entre proveedores, así como una mayor supervisión de AESA y en situaciones donde se produzcan incidencias/fallos se van a generar procesos más complejos con más intervinientes en diagnosis de fallos y responsabilidades menos precisas, que provocarían un mayor tiempo en la resolución de incidencias y fallos, poniendo en riesgo la continuidad y disponibilidad de los sistemas ATM, esenciales y básicos para el tráfico aéreo.

Adicionalmente, el disponer de más de un proveedor de servicio de mantenimiento de sistemas ATM en una misma instalación provocaría duplicidades en los recursos empleados, complejidad en los procedimientos de coordinación entre los proveedores y necesidad de una delimitación clara de la responsabilidad de cada uno de ellos, que redundaría en un mayor coste económico del servicio.

El servicio de mantenimiento de sistemas ATM en toda la red de aeropuertos supone aproximadamente el 3% del importe total del Acuerdo.

2.4 Servicios de Uso de Comunicaciones, Navegación y Vigilancia (CNS)

Para el tráfico aéreo es imprescindible la disponibilidad de sistemas de navegación aérea de uso común en el ámbito de ruta, aproximación y aeródromo, como es la red de datos aeronáuticos (REDAN), radioayudas (VOR) y radares, que son propiedad de ENAIRE, y se comparte su uso con Aena en el ámbito de aeródromo.

ENAIRE es la única entidad designada por el estado para la prestación de servicios de control de áreo y control de aproximación.

El concepto de uso de sistemas CNS, se refiere a la amortización de la infraestructura CNS propiedad de ENAIRE que sirve a servicios de aeródromo. Este servicio de uso, incluye el servicio de mantenimiento prestado por ENAIRE a las instalaciones CNS de su propiedad.

Este servicio de Uso de Comunicaciones, Navegación y Vigilancia se presta con activos que son propiedad de ENAIRE, por lo que este servicio de uso no puede ser prestado por otros proveedores.

Este servicio de Uso de instalaciones CNS supone aproximadamente el 6% del importe total del Contrato propuesto.

2.5 Servicios de mantenimiento de Comunicaciones, Navegación y Vigilancia (CNS)

Este servicio incluye los medios humanos y materiales necesarios para la realización de todas las tareas de mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones y equipamiento de comunicaciones, navegación y vigilancia en cada Aeropuerto que son propiedad de Aena.

Las instalaciones y equipamiento CNS son imprescindibles para la operación de las aeronaves y requieren ser mantenidas por un proveedor CNS certificado por una autoridad de supervisión.

ENAIRE, como proveedor CNS certificado, dispone de personal técnico de mantenimiento en los aeropuertos para realizar las labores de mantenimiento de las instalaciones CNS que son de su propiedad y se encuentran en el recinto aeroportuario.

A pesar de que hay otros proveedores CNS certificados, no se considera viable desde el punto de vista técnico y económico, la escisión y reparto del mantenimiento de los sistemas CNS entre diferentes proveedores en un mismo recinto aeroportuario, por los siguientes motivos:

- Aumentaría la complejidad técnica e ineficiencias de disponer de varios proveedores y/o actividades solapadas (mantenimiento preventivo y correctivo, gestión logística de repuestos, calibración de radioyudas,...) y una mayor complejidad en la coordinación entre diferentes proveedores.*
- La implantación desagregada de nuevos técnicos de proveedores CNS solo podría abarcar las instalaciones de Aena y no las de ENAIRE lo que conllevaría despliegue y duplicidad innecesaria de recursos (perdiendo la polivalencia de técnicos actuales que mantienen varios sistemas) y relaciones complejas entre proveedores y AESA, en cuanto a la delimitación de la responsabilidad de cada proveedor y procedimientos de coordinación entre los proveedores, así como posibles ambigüedades en múltiples responsabilidades.*
- Sería imprescindible detallar en los contratos la delimitación de parte de la cadena de prestación de servicio que corresponde a cada proveedor, lo que puede suponer tener que acometer cambios de diseño o arquitectura en los sistemas actuales. Esta delimitación de responsabilidades es exigida por AESA ante la coexistencia de varios proveedores y la delimitación de responsabilidades cruzadas.*
- Las actividades solapadas y procesos más complejos ante incidencias/fallos, con más intervinientes en diagnosis de fallos y responsabilidades menos precisas, podrían redundar en una pérdida de calidad y continuidad en un servicio crítico y esencial para el tráfico aéreo. Incrementándose el tiempo de detección y resolución de incidencias y fallos con la consecuente repercusión en la operativa y calidad del servicio.*

- *ENAIRE dispone actualmente de infraestructura que permite la implantación de conceptos y arquitecturas de funcionamiento global integrado y con carácter de red. Esto ha permitido una optimización, según la cual es posible compatibilizar la función de monitorización y control del sistema con las actividades de mantenimiento directo,*

La disponibilidad de un único proveedor CNS en un mismo recinto aeroportuario asegura una operación sin interrupciones en el tráfico aéreo, representa un gran beneficio para la operación y es acorde a los modelos utilizados en otros estados como se indica en el apartado 2 de este informe.

Este servicio de Mantenimiento de instalaciones CNS supone aproximadamente el 10% del importe total del Contrato.

2.6 Otros servicios

Existen otros servicios incluidos en el Contrato, como el Servicio de Dirección en Plataforma (SDP), servicio de gestión de afluencia de tránsito aéreo (ATFM) o el Servicio de Información Aeronáutica (AIS), que se han considerado como un coste Indirecto, motivo por el que estos servicios no se explicitan como independientes. Para el caso de los servicios AIS y ATFM, se trata de funciones de red y ENAIRE es el único proveedor autorizado a prestar estos servicios dentro del Estado Español. El servicio SDP, desde el punto de vista de la eficiencia, estaría asociado a la provisión de servicios ATS en los aeropuertos en los que ENAIRE es el proveedor ATS designado y se requiere la prestación de dichos servicios”.

A partir de lo anterior, está consolidada la doctrina de este Tribunal sobre discrecionalidad técnica de los órganos de contratación o entidades contratantes, en la terminología del RDL 3/2020, que, como recuerda, entre muchas otras, la ya citada Resolución 835/2021, supone, en resumen:

“que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que

en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla”.

De modo:

“que los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias, de modo que, fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Aplicando la anterior doctrina al caso presente, no podemos sino confirmar las resoluciones impugnadas también en cuanto suponen licitar por el procedimiento negociado sin publicidad el resto de servicios, además del ATS, relacionados en el PPT puesto que, desde el ámbito estrictamente jurídico que nos compete, no apreciamos arbitrariedad o error manifiesto en las razones técnicas pormenorizadamente esgrimidas por la EC.

Séptimo. Se esgrime también por SAERCO, la causa de nulidad del artículo 115.2.c) en relación con los artículos 73.2 y 72.1 y .3 RDL 3/2020 por no haber transcurrido quince días hábiles entre la publicación de la adjudicación del contrato y su formalización lo que, dice la reclamación, habría impedido a la recurrente su interposición antes de la formalización del contrato.

Efectivamente, el artículo 73.2 RDL 3/2020 establece que no se podrá proceder a la formalización de los contratos hasta que transcurran quince días hábiles desde que se notifica la adjudicación *“con el objeto de poder garantizar el efecto suspensivo de la reclamación en materia de contratación a que se refiere el artículo 53 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre”.*

El artículo 115.2 RDL 3/2020 incluye, entre las causas de nulidad de los contratos:

“c) La inobservancia por parte de la entidad contratante, del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 73.2 para la formalización del contrato, siempre que concurran los dos siguientes requisitos:



1.º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer reclamación en materia de contratación contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación.

2.º Que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta”.

En este caso, como se ha visto, SAERCO interpuso el 11 de enero de 2022, reclamación contra el anuncio de adjudicación publicado el 27 de diciembre de 2021, sin que la formalización del contrato el 28 de diciembre, le impidiera hacer tal cosa y sin que ésta, haya tenido incidencia sobre la resolución de este Tribunal en relación con la suspensión del procedimiento. No se aprecia, por tanto, la causa de nulidad que se invoca.

Por otra parte, descartado en el apartado anterior de esta resolución que se haya producido una infracción legal en la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, no concurre el segundo requisito fijado en el artículo 115.2 c) del RDL 3/2020, pues nunca hubiera podido ser adjudicatario de este contrato al estar vedada legalmente su participación. En este sentido, si bien es cierto que no se respetaron los plazos entre la adjudicación y la formalización del contrato, cara a la posible interposición de una reclamación contra dicha adjudicación, debe tenerse en cuenta a efectos de valorar dicho incumplimiento que resultaría muy improbable que el propio favorecido con la adjudicación del contrato y no existiendo otros licitadores, recurriera su propia adjudicación del contrato.

Octavo. Afirma también SAERCO la nulidad de la adjudicación por existencia de un supuesto conflicto de intereses entre AENA y la adjudicataria del contrato, ENAIRE.

El artículo 29 RDL 3/2020, en relación con los “*Conflictos de intereses*”, dice:

“Las entidades contratantes adoptarán las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación, en los términos señalados en el artículo 64 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre”.

El citado artículo 64 LCSP dispone:



“1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación”.

Como hemos recordado, entre otras, en la Resolución 1936/2021, de 29 de diciembre, el artículo 64 LCSP, tiene su base en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, de modo que:

*“Sobre el concepto de conflicto de interés en el ámbito de la contratación pública, existen múltiples resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión. Procede citar aquí, en particular la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de marzo de 2015, en el asunto *Evigilo*, C-538-13, (EU:C:2015:166), en la que concreta el concepto de conflicto de interés en los siguientes términos:*

«35 Un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho. Un conflicto de intereses de ese tipo puede infringir el artículo 2 de la Directiva 2004/18.

*36 A este respecto, el hecho de que el poder adjudicador haya nombrado expertos que actúan bajo su mandato para evaluar las ofertas presentadas no le exime de su responsabilidad de respetar las exigencias del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia *SAG ELV Slovensko* y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 23).*



37 Para declarar la parcialidad de un experto es necesario valorar los hechos y las pruebas, valoración que forma parte de la competencia de los poderes adjudicadores y de las autoridades de control administrativas o judiciales».

Como dice la misma Resolución 1936/2021 precitada:

“Dicho conflicto ha de apreciarse además entre el licitador afectado y el personal del órgano de contratación en los términos subjetivos y objetivos definidos en el artículo 64.2 de la LCSP; es decir, el conflicto se suscita entre el personal del órgano de contratación cuando tienen un interés económico, financiero o personal en la adjudicación del contrato a favor de un determinado licitador”.

Y, más adelante, vuelve a insistir en esta idea, cuando dice:

“el artículo 64 de la LCSP centra la atención para apreciar la existencia de conflicto de interés en el poder adjudicador, más concretamente en su personal, cuando este participe o pueda influir en el resultado de la licitación”.

A partir de lo expuesto, en el caso presente, aunque ENAIRE sea accionista de AENA con un 51 por ciento de sus acciones, parece poco discutible que el personal de AENA, no puede haber actuado movido por ningún interés en favorecer a ENAIRE, ni ha podido influir en el resultado de la licitación de ningún modo, puesto que el procedimiento no admitía, como se ha visto, la posibilidad de concurrencia de varios licitadores. Además, siendo ello debido, como ha quedado reflejado en esta resolución, a una regulación legal, debemos descartar de plano, la concurrencia de conflicto de interés en este caso.

Por otra parte, la reclamante liga, de manera objetiva, una circunstancia accionarial de ligazón entre ENAIRE y AENA a una presunción de conflicto de intereses que, como viene exigiendo de manera uniforme y constante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y este Tribunal en varias de sus resoluciones, entre otras, en la 952/2020, de 4 de septiembre, ha de probarse dicho conflicto y en relación con las circunstancias específicas del caso concreto al que se imputa y se base en un riesgo real de conflicto de intereses y no en meras especulaciones de parte. No acreditándose mínimamente por la reclamante el conflicto de intereses que se alega en la reclamación, procede la desestimación de la reclamación por este motivo.



Noveno. Por último, se alega en la reclamación que, en el expediente, no existe memoria económica que justifique el valor estimado del contrato, por lo que no es posible comprobar el cumplimiento de los artículos 101 y 102 en relación con el 116.4.d) LCSP y se genera indefensión material a la reclamante. Añade que no consta que haya existido negociación.

Frente a lo anterior, si se acude al PPT se comprueba que este incluye, como pone de manifiesto la EC, un Anexo E, relativo a los *“Aspectos económicos de los servicios”*, al que se remite la cláusula 4 del PPT relativa al *“Presupuesto y forma de certificación”*. Este Anexo E, contiene información pormenorizada sobre el precio anual de los servicios objeto del pliego, para el periodo de cinco años de vigencia del contrato, detallando sus importes por aeropuerto y tipo de servicio. El PCAP, por su parte, en la Cláusula 2, expresa el presupuesto base de licitación del contrato, con IVA y sin IVA y el desglose de costes directos e indirectos, para concretar el valor estimado del contrato, especificando las razones por las que no procede el desglose de costes laborales.

No se aprecia pues el incumplimiento de la normativa que se invoca, ni indefensión material alguna de la reclamante, máxime cuando se trata de un procedimiento convocado al amparo del artículo 85.1.c) RDL 3/2020 en el que los servicios solo pueden ser proporcionados por un operador económico concreto.

Respecto a la invocada ausencia de negociación, ésta puede versar sobre aspectos económicos o técnicos del contrato, como indica el artículo 166.2 LCSP y reitera el artículo 85.3 RDL 3/2020.

En el presente caso, la Cláusula 9 PCAP, a la que ya hemos hecho referencia, dice, al referirse al procedimiento de adjudicación negociado sin publicidad, que *“se negociarán las condiciones técnico económicas con la empresa”*.

En el expediente, obra un *“Informe de evaluación técnica de las ofertas presentadas al expediente DEA 384/2021”* de la Dirección de Contratación, División Técnica de AENA, de 2 de diciembre de 2021 que, en el apartado 6, indica que *“se describe el proceso de negociación técnica llevado a cabo para alcanzar un adecuado entendimiento por ambas partes sobre los servicios que Aena requiere que el adjudicatario le preste”*, a partir de lo cual hace un relato de los hitos del proceso de evaluación técnica del expediente dentro del que se indica:



“Una vez recibidas y analizadas las aclaraciones, el 26 de noviembre de 2021, se elabora un documento conjunto entre la Dirección de Operaciones, la Dirección de Planificación Aeroportuaria y Control Regulatorio y la División de Evaluación Técnica de Ofertas de la Dirección de Contratación, que sirve de base para iniciar el proceso de negociación técnica entre Aena y ENAIRE.

La Dirección de Operaciones Aena y ENAIRE inician un proceso de negociación técnica, que se evidencia mediante la elaboración del documento “Informe justificativo de la unidad técnica sobre el resultado de la negociación técnica del expediente DEA 384/2021”. Este documento recoge las aclaraciones solicitadas y evidencia el proceso de negociación entre Aena y ENAIRE para la resolución de las mismas. Se adjunta dicho documento como anexo a este informe técnico.

- Como resultado de dicho proceso de negociación entre la Dirección de Operaciones de Aena y ENAIRE, se propone la “Oferta técnica y revisada adaptada al resultado de la negociación técnica” del expediente DEA 384/2021 SERVICIOS DE NAVEGACIÓN AÉREA EN AEROPUERTOS DE AENA”, que amplía en un mayor nivel de detalle y revisa determinados requisitos contemplados en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) del mencionado expediente, proponiéndose que forme parte integrante del mismo; con el fin de que queden adecuadamente identificados y detallados los servicios que Aena requiere que el adjudicatario le preste. La Dirección de Operaciones entrega dicho documento a la Dirección de Contratación de Aena el martes 30 de noviembre de 2021, para su remisión el miércoles 1 de diciembre de 2021 por parte de la Dirección de Contratación a ENAIRE. Se adjunta dicho documento como anexo a este informe técnico.

- El jueves 2 de diciembre de 2021, la Dirección de Operaciones entrega a la Dirección de Contratación informe titulado “Informe justificativo de la unidad técnica sobre ventajas y/o mejoras resultado de la negociación técnica del Expediente”. Se adjunta dicho documento como anexo a este informe técnico.

- El jueves 2 de diciembre de 2021, ENAIRE emite documento de aceptación a la oferta técnica y revisada adaptada al resultado de la negociación técnica, en el que hace constar que “suscribe el mismo íntegramente en todos sus apartados, adaptándose en consecuencia a su



oferta inicial, presentada con fecha 10 de noviembre, a su contenido en lo que respecta a sus apartados.”

- Por último, la División de Evaluación Técnica de Ofertas de Aena, emite este informe técnico el jueves 2 de diciembre de 2021, en el que se refleja el proceso llevado a cabo para consensuar los aspectos técnicos. Como resultado del proceso de negociación técnica se obtienen una serie de ventajas y mejoras sobre las premisas establecidas en Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) original. Se plasman a continuación dichas ventajas, extraídas directamente del informe referido anteriormente, elaborado por la Dirección de Operaciones de Aena (“Informe justificativo de la unidad técnica sobre ventajas y/o mejoras resultado de la negociación técnica del Expediente”)...”

Se constata pues que ha existido negociación, por lo que procede también desestimar este motivo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar la reclamación en materia de contratación interpuesta por D. P.M.R. en representación de SERVICIOS AERONAÚTICOS, CONTROL Y NAVEGACIÓN, S.L. (SAERCO), contra la adjudicación y formalización del contrato por AENA S.M.E., S.A. (AENA) de los “*Servicios de navegación aérea en aeropuertos de Aena*”, expediente DEA-384/2021

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 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.

