



Recurso nº 52/2022

Resolución nº 205/2022

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.C.L., en representación de FERRONATS AIR TRAFFIC SERVICES S.A. (FERRONATS), contra la adjudicación 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 los 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 PCSP, el anuncio de formalización el 28 de diciembre de 2021, del contrato anterior.

Tercero. El 12 de enero de 2022, tiene entrada en el registro del Ministerio de Hacienda, reclamación en materia de contratación interpuesta por FERRONATS contra el acuerdo de adjudicación del contrato referido.

Esgrime primero la reclamante que tiene legitimación para recurrir por ser el actual prestador del servicio de tránsito aéreo de aeródromo (ATS) o control de torre en los aeropuertos de Alicante-Elche, Valencia, Ibiza y Sabadell.



Dice a continuación FERRONATS que, ante la escasa información publicada sobre el procedimiento, tramitado como negociado sin publicidad, pidió a AENA determinada documentación, que no le ha sido facilitada. Por ello, invoca el art.52.3 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), a fin de que este Tribunal le dé acceso a la documentación citada, dándole plazo para completar su recurso.

Alega FERRONATS que ha tenido conocimiento de la adjudicación recurrida a través de la página web de AENA.

Entiende la reclamante que no está justificada suficientemente la necesidad de adjudicar el contrato sin concurrencia, ni que sea razonable hacerlo por un plazo de duración de 5 años, que limita la competencia efectiva en los 21 aeropuertos donde se van a prestar los servicios.

Expone sucintamente el contexto en que se ha producido la liberalización de la prestación de los servicios de tránsito aéreo en diversos aeródromos de España. Explica que la Ley 9/2010, de 14 de abril, que reguló la prestación de servicios de tránsito aéreo (Ley 9/2010) reservó a 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 prestasen por otros proveedores certificados como prevé la disposición adicional (en adelante, DA) 2ª. En este proceso de apertura, se produjo la primera adjudicación, en un proceso competitivo, a dos operadores privados (FERRONATS Y SAERCO) como proveedores de servicios de control de tránsito aéreo de aeródromo en doce aeropuertos españoles el 22 de noviembre de 2011.

Indica que los servicios ATS incluyen los servicios de control de tránsito aéreo (ATC), los servicios de información de vuelo y los servicios de alerta. A su vez, se dividen en tres tipos según la fase de vuelo en la que son prestados: aeródromo, aproximación y ruta. Expone que hasta 2010, los servicios ATS de aeródromo, aproximación y ruta eran



prestados en régimen de monopolio por AENA (hoy ENAIRE) si bien, la falta de eficiencia de los servicios de navegación aérea dio lugar a la aprobación de la Ley 9/2010.

Alude al proceso de reestructuración de AENA y a la marcha del proceso de liberalización que, dice, se ha estancado desde 2011.

Incluye la reclamación una serie de gráficos sobre la productividad y costes de controladores de ENAIRE para afirmar que dichos costes son más elevados que en los países de nuestro entorno y destaca que, habiéndose eliminado la condición de medio propio instrumental de la Administración de ENAIRE, resultaría improcedente que los servicios se le adjudiquen directamente como si de un medio propio se tratase. Recuerda los requisitos del art. 32 LCSP que deben cumplir las entidades para tener la consideración de medio propio.

La reclamación afirma que la adjudicación efectuada a favor de ENAIRE es contraria a los principios de contratación pública por cuanto se ha realizado sin publicidad y sin concurrencia, sobre la base de que *“conforme a la ley, es el único prestador posible de estos servicios en el presente caso”* lo que no favorece la concurrencia en el sector y restringe la competitividad de las empresas que en la actualidad ya vienen prestando servicios ATS. Dice que resta objetividad el hecho de que ENAIRE posea el 51% del capital de AENA y haya funcionado como medio propio de la autoridad aeroportuaria hasta fechas recientes. Concluye reiterando que no se ha justificado la necesidad de que dicho servicio se licite por un periodo de 5 años.

Cuarto. En fecha 17 de enero de 2022, la entidad contratante (en adelante, AENA o la EC) presenta informe interesando la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación de la reclamación.

Ante todo, la EC pide la inadmisión *“a limine”* de la reclamación porque la reclamante solo discute el procedimiento de adjudicación, que se concreta en los pliegos. Sin embargo, no ha impugnado tales pliegos como podría haber hecho, inicialmente, o tras haber tenido acceso al expediente, por lo que se trata de un acto consentido que ha devenido definitivo.



Añade AENA que no se llegan a comprender los vicios de nulidad que esgrime FERRONATS. Por una parte, dice, parece considerar la reclamante que los servicios de control de tráfico aéreo en los 21 aeropuertos objeto del contrato están liberalizados y podrían licitarse por medio de un procedimiento sometido a concurrencia. Sin embargo, luego la propia FERRONATS parece considerar que no es así y lo que critica es el plazo de duración del contrato para, finalmente, denunciar que ENAIRE ya no es medio propio.

En todo caso, el informe afirma que no hay duda de que los servicios no están liberalizados pues la normativa prevé una apertura progresiva. Se refiere a la DA 2ª Ley 9/2010, que exige una orden ministerial para que en los aeródromos gestionados por AENA se puedan liberalizar los Servicios de tránsito aéreo (ATS) y se indica que el Estudio E/CNMC/002/2018, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, confirma que AENA no puede sacar a licitación los servicios AT de aeródromo, sin mediar orden del Ministerio de Fomento (actualmente, Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana).

Sobre la duración del contrato, dice el informe que corresponde determinarla a la entidad contratante dentro del margen del art. 54 RDL 3/2020 que es muy amplio, no superándose el plazo que, para los contratos de servicios, prevé el art. 29 LCSP. Afirma que AENA ha optado por un plazo razonable, atendida la complejidad técnica del contrato, la naturaleza de la prestación y los fines a alcanzar, teniendo en cuenta que se precisan períodos de formación de equipos y ciclos de adaptación a los sistemas. Explica que AENA ha introducido en el Anexo E, cláusula 2, párrafo b) Pliego de PPT, previsiones para el caso de que se decida por el Ministerio liberalizar el servicio de control de tráfico aéreo de estos aeropuertos. Recuerda que FERRONATS fue adjudicataria de un contrato relativo a aeropuertos liberalizados por un plazo de 7 años con posibles prórrogas de 3 años más.

En cuanto a la pérdida de la condición de medio propio de ENAIRE, el Informe razona que ésta impide a dicha entidad recibir encargos de la Administración ex, art. 32 LCSP a la par que le permite concurrir a licitaciones en los mismos términos que cualquier licitador. Afirma que la adjudicación a ENAIRE no se debe a que quede ningún vestigio



de su condición de medio propio sino a que la Ley no permite que pueda ser adjudicataria otra entidad.

Quinto. Recibido el expediente de contratación y el informe de la EC, la Secretaría General del Tribunal procedió a dar traslado a la adjudicataria para que, por el plazo de cinco días hábiles, formulara alegaciones. Evacuado dicho trámite, el 24 de enero de 2022, ENAIRE solicita la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación del recurso. En resumen, alega:

FERRONATS no expone argumentos de *lege data* para sustentar su pretensión, centrándose en argumentos de *lege ferenda*.

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 RD 1133/2010.

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 FERRONATS 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 aeropuertos AFIS, de menor tráfico y posteriormente en los aeropuertos 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 aeropuertos 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/3352/2010, referida a 13 aeropuertos en los que ya se ha liberalizado la prestación del servicio, lo que no ocurre con los 21 restantes. Destaca que la misma reclamante reconoce la necesidad de que medie una Orden ministerial para la liberalización de estos servicios en la pág. 7 de su reclamación.

Denuncia la adjudicataria que la reclamante equipara improcedentemente los servicios AFIS y ATC y manifiesta que en ninguno de los aeropuertos 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 art. 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.

Dice ENAIRE que las alusiones de la reclamante a su condición de medio propio y a su supresión por el RDL 26/2020 carecen de lógica pues la Adjudicataria no ha recibido un encargo conforme a esa normativa. El propio legislador ha determinado que ENAIRE puede participar en las licitaciones de AENA como se deduce de la DF 2ª y la exposición de motivos del RDL 26/2020, de 7 de julio.

Razona también ENAIRE, que los casos citados en la reclamación de FERRONATS, únicamente evidencian la necesidad de que concurra la preceptiva Orden Ministerial. La adjudicación a través de un proceso competitivo de los servicios ATC en un primer bloque de aeropuertos fue posible gracias a que, al amparo de la Ley 9/2010, se aprobó previamente la Orden FOM/3352/2010. Igualmente, la licitación en régimen competitivo



de una serie de aeropuertos AFIS, fue posible porque el entonces Ministerio de Fomento dictó una serie de Órdenes Ministeriales para liberalizar el servicio de tráfico en dichos aeropuertos. Por tanto, como el Ministerio no ha procedido a dictar más Órdenes Ministeriales, no ha sido legalmente posible avanzar en la designación de otros proveedores de servicios ATS en los 21 aeropuertos que quedaron al margen de dichas Órdenes en los que ENAIRE es, por imperativo legal, el único prestador de servicios ATS posible.

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 la reclamante entiende otra cosa, tiene a su disposición las herramientas legales oportunas.

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 art. 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. FERRONATS pretende ser alternativa razonable porque gestiona los servicios de tránsito aéreo de algunos aeropuertos como los de Alicante- Elche, Valencia, Ibiza y Sabadell. Sin embargo, esta circunstancia solo evidencia que fue el dictado de la Orden FOM/3352/2010, lo que permitió la selección de FERRONATS en esos casos.

La adjudicataria afirma que FERRONATS 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 reclamante 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 FERRONATS solamente podría encontrarse legitimada activamente para impugnar la adjudicación de los servicios objeto del contrato si la anulación del acuerdo de adjudicación 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 la reclamante 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.

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 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. Con los nuevos contratos, se dice, FERRONATS continuará prestando servicio en el Lote 1 de aeropuertos (Alicante, Valencia, Ibiza y Sabadell).

Sexto. Por resolución de la Secretaría General, 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 el recurso, 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 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), en relación con el art. 45.1 LCSP.

Segundo. La reclamación tiene por objeto un contrato y acto susceptible de ser impugnados en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 119.2- y c) RDL 3/2020, al referirse al acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios, incluido en el ámbito de dicha norma según su art. 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 puesto que no han transcurrido quince días desde la publicación de la adjudicación el 27 de diciembre de 2021 y la interposición del recurso el 12 de enero, por lo que se cumple el plazo del art. 50.1.d) LCSP.

Cuarto. 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.

La reclamación se presenta por una entidad cuyo objeto social guarda relación con el objeto del contrato que, para fundar su legitimación, manifiesta que, siendo actual prestadora de los servicios ATS en diversos aeropuertos de AENA (servicios que, dice, conforman el 89% de los adjudicados por el acto impugnado) ostenta interés legítimo para recurrir la adjudicación. Asimismo, manifiesta que habría participado en el procedimiento de haber sido abierto a la concurrencia.

Frente a lo anterior, tanto AENA como la adjudicataria, instan la inadmisión del recurso. AENA, por no haber recurrido FERRONATS 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 FERRONATS 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. Antes de entrar a analizar el fondo de lo que se debate en la reclamación, debemos dar respuesta a la petición de vista del expediente que se hace en el escrito de reclamación, en el que alega que fue solicitada ante AENA, sin respuesta alguna y, por eso, la reproduce en la reclamación, con base en el artículo 52 LCSP.

Alega la reclamante que dado que en el portal de contratación de AENA, sólo figura una “breve reseña” de la licitación con escasa información, esta circunstancia motivó que el 10 de enero de 2022, dirigiera un escrito a AENA (lo acompaña como doc. nº 4, de su reclamación), solicitando la vista del expediente y ante su silencio considerara que «se *ha*



producido una grave indefensión, pues no ha dispuesto de todos los elementos de juicio para ejercitar su legítimo derecho a la defensa». Por esta razón, al amparo de lo que determina el artículo 52.3 LCSP, solicita ante este Tribunal acceso al expediente de contratación.

Pues bien, en relación con esta petición, la Secretaría General de este Tribunal al solicitar información al respecto a la EC, en relación con el estado de la petición de vista del expediente cursada por la reclamante, le ha comunicado mediante correo electrónico, que el 12 de enero de 2022, se le facilitó copia del expediente solicitado a la reclamante, lo que acredita mediante el correo electrónico que AENA dirigió a la reclamante y en la que consta adjuntada toda la documentación solicitada.

Por lo tanto, atendida debidamente la solicitud de acceso al expediente administrativo por parte de la EC, carece de sentido que este Tribunal vuelva a facilitarle la misma documentación.

Por otra parte, es de significar que conocido ya el contenido del expediente de contratación, la reclamante no ha presentado alegaciones complementarias a la reclamación ya presentada, por lo que a ésta hemos de ceñirnos para resolverla.

Sexto. Analizadas ya las cuestiones formales, la reclamación se centra, únicamente, en las siguientes dos cuestiones que analizaremos en los siguientes fundamentos jurídicos de esta reclamación:

- a) Sobre la utilización del procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia para adjudicar el contrato.
- b) Sobre la duración del contrato elegida por AENA.

Séptimo. Con respecto a lo que considera la reclamante como ilegal utilización del procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia para adjudicar el contrato, en cuanto al núcleo de su argumentación emplea los mismos motivos que ha utilizado la empresa SERVICIOS AERONÁUTICOS, CONTROL Y NAVEGACIÓN, S.L., en el recurso 35/2022, que también impugna la adjudicación de este mismo contrato, aunque añade



ésta otras consideraciones y otros motivos de impugnación, haciéndolo, además, extensivo a la impugnación de la formalización del contrato. Esta circunstancia obliga al Tribunal a resolver en idéntico sentido con respecto a esta cuestión.

Así, 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 la reclamante 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 concorra 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*» indiciando 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 las 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 FERRONATS, 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 (ENAIRES, 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 ENAIRES, 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 del recurso.

Octavo. La segunda y última cuestión que plantea FERRONATS en la reclamación como motivo de impugnación es la excesiva duración que fija la EC, como plazo de duración



del contrato, que se ha fijado en cinco años y que se considera excesivo y desproporcionado.

A este respecto, se ha de considerar que el art 54.1 del RDL 3/2020, dispone:

«La duración de los contratos de las entidades contratantes deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas».

El anterior precepto coincide con el art. 29.1 LCSP que, en su apartado 4, establece un plazo máximo de duración de cinco años para los contratos de servicios de prestación sucesiva, que puede ser superior en supuestos excepcionales.

En relación con el plazo de duración, AENA, destaca en el informe remitido, la complejidad técnica del contrato y su envergadura, a la vez que pone de manifiesto que, el Anexo E, cláusula 2, párrafo b) PPT, contempla la posibilidad de que los precios e importes a certificar sean recalculados, teniendo como referencia el desglose de precios contenido en el mismo Anexo, en el caso de que otros proveedores de servicio ATS de aeródromo comiencen a prestar servicio en algún aeropuerto.

Por tanto, el plazo con el que la reclamante discrepa, se encuentra dentro del legalmente permitido y está amparado en el margen de discrecionalidad técnica que tiene la Administración a la hora de configurar los elementos del contrato. A partir de ello, este Tribunal considera que, el fijado, parece un plazo razonable a la vista de la naturaleza de las prestaciones. Además, dicho plazo no afecta a la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la prestación del servicio puesto que, en este contrato, ello depende de otras variables, como la regulación sectorial a la que se ha hecho referencia, cuya posible evolución durante el plazo de ejecución previsto se contempla en el propio PPT.

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.C.L., en representación de FERRONATS AIR TRAFFIC SERVICES S.A. (FERRONATS), contra la adjudicación 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 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 al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.