



Recurso nº 514/2024

Resolución nº 967/2024

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 29 de julio de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. L. F. A., en representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE CONTROL DE FAUNA, contra el pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente número DSA-128/2024, sobre “*Servicio de control de fauna en el Aeropuerto de Vigo*”, de la Dirección de Seguridad y Gestión Operacional – División de Gestión de Operaciones de AENA, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 2 de abril pasado se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio, así como los correspondientes pliegos, de la licitación promovida por AENA, S.M.E., S.A (en adelante, AENA) para la adjudicación del contrato arriba identificado, con un valor estimado de 390.000 €, y un plazo de duración de un año con dos prórrogas anuales.

El procedimiento se rige por los trámites previstos en 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 o Ley 9/2017) y finalizado el plazo de presentación de ofertas, concurrieron al procedimiento las entidades INDIGENOM PROJECT, S.L. y VERDEAL BOUBETA LUCAS BEN.



Segundo. Disconforme con el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares -en adelante, PCAP- y del Pliego de Prescripciones Técnicas – en adelante PPT-, la asociación recurrente, de acuerdo con el artículo 50 LCSP, presentó, por vía electrónica, en el Registro General del Ministerio de Hacienda, en fecha 23 de abril pasado, escrito de interposición del recurso en el que, en los términos que se van a desarrollar más pormenorizadamente en los fundamentos de derecho, se invocaba la insuficiencia del presupuesto base de licitación para cubrir todos los costes del contrato y el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 100, 101 y 102 LCSP, dado que no se realiza desglose de los gastos generales, ni de ningún tipo, tal y como se exige en los mismos. Añade que los servicios deben realizarse durante todo el día los siete días a la semana, todos los días del año y en servicio 24 horas, lo que conlleva una gran implicación en las tareas a desarrollar por lo que deben tenerse en cuenta todos los costes que ello conlleva, no siendo en ningún caso suficiente, ni proporcional el presupuesto que se ofrece en relación con la totalidad de actuaciones que deben llevarse a cabo.

Asimismo, se aduce que no se establece en los pliegos ninguna actualización del precio del contrato, resultando idéntico a la anterior convocatoria, pese a la subida generalizada de los costes reales de los bienes y servicios involucrados en el contrato propuesto y pese al incremento de los servicios objeto de licitación, debiéndose, dice la recurrente, haber llevado a cabo la inclusión del IPC como factor de actualización.

Se impugnan también por inviables determinadas exigencias del pliego en relación a la prestación de servicios. Así, se menciona que se exige una concreta especie de halcón, cuando la elección de esta, siempre se había dejado en convocatorias anteriores al arbitrio y experiencia de la empresa especializada según las circunstancias meteorológicas y tipo de servicio a efectuar y se exige la utilización únicamente de aves perfectamente entrenadas, lo que encarece sobremanera los costes.

Continúa, invocando la imposibilidad material económica de determinados requisitos, entre los que menciona los relativos a los vehículos y los dispositivos de pirotecnia.



Finalmente, impugna la Cláusula IV en el PPT, que exige la permanente localización de los medios humanos que deberán presentarse en el lugar que se les indique en el plazo máximo de quince minutos, tiempo de respuesta que resulta absoluta y materialmente imposible de cumplir.

Tercero. El órgano de contratación ha remitido el expediente de contratación e informe al recurso. En este solicita principalmente la inadmisión y subsidiariamente su desestimación.

La inadmisión se pretende con base en la pérdida de la condición de poder adjudicador por parte de AENA.

Sostiene que AENA no es poder adjudicador, dado que actualmente compite en condiciones de mercado, asumiendo el riesgo que ello conlleva. La argumentación que en dicho informe se desarrolla se soporta con una serie de documentos que se aporta junto con el informe:

- Informe sobre los factores que determinan el nivel competitivo de Aena, elaborado por la Dirección de Datos y Mercado Aeronáutico de AENA.
- Informe económico-financiero que analiza el peso en pasajeros, ingresos y EBITDA que tiene la actividad que AENA desarrolla en régimen de libre competencia, respecto del que tiene aquella actividad que desarrolla en régimen de competencia limitada.
- Informe elaborado por Oxera para ACI Europe en septiembre de 2017 denominado “*The continuing development of airport competition in Europe*”.
- Informe elaborado por *Frontier Competition* para la ACI Europe en diciembre de 2022, denominado “*Airport competition Europe: Recent and future developments*”.
- Informe de la IGAE ejercicio 2021
- Informe de la Abogacía General del Estado AG ENTES PÚBLICOS 183/23



Subsidiariamente da respuesta el órgano de contratación en su informe a las alegaciones vertidas en el recurso.

En primer lugar, defiende que AENA sí ha desglosado el presupuesto base de licitación de conformidad con lo exigido en el art. 100.2 LCSP, pues figuran los costes directos estimados, donde se incluyen los costes salariales, laborales, materiales... y por otro lado, los costes indirectos estimados, entre los que se incluyen los gastos generales, financieros y el beneficio industrial.

Sobre la exigencia contenida en el art. 100.3 LCSP, conforme a la cual el precio del contrato ha de ser adecuado para su efectivo cumplimiento, AENA defiende que ha calculado el precio del expediente cumpliendo con dichos parámetros.

Sobre el motivo de recurso que defiende cómo las actuaciones a realizar conllevan una gran implicación, que no se ha tenido en cuenta en el cálculo de los costes, AENA señala que, de acuerdo con el pliego, todas las actuaciones no deberán realizarse de forma simultánea ni a la vez, sino que serán realizadas de forma puntual y en función de las características de la fauna presente en el aeropuerto en ese determinado momento. Por ello, las actividades de control de fauna requeridas pueden ser llevadas a cabo por el potencial adjudicatario y así se ha tenido en cuenta en el cálculo de los costes.

Respecto a la afirmación de la recurrente de que los servicios deben realizarse todo el día los siete días de la semana, todos los días del año y en el servicio de 24 horas, indica el informe que del pliego resulta que *“el servicio tendrá una prestación diaria los 365 días del año en un horario que abarque una hora antes del orto hasta el ocaso”*, de modo que lo recogido en el pliego no son nunca 24 h, sino que el horario solicitado incluye un cómputo de horas que oscila entre un máximo de 15 h y 24 minutos en el solsticio de verano y un mínimo de 9 h y 56 minutos en el solsticio de invierno.

Respecto a la alegación de que se mantiene el precio totalmente invariable por referencia a la anterior convocatoria, a pesar de que se incrementan las horas en 10.950, señala el informe que el expediente cubre unas horas totales de prestación de servicio de 4.868



horas, que corresponden a número de horas comprendidas entre las horas UTC de salida y puesta de sol proporcionadas por el Observatorio Astronómico Nacional del Instituto Geográfico Nacional más 30 minutos adicionales antes del orto y un 5 % adicional de horas de servicio según el pliego. Mientras, concluye el órgano de contratación en relación con esta alegación, el expediente vigente, al que hace referencia el recurrente cubre unas horas totales de prestación de 5.122 h.

En lo tocante a la exigencia en el PPT, según la recurrente, de una serie de requisitos técnicos, como la especie de halcón, tipo de aves y un vehículo concreto, que no se han exigido en anteriores licitados y resulta inviables para los licitadores por el encarecimiento que dichas exigencias suponen, comienza el órgano de contratación recordando la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar el objeto del contrato, atendiendo a sus necesidades de contratación y a su conocimiento sobre la mejor forma de satisfacerlas. Añade que los animales adiestrados que el prestador del servicio utilice como medida mitigadora, deben estar perfectamente entrenados y en perfecto estado operativo, con el fin de garantizar la máxima protección a las operaciones aéreas. Por todo ello, teniendo en cuenta la experiencia documentada de la eficacia y seguridad de medidas mitigadoras basadas en animales adiestrados, AENA ha establecido las especificaciones técnicas imprescindibles, que deben cumplir los animales empleados en este pliego en cuanto a número de aves operativas, especie concreta y sexo de las aves que se han de emplear (ya que no todas las especies de rapaces son percibidas como depredadores por las aves objetivo) así como los requisitos mínimos de alturas y tiempos de vuelo que han de realizar para que estos sean eficaces.

Sobre el motivo de recurso, que cuestiona la exigencia en el Pliego del empleo de pirotecnia específica para el ahuyentamiento de aves, así como la exigencia del empleo de un vehículo automóvil adecuado para la circulación por terreno no pavimentado e irregular, de los que afirma la recurrente que suponen un desembolso económico de 30.000 euros por parte del lanzabengalas y sus cartucho y otros 50.000 euros para los 2 vehículos, razona el órgano de contratación que el importe de este expediente ha sido calculando teniendo en cuenta unos precios de mercado para ese material muy inferiores, ascendiente a 1267



euros anuales para la pirotecnia y 5.000 euros en concepto de leasing, para el vehículo, al que se añade, muy lejos de los 50.000 euros invocados, el coste de combustible.

Finalmente, respecto a la alegación de que la Cláusula IV del PPT exige la permanente localización de los medios humanos, de forma que deberán presentarse en el lugar que se les indique en el plazo máximo de quince minutos, tiempo de respuesta que (a juicio de la recurrente) resulta absoluta y materialmente imposible de cumplir, afirma el informe de AENA, que el servicio que se contrata es un servicio en tiempo real, que debe actuar controlando la fauna que puede poner en peligro a las aeronaves que están operando en el aeropuerto, por lo que el adjudicatario en el horario de la prestación del servicio debe estar en el área de operaciones del aeropuerto, y un tiempo de respuesta de 15 minutos ante el requerimiento de Torre de control o de la oficina de operaciones del aeropuerto, para que se presenten a aplicar las medidas de control de fauna no son unas condiciones abusivas ni arbitrarias para una actividad de tiempo real. Concluyendo, además, sobre esta alegación que el recorrido perimetral del recinto aeroportuario es de aproximadamente 6 km en total y la distancia en línea recta del entorno de una cabecera a otra es de 3 km aproximadamente, por lo que desde cualquier punto en el que se encuentre el personal del Servicio de control de Fauna, la distancia a recorrer es lo relativamente corta para que utilizando su vehículo, puedan llegar al lugar requerido en menos de 15 minutos.

Cuarto. En fecha 8 de mayo de 2024, la Secretaría del Tribunal por delegación de éste, dictó resolución acordando resolver la denegación de la solicitud medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que el expediente pueda continuar por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Para la resolución del presente recurso, en cuya tramitación se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos -esto es, lo prescrito por LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento



de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC)-, en primer lugar debe analizarse, la competencia de este Tribunal, de acuerdo con lo previsto en los artículos 45 y 47 de la LCSP.

Para ello debemos tener en cuenta especialmente los motivos señalados en el informe al recurso y la documentación aportada por AENA, pues en ellos defiende por primera vez que no es poder adjudicador.

Hasta la fecha, los recurrentes y AENA han asumido la competencia de este Tribunal para resolver el recurso especial interpuesto frente actuaciones en materia de contratación sujetas a la Ley 9/2017, al igual que para resolver las reclamaciones interpuestas frente a los actos dictados en las licitaciones sujetas 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).

El informe al presente recurso especial pretende un cambio del criterio seguido por este Tribunal, que afectaría a nuestra competencia para resolver el recurso especial (sin perjuicio de otras consecuencias en la tramitación de las licitaciones), no para resolver las reclamaciones interpuestas al amparo del RDL 3/2020, de las cuales continuaríamos conociendo, siempre que se reúnan los requisitos para ello. Esto es, acoger el primer motivo esgrimido por AENA en su informe al recurso, supone que este Tribunal dejaría de ser competente para conocer del recurso especial frente a las actuaciones de la compañía, derivadas de licitaciones sujetas a la Ley 9/2017.

AENA ha sido considerada poder adjudicador no Administración Pública ex artículo 3.3 d) de la LCSP. El cambio de criterio que se pretende supone apreciar la pérdida de uno de los tres requisitos exigidos por el citado artículo para tener la condición de poder adjudicador, en concreto, la condición de funcionalidad o finalidad.



Recordemos que conforme a lo dispuesto en el artículo 3.3 d) de la LCSP tres son los requisitos que se deben cumplir cumulativamente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 5 de octubre de 2017, LitSpecMet y Vilniaus, asunto C-567/15) para considerar poder adjudicador a aquellos sujetos públicos (incluidas las empresas públicas) que no tengan la consideración de Administración Pública:

- 1) Ser una entidad con personalidad jurídica propia distinta de las identificadas en las letras anteriores del precepto, que son las Administraciones Públicas (identificadas en los dos apartados anteriores del artículo 3 de la LCSP), las Fundaciones públicas y las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social.
- 2) Condición de funcionalidad o finalidad, al exigirse que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan el carácter de mercantil o industrial.
- 3) Condición de control, ya que se requiere que uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

AENA es una sociedad mercantil estatal y cotizada. Esto es, tiene personalidad jurídica propia y se encuentra controlada por el sector público estatal, al titular ENAIRE el 51% de su accionariado.

La controversia se centra así en determinar si concurre la condición de funcionalidad o finalidad en el momento actual.

Para abordar esta cuestión, debemos partir de la doctrina establecida en nuestra Resolución de Pleno nº 1623/2023. En ella fijamos los criterios que debe tenerse en cuenta para considerar a una entidad como poder adjudicador, en particular, en el caso de los poderes adjudicadores no administración pública.



Interesa destacar de ella desde ahora y muy especialmente el elemento “actual”, conforme al cual: *el análisis ha de ser finalista y ligado al momento actual, no solo al de creación.*

La Resolución de Pleno nº 1623/2023 señaló lo siguiente, al analizar la condición finalista o de funcionalidad:

La condición de funcionalidad.

I. La condición ha de analizarse a la luz del caso concreto.

En lo que respecta a la condición de funcionalidad o finalidad, más concretamente, en cuanto al concepto de “interés general”, este no se define en el derecho comunitario ni, tampoco, en el derecho español. La Jurisprudencia comunitaria reconoce el carácter indeterminado de este concepto, al cual se ha referido, en repetidas ocasiones, aludiendo al “carácter no mercantil o industrial” que ha de tener el “interés general”, para que la entidad que deba satisfacerlo tenga la consideración de poder adjudicador, pero sin concretar su concepto.

En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tratado de determinar cuándo una entidad cumple esa condición y ha concluido que su cumplimiento ha de valorarse en cada caso concreto, “teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes” (STJUE de 15 de enero de 1988, Mannesmann; STJUE de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding; STJUE de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley; y STJUE de 22 de mayo de 2003, Rita Korhonen Oy, entre otras), aunque como regla general lo predica de aquellas actuaciones vinculadas al funcionamiento institucional de las Administraciones Públicas (STJUE de 15 de enero de 1998 –C-44/96 “Mannesmann”- § 24) o de las que, desarrollándose en un ámbito más propio de la actuación del sector privado, pretenden actuar no sólo en beneficio de sus destinatarios más directos, sino de la comunidad en general: así, la promoción y gestión inmobiliaria (STJUE de 22 de mayo de 2003 –C-18/01, Korhonen y otros- § 43) o la organización de ferias y exposiciones (STJUE de 10 de mayo de 2001 –C-223/99 y C-260/99, Agora, § 34).



II. *El análisis ha de ser finalista y ligado al momento actual, no solo al de creación. El artículo 3.3.d) de la LCSP establece que el análisis del requisito ha de ser finalista, al requerir que hayan sido "...creados específicamente para satisfacer necesidades...". La Ley y la Jurisprudencia entienden el carácter finalista como la razón por la que la entidad existe, independientemente de la actividad que desarrolle.*

Para que el artículo 3.3. d) sea coherente con el texto y los motivos tanto de la LCSP como de las Directivas comunitarias, se debe entender la finalidad para la que fue creada la entidad como la razón por la que la entidad existe, la cual puede variar a lo largo del tiempo en función de las necesidades que se pretenden satisfacer. Esto ha venido ocurriendo históricamente en el ámbito estatal, cuando se han adquirido empresas del sector privado por razones estratégicas, de política económica o de política social y, también, cuando empresas estatales que se encontraban sin actividad, han sido reactivadas para satisfacer necesidades muy distintas de aquellas que trataban de cubrir en el momento de su creación o adquisición.

Por todo ello, cabe entender la expresión contenida en el artículo 3.3.b) "que hayan sido creados" como la razón de ser actual de la entidad, en los casos en que hubieran cambiado las necesidades que, con esta, se pretendieran satisfacer.

En esta línea se manifiesta especialmente la STJ de 12 de diciembre de 2002, asunto C470/99, caso "UNIVERSALE-BAU", que concluye que cumple con el requisito de funcionalidad "Una entidad que no ha sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, pero posteriormente se ha encargado de satisfacer dichas necesidades".

III. *Los factores a tener en cuenta: la participación en condiciones normales de mercado y la asunción del riesgo derivado de ella.*

III.1. *La participación en condiciones normales de mercado*

Dado el carácter general del concepto acuñado por la Jurisprudencia comunitaria, la sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2003 (Asunto C-283/00, Comisión contra



España) también ha señalado que son indicios a valorar conjuntamente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto “la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate”.

La existencia de competencia en el mercado no implica per se que las necesidades de interés general que se pretenden satisfacer sean de carácter industrial o mercantil.

En efecto, la sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 1998, BFi Holding señala que estamos en presencia de un poder adjudicador cuando la función es de interés general, aunque, la actividad se realice en régimen de competencia (en el mismo sentido, sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2001 C-233/99 y C-260/99, “Agora” § 38 y sentencia del TJUE de 10 de abril de 2008 –C-393/06 “Ing. Aigner § 40-).

Hay que diferenciar entre la existencia de competencia en el mercado y cómo participa en él la entidad, a efectos de su consideración como poder adjudicador.

Como expresivamente señala la Abogacía General del Estado en su Instrucción 3/2018 a los efectos de considerar o no a una entidad como poder adjudicador, “ha de tenerse en cuenta la existencia de una competencia desarrollada: la circunstancia de que el organismo o entidad de que se trate actúe en una situación de competencia en el mercado que pueda considerarse normal constituye un indicio de que se trata de una entidad que persigue una finalidad de carácter mercantil o industrial.”

En similar sentido se pronuncia el informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 33/2020, cuando señala página 7 que “no son poderes adjudicadores las entidades públicas que, como señala el propio artículo 2 de la Directiva, se han creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que tiene carácter industrial o mercantil, respecto de las cuales existe un mercado definido y con competencia efectiva y en el que la entidad formalmente pública es sólo un actor más de dicho mercado.



Y es que el análisis de la competencia en el mercado ha de realizarse, como venimos señalando, teniendo en cuenta no cómo participan otros actores en él, sino cómo lo hace la entidad pública a los efectos de ser considerada poder adjudicador.

En este sentido, la sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2003, en el asunto Rita Korhonen y señala que es preciso comprobar, en particular, si el organismo de que se trata ejerce sus actividades en condiciones normales de mercado (el subrayado es nuestro).

III.2. La asunción del riesgo.

La Jurisprudencia comunitaria da especial relevancia a los efectos de la consideración de poder adjudicador al hecho de “la no asunción de los riesgos derivados de la actividad”.

Lo relevante, no es que la entidad tenga ánimo de lucro, sino que su gestión se base en criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad, siendo un indicio de ello que no esté previsto ningún mecanismo para compensar posibles pérdidas financieras, de modo que soporte el riesgo económico de sus actividades (STJUE de 10 de mayo de 2001 - C-223/99 y C-260/99, Agora § 40-, STJUE 16 de octubre de 2003 –C-283/00 Comisión vs Reino de España § 91-).

Aunque no se establecen afirmaciones específicas con carácter general sobre esta cuestión, en la STJUE de 22 de mayo de 2003 –C-18/01 Korhonen-, el Tribunal vincula que no se soporte el riesgo económico de las actividades a las afirmaciones realizadas por el gobierno finlandés en el sentido de que, si bien la entidad soporta los mismos riesgos económicos que una entidad privada y puede ser declarada en quiebra, “(...) los entes territoriales a los que pertenecen rara vez permitirán que se llegue a tal situación y procederán a capitalizar tales sociedades a fin de que puedan continuar asumiendo las funciones para las que fueron creadas (...)” (§ 53)



En relación con lo anterior, el TJUE afirma que “(...) un organismo que tenga ánimo de lucro y soporte los riesgos derivados de su actividad, normalmente no convocará una licitación para la adjudicación de un contrato en condiciones que no estén económicamente justificadas” (STJUE de 22 de mayo de 2003 –C-18/01 “Korhonen” - § 51-).

Finalmente, resulta de especial interés en este sentido la sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2003, asunto SEIPSA, de la que resulta que en ausencia de riesgo empresarial una empresa pública se comporta como poder adjudicador:

«91.A este respecto, es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA. 92.En estas circunstancias, existe la posibilidad de que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, SIEPSA se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas. Pues bien, precisamente para evitar tal posibilidad, se impone la aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos (en este sentido, en particular, sentencias Adolf Truley, apartado 42, y Korhonen y otros, apartados 51 y 52, antes citadas). 93.Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, como los señalados en los apartados 84 a 92 de la presente sentencia, procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil. 94.De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.»

IV. *La concurrencia de intereses.*



Por último, hay que tener en cuenta que de acuerdo con el Tribunal de Justicia, para que una entidad tenga la consideración de poder adjudicador a efectos de las Directivas, basta con que exista una actividad que satisfaga un interés general de carácter no mercantil o industrial, independientemente del volumen que esta actividad suponga con respecto al resto de actividades de carácter mercantil o industrial que la entidad desarrolle, pudiendo llegar a ser una parte muy pequeña respecto al volumen total de su actividad (STJUE de 15 de enero de 1998 –C-44/96, Mannesmann § 25-, STJUE de 10 de noviembre de 1998 -C-360/96, BFI Holding § 55-, STJUE de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, § 56, STJUE de 5 de octubre de 2017 – C-567/15, LitSpecMet § 40-, STJUE de 3 de febrero de 2021 –C-155/19 y C-156/19 “FIGC” § 42-, STJUE de 12 de diciembre de 2022, Universale-Bau, § 54-56.).

Aplicada la doctrina anterior al caso concreto es preciso discernir si, en el momento actual, AENA participa en el mercado o no en condiciones normales, asumiendo el riesgo de ellas derivado.

Para ello, no podemos tener en cuenta los argumentos ni los datos económicos ofrecidos por AENA con relación a la actividad concesional, que realiza a través de sus filiales (AENA Desarrollo Internacional SME, SA y la Sociedad Concesionaria del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia SME, SA), pues no son estas las sociedades sobre las cuales debemos resolver si son o no poder adjudicador, sino sobre AENA.

Por el contrario, consideramos relevantes los siguientes datos que resultan de la documentación aportada por AENA y de la normativa que le resulta de aplicación:

- AENA fue creada por el artículo 7 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, asumiendo el conjunto de funciones y obligaciones que le correspondían a la entidad pública empresarial AENA (actualmente ENAIRE) en materia de gestión y explotación de los servicios aeroportuarios. La aplicación de la norma de dicho Real Decreto-Ley que equiparaba a AENA, a efectos de contratación pública, con la Entidad Pública Empresarial AENA (luego ENAIRE) suponía que con



independencia de que AENA reuniera las condiciones legalmente exigidas para no ser poder adjudicador, *ex lege* se exigía aplicar el régimen jurídico propio de los poderes adjudicadores.

Tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2020, se suprime la aplicación a AENA del mismo régimen jurídico que a ENAIRE. Desde ese momento, la condición de AENA como poder adjudicador o no, depende de lo dispuesto en la Ley 9/2017, a la cual se remite el Real Decreto-ley y de la interpretación que de la misma que debamos hacer a la luz de la jurisprudencia.

- Participación en el mercado en régimen de competencia y asunción de riesgo. El propio informe al recurso fija los términos del debate, cuando concluye que AENA:
 - o *Desarrolla su actividad en régimen de libre competencia íntegramente en el ámbito de su negocio no regulado y, en el regulado, en las rutas domésticas peninsulares, las europeas en la parte de los pasajeros que viajan por ocio y en las rutas intercontinentales.*
 - o *Por el contrario, desarrolla su actividad con limitaciones a la competencia en el ámbito del negocio regulado relativo a las rutas domésticas entre la península y las islas o entre las islas y a las rutas europeas en la parte de los pasajeros que viajan por motivos distintos del ocio*

En cuanto al negocio no regulado.

El negocio no regulado tiene por objeto la explotación de los aparcamientos de los aeropuertos o la explotación de las Salas VIP, que desarrolla directamente y la explotación de locales, desarrollada a través de terceros.

Dicho ámbito de actividad debe desarrollarse en condiciones normales de mercado, pues tanto la Ley 18/2014, de 15 de octubre, como la Ley 21/2003, de Seguridad Aérea reconocen que *“La gestión de los servicios aeroportuarios no esenciales, así*



como la gestión comercial de las infraestructuras o su explotación urbanística queda sujeta al libre mercado”.

La afirmación se completa a la vista de los datos expuestos que resultan de los informes aportados con el informe al recurso, por lo que parece lógico considerar que AENA compite en condiciones de mercado en el desarrollo de su actividad no regulada.

En cuanto al negocio regulado

1.El negocio regulado es el remunerado mediante tarifas fijadas por AENA, las cuales no pueden exceder del denominado “ingreso máximo anual por pasajero” pero sí pueden minorarse, si AENA decide aplicar incentivos comerciales (artículos 32 y 49 de la Ley 18/2024), que suponen descuentos sobre tarifa.

2.AENA gestiona los aeropuertos asumiendo el riesgo, a pesar de la remuneración vía tarifa de sus actividades, pues las tarifas no aseguran los costes efectivamente producidos, los riesgos de demanda por las variaciones del tráfico y los riesgos de calidad.

Así se recoge en la Ley 18/2014 y en los Documentos de Regulación Aeroportuarios (DORA) aprobados hasta ahora, el último de los cuales, aprobado para el período 2022-2026 señala:

“De acuerdo con la Ley 18/2014, el DORA no garantiza la recuperación de los costes reales de los servicios regulados, sino que fija una senda de evolución tarifaria que se estima, de manera prospectiva, igualando los ingresos esperados a los costes regulados. Esto quiere decir que, con carácter general y sin perjuicio de las disposiciones establecidas en la Ley 18/2014, los riesgos asociados a las desviaciones de costes y de la demanda serán íntegramente asumidos por el operador...” (Página 26).

Y continúa:

“... Con carácter general y sin perjuicio de lo previsto en la Ley 18/2014, el coste asociado a las actuaciones que resulten necesarias para adecuar la capacidad de



las infraestructuras a la demanda real, se considerará riesgo y ventura del operador.” (Página 36).

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que AENA asume el riesgo derivado del desarrollo del negocio regulado.

3.La competencia con otros gestores aeroportuarios resulta de una serie de factores:

3 a) Con carácter general

Aunque a una de ellas no se refiere el informe al recurso, este Tribunal considera relevante hacer dos consideraciones, a la luz del marco comunitario, en el que debe analizarse todo lo que concierne a la interpretación y aplicación del artículo 3.3 de la LCSP.

La primera es que la competencia en el mercado aeroportuario ha sido reflejada por diferentes instituciones comunitarias, pudiendo mencionarse las siguientes:

- Informe del Parlamento Europeo sobre los paquetes legislativos que liberalizaron el transporte aéreo en Europa 03/2022:

“[...] tras el Acta Única Europea de 1986 y la realización del mercado interior, varios conjuntos de medidas reglamentarias de la Unión han convertido gradualmente los mercados nacionales de la aviación protegidos en un mercado único competitivo para el transporte aéreo (de facto, la aviación se ha convertido en el primer modo de transporte, y en gran medida el único, que disfruta de un mercado único plenamente integrado)”.

- Resolución de Dirección General de Competencia de la Comisión Europea sobre la adquisición de Air Berlin por Lufthansa (Case M.8633 “*Lufthansa- Certain Air Berlin Assets*”), de 21 de diciembre de 2017.

La Comisión denegó la adquisición al considerar que el impacto que el proceso tendría en la concentración de slots de la aerolínea resultante implicaría que podría ejercer un significativo poder de mercado sobre los aeropuertos afectados (*“cuanta más capacidad tienen las aerolíneas en los aeropuertos, más poder de mercado”*, lo que les da a su vez *“un mayor poder de negociación con los aeropuertos y otros proveedores de servicio”*).



En este sentido, el hecho de que una aerolínea tenga un alto número de slots ofrece una serie de ventajas competitivas que se traducen en:

- (i) mejor acceso a la capacidad aeroportuaria, lo que otorga a la aerolínea mayor poder de mercado para competir con otras aerolíneas;
- (ii) mayor poder de mercado que garantiza una alta presencia en el mercado;
- (iii) mayor flexibilidad operacional a través del cambio de slots;
- (iv) maximización de factores de ocupación de pasajeros gracias a una alta bolsa de franjas horarias y

(v) aumento de poder de negociación para los servicios de handling y facilitación de las actividades de mercado.

Este hecho muestra que la competencia que se produce tras la liberalización del transporte aéreo en Europa entre aerolíneas, está intrínsecamente relacionada a su vez con la competencia entre aeropuertos.

En segundo lugar, como describe el informe, las sociedades gestoras de los tres mayores aeropuertos europeos, Frankfurt, Schiphol y París-Charles de Gaulle, competencia directa de AENA en el mercado internacional no son consideradas poderes adjudicadores a los efectos de la contratación, sin perjuicio de que, al igual que sucedería con AENA, les sea aplicable la normativa nacional que en cada caso traspone la Directiva 2014/25.

3 b) Específica competencia por atraer aerolíneas que ofrezcan nuevas o mejores rutas

Los operadores aeroportuarios, y, entre ellos, AENA, ofrecen a las aerolíneas algunos incentivos para cambiar de aeropuerto con mayor facilidad, de manera que *“la competencia entre aeropuertos se ha incrementado, especialmente en lo que se refiere a las rutas europeas, en las que existe una clara competencia al corresponder la elección al pasajero, que puede volar a aeropuertos españoles o a otros de otros países cuando lo hace por ocio.”*



3 c) Específica competencia para lograr ser aeropuertos de conexión (hubs)-rutas de largo radio.

La población del entorno geográfico de un aeropuerto no es suficiente para nutrir la oferta de los vuelos de largo radio, siendo necesario la creación de aeropuertos de conexión que concentren las salidas de ese tipo de vuelos. Por ello, como se describe en el informe al recurso:

“los aeropuertos compiten para convertirse en aeropuertos de conexión (hubs) desde donde operen las compañías que ofrecen ese tipo de vuelos de largo radio. La eficiencia en el funcionamiento de los aeropuertos, la modernización continua de sus infraestructuras e instalaciones o la calidad en la prestación del servicio a pasajeros y aerolíneas son elementos que Aena cuida con la finalidad atraer una cada vez mayor actividad aeroportuaria, generada por el interés de las aerolíneas y de los pasajeros de utilizar los aeropuertos españoles preferentemente a otros aeropuertos europeos con los que compite. Igualmente, el progresivo incremento de los vuelos internacionales y el desarrollo de hubs que indiscutiblemente compiten con otros europeos para atender la creciente demanda hacen que cada vez sea más intensa la competencia en la que Aena desarrolla su actividad regulada, hasta el punto de que cada vez es más difícil considerar que las necesidades que satisface Aena no tienen carácter industrial o mercantil”.

3 d) Específica competencia para atraer pasajeros locales

A propósito de este último extremo, se señala en el informe al recurso por referencia a el estudio de OXERA que se acompaña con él:

“Siguiendo el estudio de OXERA The continuing development of airport competition in Europe, 15 septiembre de 2017, aproximadamente el 20% de las rutas ofrecidas en un aeropuerto están disponibles en otro aeropuerto a menos de 100 kilómetros de distancia. En particular, en lo que se refiere a Aena, aeropuertos como Lisboa, Oporto, Marsella o Tolouse se han ido convirtiendo en actores globales capaces de atraer a un gran número de pasajeros locales”.

4.La competencia con otros medios de transporte



Sin perjuicio de la competencia específica en el mercado aeroportuario a la que se acaba de hacer referencia, AENA compite también con otros medios de transporte, como se refleja en el informe que se aporta al recurso especial sobre los factores que determinan la competitividad de AENA.

La competencia con otros medios de transporte, como se indica en el informe al recurso *“es mucho más intensa en el corto o, incluso, aunque en menor medida, en el medio radio, y su evolución es intensamente creciente, incluso en mayor medida que la competencia entre aeropuertos”*, habiéndose pasado de un escenario con una limitadísima competencia, a una situación actual en la que cada vez es mayor la utilización de medios de transporte alternativos.

Esta situación de competencia con otros medios de transporte se está viendo incrementada en la actualidad con la liberalización del transporte por ferrocarril, que tendrá un efecto multiplicador de la intensidad de la competencia de los aeropuertos con otros medios de transporte alternativos.

En este sentido resultan especialmente reveladores los datos aportados según los cuales:

El caso más reseñable es la competencia que existe entre el tren de Alta Velocidad y el Avión en las rutas que comunican ciudades servidas por ambos modos. Entre 2007 y 2019 entraron en servicio los corredores de Alta Velocidad entre Madrid y las ciudades de Málaga, Barcelona, Valencia, Alicante y Granada. La pérdida de pasajeros en las rutas aéreas por la competencia con el AVE desde su entrada en servicio a estas ciudades hasta finales de 2019, año previo a la pandemia del COVID-19, se sitúa entre un 46% y un 77%, de forma que la cuota del modo aéreo frente al ferroviario en estas rutas ha pasado del 63% en 2007 al 24% en 2019.

A la competencia que ya se ha observado hasta 2019 en los aeropuertos de ciudades con corredor AVE, hay que sumarle el impacto que está teniendo y tendrá a futuro, tanto la apertura de nuevos corredores AVE, como el de Galicia a finales de 2021, y los futuros previstos como Asturias o País Vasco, como el efecto de la liberalización del sector ferroviario, con la entrada de nuevos operadores, como



Ouigo e Iryo y que ya están contribuyendo en los corredores donde operan a incrementar de forma significativa la cuota del tren frente al avión.

Así, en el principal corredor AVE Madrid-Barcelona, en el que ya operan Ouigo desde mayo de 2021 y AVLO (servicio de bajo coste de Renfe) desde junio de 2021, también el tren ha pasado de una cuota de mercado del 63% en 2019 y 2020, al 76% en 2021 y 78% en 2022. A estos operadores se ha sumado Yrío a finales de 2022.

Llegados a este punto parece lógico concluir que AENA también desarrolla su actividad regulada en régimen de competencia y asumiendo el riesgo que de ella se deriva, pues ningún matiz legal, existe para enjugar sus posibles pérdidas, derivadas de una inadecuada gestión ni para la aplicación de un régimen propio, diverso del aplicable a las sociedades mercantiles, en general, y a las cotizadas en particular.

Atendido lo anterior, consideramos que actualmente AENA participa en el mercado en condiciones normales, asumiendo el riesgo derivado de las mismas, tanto cuando desarrolla actividad no regulada, como cuando se trata del negocio regulado.

Decimos en condiciones normales de mercado, entendiendo como tales, las propias de este, no encontrándose AENA en una posición privilegiada ni desfavorable en comparación con las demás entidades que operan en el sector. Cuando AENA reconoce que el nivel de competitividad en rutas domésticas tiene menor intensidad en el caso de transporte entre la península y las islas o entre islas, así como en rutas europeas, cuando el motivo del viaje es por visita a familiares o trabajo, está describiendo las circunstancias del mercado en el que actúa.

Ahora bien, esas circunstancias ni se generan por AENA ni son exclusivas para ella, pues similares razonamientos cabría realizar con relación a sus competidores europeos. Ellos también se verán beneficiados por razones de comodidad y tiempo en determinadas rutas o por motivos de transporte. Un ciudadano europeo, francés, alemán o español tenderá a utilizar aeropuertos gestionados por su hub nacional pero no porque este los busque de propósito sino porque el mercado tiene esas características.

Por todo ello, consideramos que AENA ha expuesto y probado con ocasión de este recurso especial, que ha perdido uno de los tres requisitos exigidos para que una entidad



que no sea Administración Pública, tenga la condición de poder adjudicador conforme a lo dispuesto en el artículo 3.3 d) de la LCSP, en concreto, la condición de funcionalidad. Por ello, actualmente no puede ser considerado poder adjudicador no administración pública.

Siendo ello así, este Tribunal carece de competencia para conocer el presente recurso especial, procediendo su inadmisión con base en el artículo 55 a) de la LCSP.

Ahora bien, *obiter dicta*, como comenzamos señalando y queremos recordar, que AENA mantendrá su condición de entidad contratante y por ello continuaremos siendo competentes para conocer las reclamaciones que se interpongan frente a las actuaciones en materia de contratación que AENA dicte en el marco de las licitaciones sujetas al RDL 3/2020, las cuales constituyen el 85% del total para el ejercicio de 2021, según el informe de la Intervención general de la Administración del Estado aportado con el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el Recurso interpuesto por D. J. L. F. A., en representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE CONTROL DE FAUNA, contra el pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente número DSA-128/2024, sobre “*Servicio de control de fauna en el Aeropuerto de Vigo*”, de la Dirección de Seguridad y Gestión Operacional – División de Gestión de Operaciones de AENA.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra



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

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES