

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 411/2017

Recurso nº 251/2017

Resolución nº 411/2017

En Madrid a 5 de mayo de 2017.

VISTA la reclamación interpuesta por D. L. E. E., en representación de D. O. M. F., en su calidad de Presidente del Comité de Empresa de la empresa PANSFOOD, S.A., y del resto de miembros del comité de empresa, contra el Pliego aplicable al “Contrato de arrendamiento de cinco locales de negocio para la actividad de restauración en el Aeropuerto de Barcelona- El Prat” aprobado por AENA (expediente C/BCN/019/17), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 10 de febrero de 2017 AENA publicó en su página web licitación para la adjudicación de un contrato de arrendamiento de cinco locales de negocio para la actividad de restauración en el Aeropuerto de Barcelona- El Prat.

El día 2 de marzo de 2017 se publicó en la página web de AENA una nota aclaratoria por las que se modificaban los pliegos del referido contrato.

Segundo. Con fecha de 22 de marzo de 2017, y previo anuncio ante el órgano de contratación, D. L. E. E., en representación de D. O. M. F., en su calidad de Presidente del Comité de Empresa de PASFOOD, S.A. y del resto de miembros del Comité de Empresa, interpuso reclamación contra los pliegos del referido contrato, al amparo de los artículos 101 y siguientes de 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 (LCSE).

Los reclamantes consideran, en síntesis, que la nueva licitación, basada en una convocatoria por lotes a los distintos locales en alquiler, no garantiza los derechos laborales de los trabajadores empleados en dichos locales. Y ello por cuanto que dichos locales se adjudicaron en su día como un contrato unitario y como una unidad productiva propia y autónoma a la empresa PANSFOOD, S.A., que cuenta con una plantilla de 400 trabajadores a los que se les aplica el Convenio Sectorial de Hostelería provincial, además de toda una serie de Acuerdos de empresa que se han ido consolidando con el tiempo (y cuya copia se adjunta). Considera la parte reclamante que la división del contrato en lotes atendiendo a los diversos centros de restauración busca la existencia de diversos adjudicatarios y que cada empresa opere de forma diferenciada y con su propia personalidad jurídica, rompiendo la unidad de empresa, de plantilla y de condiciones laborales ahora existentes.

Entiende que aunque el objeto de contrato se configure formalmente como alquiler de local de negocios, de los pliegos se desprende que lo que en realidad se licita es un contrato de servicios de restauración, con condiciones de control exorbitantes a favor de AENA en cuanto a los precios, niveles de calidad, plan de seguimiento y control de ventas, y con imposición de un régimen de servicios mínimos en caso de huelga propios de un servicio público.

Consideran los reclamantes que la licitación vulnera el artículo 18.1 y 2 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 39 de la Directiva 2004/17/CE, que obligan a los Estados miembros a garantizar que, en ejecución de los contratos públicos, se respeten las obligaciones aplicables en materia social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional y los convenios colectivos, y que no resulta posible que los licitadores presenten ofertas que respeten las disposiciones existentes en materia de empleo, pues el pliego no detalla cuáles son las concretas condiciones de trabajo aplicables, no respeta las exigencias del artículo 120 del TRLCSP, e impone, además, unas obligaciones económicas draconianas a los adjudicatarios, en concepto de cantidad fija y variable de renta, que les obligará a reducir drásticamente sus costes, en perjuicio de los trabajadores. Por todo ello, entiende la parte reclamante que esta licitación de AENA se efectúa de forma fraudulenta y abusiva.

Alega también la parte reclamante un posible incumplimiento de los trámites de publicidad de esta convocatoria exigidos en las normas legales, concretamente la publicidad en el DOUE, lo que conllevaría la nulidad de la licitación.

Tercero. El 28 de marzo de 2017 el órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación con el informe al que se refiere el artículo 105.2 de la LCSE.

AENA considera que la normativa aplicable (disposición transitoria tercera, apartado 1, del Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, por el que se modifica el modelo de gestión aeroportuaria), obliga a AENA Aeropuertos, S.A. a transformar las concesiones demaniales sobre bienes de dominio público

aeroportuario en su día otorgadas por la entidad pública empresarial AENA en contratos de arrendamiento y que, atendiendo al objeto y contenido del contrato impugnado, éste resulta ser un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles que, conforme a la doctrina del Tribunal, está excluido de su competencia. Solicita, por ello, la inadmisión de la presente reclamación.

Cuarto. El 11 de abril de 2017 la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, acordó la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, conforme a lo dispuesto en los artículos 103 y 105 de la LCSE.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101.1 de la LCSE, en relación con el artículo 41.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Segundo. Ha de entenderse que el presente recurso ha sido interpuesto en el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 104.2 de la LCSE, computados desde el 2 de marzo de 2017, fecha de publicación de la modificación de los pliegos objeto de recurso (por todas, Resolución 858/2016, de 21 de octubre).

Tercero. Consta en el expediente la realización por la empresa recurrente del anuncio previo al recurso exigido en el artículo 104.1 de la LCSE.

Cuarto. En cuanto al requisito de la legitimación, ha de entenderse que concurre en los reclamantes – Presidente y miembros del Comité de Empresa de PANSFOOD, S.A., adjudicataria hasta la fecha, según indica en su reclamación, de contratos de explotación de 22 locales de restauración en el Aeropuerto de Barcelona- El Prat–, la legitimación exigida en el artículo 102 de la LCSE.

En este sentido, el Tribunal ha reconocido en varias ocasiones (Resoluciones 257/2012, de 14 de noviembre, 281/2012, de 5 de diciembre, 83/2014, de 5 de febrero, entre otras) la legitimación de los comités de empresas para interponer recurso especial cuando “la eventual estimación de su pretensión podría generar un efecto positivo en la esfera jurídica de los trabajadores afectados por la decisión de este

Tribunal”, consideraciones igualmente aplicables cuando lo que se interpone es una reclamación sujeta a la LCSE.

Consta, además, en la documentación que se adjunta con la reclamación (documento nº1), la justificación del acuerdo expreso de los miembros del Comité de empresa para la impugnación del presente pliego, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65.1 del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Quinto. Se impugnan los pliegos (artículo 101.1 de la LCSE en relación con el artículo 40.2.a) del TRLCSP) de un contrato que se califica por la entidad contratante como de arrendamiento de locales de negocio para actividades de restauración, pero que la parte recurrente califica como contrato de servicios.

Es reiterada la doctrina de este Tribunal (por todas, Resoluciones 421/2014, de 30 de mayo, y 331/2016, de 29 de abril) que, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera que los contratos son lo que son, con arreglo a su verdadera naturaleza y en función de su auténtico contenido prestacional, y ello con independencia de la calificación jurídica que le hayan atribuido las partes.

La calificación del contrato que se examina resulta fundamental porque de ella depende que el contrato impugnado sea susceptible de reclamación, y que este Tribunal sea competente para conocer de la misma. Efectivamente, de considerarse que se trata, tal y como se declara en el pliego aprobado por AENA, de un contrato de arrendamiento de locales, estaríamos ante un contrato patrimonial sobre bienes inmuebles, de naturaleza jurídico-privada, excluido del ámbito de aplicación del TRLCSP, conforme dispone el artículo 4.1.p) de dicho texto legal, y también del ámbito de conocimiento de este Tribunal, cuya competencia se circunscribe a los contratos administrativos típicos (artículo 40.1. del TRLCSP y 1 y 2 de la LCSE).

Por el contrario, en caso de calificarse como contrato de servicios, y de superarse los umbrales previstos para los contratos sujetos a regulación armonizada, este Tribunal sería competente para conocer del presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101.1 de la LCSE en relación con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

En supuestos similares al que se examina el Tribunal ha puesto de manifiesto la necesidad de indagar en el concreto contenido prestacional del contrato, a fin de esclarecer su auténtica naturaleza jurídica.

Pues bien, el pliego impugnado conlleva, ciertamente, el alquiler de determinados espacios en el aeropuerto de Barcelona- El Prat. El Cuadro de Condiciones para la Contratación indica que “la licitación se realiza para el arrendamiento de locales de negocio, cuyo objeto consiste en locales que se destinan a la actividad de restauración, sin que ello suponga la aportación de empresa o industria por parte del Arrendador, toda vez que la actividad de AENA, S.A., en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto- ley 13/2010, de 3 de diciembre, es únicamente la gestión y explotación de los servicios aeroportuarios, pero no la actividad de

restauración”. Y se establece a cargo de los adjudicatarios la obligación de satisfacer una renta mínima garantizada anual por el uso de los locales arrendados.

En tanto arrendamiento de bienes inmuebles, tales prestaciones son propias de un contrato patrimonial excluido del ámbito de ampliación del TRLCSP (artículo 4.1.p) del TRLCS) y, consecuentemente, del ámbito competencial de este Tribunal.

Sin embargo, la inclusión de prestaciones propias del arrendamiento de bienes inmuebles no determina que el contrato, en su conjunto considerado, tenga que recibir, con arreglo a Derecho, esa calificación jurídica. El propio artículo 4.1.p) del TRLCSP, que ampara la exclusión del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles del ámbito de aplicación de dicho texto legal, se encarga de puntualizar que “en estos casos, no podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas es superior al 50% del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas previsiones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta Ley”.

El pliego impugnado no se limita a contemplar un mero alquiler o arrendamiento de locales, sino que exige que dichos locales se dediquen a la actividad de restauración (determinación que puede entenderse amparada por las facultades de ordenación del espacio aeroportuario que incumben a AENA, tal y como la entidad contratante afirma en su informe) y, además, regula detalladamente las condiciones en las que debe prestarse dicha actividad de restauración, tanto en lo que se refiere a los productos que se han de ofrecer al público (Anexo I, “Relación de Productos autorizados a la venta”), como en cuanto a sus precios máximos (Anexo IV, “Precios máximos autorizados”), exigiéndose la presentación de planes y estudios de viabilidad económica (Anexos VIII-A y IX y IXA), un plan de negocios y plan de calidad (Anexo XIV), con un sistema de control de ventas y un plan de seguimiento.

De acuerdo con lo indicado, se aprecian en el contrato que se examina amplias facultades de dirección de la actividad de restauración por parte de la entidad contratante que exceden del objeto propio y característico de un contrato de arrendamiento de inmueble. La cesión de uso de los locales de negocio aparece como un elemento necesario para la prestación de las actividades de restauración, pero no puede anular ni desnaturalizar dicha actividad, que resulta ser la auténtica finalidad del contrato.

Ello no obstante, se advierte que no resulta jurídicamente admisible incardinar las aludidas facultades de dirección y control de AENA en el contrato administrativo de servicios. En este sentido, conviene recordar que el artículo 1 del TRLCSP dispone que “son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3”. De ahí que el Tribunal haya afirmado (Resoluciones 230/2011, de 7 de septiembre y 336/2016, de 29 de abril, entre otras muchas) “que ‘debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde

exista una relación jurídica de carácter oneroso en la que intervenga una Administración pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público, circunstancia ésta (la onerosidad), que, en principio, no concurre en el contrato de restauración que, como se advirtió en las citadas resoluciones, “no constituye una relación jurídica de carácter oneroso para la Administración, al no implicar pago o contraprestación económica alguna con cargo a sus presupuestos sino, antes bien, el pago de dichos servicios por sus usuarios”.

Por otra parte, la inclusión en el pliego de determinadas previsiones aplicables a los servicios mínimos, en el caso de huelga, tampoco permite calificar el contrato como contrato de gestión de servicios públicos, pues la prestación de un servicio de restauración en los aeropuertos a favor de los viajeros y del público en general no es, en puridad, un servicio público que la Administración esté obligada a prestar, sino, distintamente, un servicio opcional, de carácter complementario o auxiliar a los servicios aeroportuarios que sí corresponde prestar a AENA.

Ante las dificultades que se aprecian para calificar jurídicamente estos servicios de restauración, en el ámbito del recurso especial del TRLCSP, y con base en un reiterado criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 14/91, de 10 de julio, 5/96, de 7 de marzo, 67/99, de 6 de julio de 2000, 3/00, de 11 de abril de 2000, 24/05, de 29 de julio de 2005, y 28/07, de 28 de julio de 2007) el Tribunal ha venido entendiendo (por todas, Resoluciones 192/2011, de 20 de julio, 18/2013, de 7 de marzo, 29/2014, de 17 de enero, 200/2014, de 7 de marzo, 239/2015, de 13 de marzo, 336/2016, de 29 de abril, o 56/2017, de 20 de enero) que los contratos de restauración (concretamente, los contratos de cafetería), son ejemplos característicos de contratos administrativos especiales, pues “no se trata de un servicio que deba necesariamente ser realizado por la entidad contratante (no forma parte de las funciones de una Administración, por ejemplo, proporcionar servicio de desayunos o comidas a sus empleados), si bien se considera que se trata de un servicio vinculado al giro o tráfico de dicha Administración, complementario o auxiliar para la consecución de sus fines, abonándose la retribución de la empresa contratista directamente por los usuarios del servicio de cafetería y comedor y fijándose, en ocasiones, la necesidad de abonar por la empresa a la Administración contratante una cantidad determinada por la ocupación y utilización de sus instalaciones”, siendo así que el contrato administrativo especial contemplado en el artículo 19.1.b) del TRLCSP no está incluido en la relación de contratos que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación en el artículo 40.1 del TRLCSP.

Procede, no obstante, examinar la incidencia que en supuestos como el que ahora se examina puede tener la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, cuyo plazo de transposición terminó el 18 de abril de 2016. Dicha Directiva, con el fin de armonizar la regulación de los Estados miembros para eliminar perturbaciones en el mercado interior, opta por un concepto amplio de “contrato de concesión de servicios” (no necesariamente vinculado a un servicio público), que define en su artículo 5.1.b) como “un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadoras confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más

operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto de contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”, siendo esencial “la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación” de dicho servicio, “abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos”.

Ese concepto amplio del “contrato de concesión de servicios” de la Directiva 2014/23/UE puede amparar figuras que, hasta la fecha, no encontraban adecuado encaje en las tradicionales categorías del contrato de servicios (por no existir un pago de la Administración al contratista, quien se remunera directamente de los usuarios), ni en el contrato de gestión de servicios públicos (por tratarse de contratos que la Administración tiene interés en licitar pero que, en puridad, no tienen por objeto “servicios públicos” que sean de obligada prestación a favor de los ciudadanos).

La nueva Directiva opta por un concepto amplio de contrato de concesión de servicios que no se vincula a la naturaleza pública del servicio, sino a la transferencia del riesgo operacional al contratista, rasgo distintivo con el contrato de servicios, tal y como se declara en el apartado 3.1.5.2. de la Recomendación dirigida a los órganos de contratación por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 15 de marzo de 2016, en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública.

Parece indudable que el aludido riesgo operacional concurre en el contrato que se considera, pues el adjudicatario asume la obligación de abonar a AENA una renta mínima garantizada anual, con independencia de los concretos resultados que le depare la actividad de restauración que emprende. Y como declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-206/08, Eurowasser), “de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios. A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio”. En el mismo sentido se expresa el Considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE, al afirmar que “el derecho a explotar las obras o servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento...”.

En el caso de los contratos de restauración en espacios aeroportuarios, la propia Directiva 2014/23/UE se encarga de explicitar que han de considerarse contratos de concesión servicios. Así, después de aludir, en su Considerando 24, a la adjudicación de las concesiones en los sectores de la energía, de los transportes y los servicios postales, y a la necesidad de velar por la aplicación uniforme de la Directiva en todos los Estados miembros con independencia de la naturaleza, pública o privada, de las autoridades contratantes, añade que “cabe aclarar que en el sector aeroportuario las correspondientes actividades incluyen también servicios que se ofrecen a los pasajeros para contribuir al buen funcionamiento de las instalaciones y que se

consideran normales en un aeropuerto eficaz y moderno, como comercios, servicios de restauración pública y aparcamientos”.

No se discute que las concesiones demaniales y los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles estén excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP conforme a los apartados o) y p) de su artículo 4.1), y conforme a la propia Directiva 2014/23/UE, según dispone su Considerando 15 y su artículo 10.8. Pero en tales casos, lo propio y característico, según se encarga de explicar el Considerando 15 de la citada Directiva, es que la entidad contratante “establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general contienen condiciones sobre la toma de posesión del arrendatario, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario”, siendo así que, como se ha indicado, los pliegos impugnados no se limitan a incluir esas prestaciones propias del arrendamiento de bienes inmuebles, sino que detallan de forma pormenorizada la forma de prestar el servicio de restauración al público, enumerando la gama de productos que deben ofrecerse en cada local, sus precios máximos, el régimen de horarios, y hasta el tiempo máximo de espera admisible por cada cliente, exigiendo la elaboración de planes y estudios de viabilidad económica de la actividad, planes de negocio y de calidad, etc., contenido que prima sobre el del mero alquiler de local, y que pone de manifiesto que la auténtica finalidad de la contratación es la de regular las condiciones de prestación de un servicio “que se ofrece a los pasajeros para contribuir al buen funcionamiento de las instalaciones y que se consideran normales en un aeropuerto”, tal y como indica el ya aludido Considerando 25 de la Directiva 2014/23/UE.

Como se ha indicado, el alquiler de los locales de negocio aparece en el pliego impugnado como un presupuesto necesario para el ejercicio de la actividad de restauración. Pues bien, si se considerase que estamos ante un contrato mixto, resultaría de aplicación el artículo 20.3 de la Directiva 2014/23/UE, con arreglo a la cual, “en el caso de contratos que tengan por objeto elementos regulados en la presente Directiva (como sería la concesión de servicios de restauración) así como otros elementos (el contrato de privado de arrendamiento de inmuebles), los poderes y entidades adjudicadores podrán decidir adjudicar contratos separados para partes separadas”, pero “cuando los poderes o entidades adjudicadoras decidan adjudicar un contrato único, se aplicará la presente Directiva...”, sin que resulten aplicables las excepciones que en dicho precepto se contemplan (relativas a los contratos mixtos que incluyan prestaciones de concesiones y prestaciones de las Directivas 2014/24/UE o 2014/25/UE, de un lado, y a los contratos mixtos que contengan aspectos relativos a la defensa y a la seguridad, de otro). Y añade el apartado 5 del artículo 20 de la Directiva 2014/23/UE que, “cuando las partes de un determinado contrato no sean objetivamente separables, el régimen jurídico aplicable se determinará en función del objeto principal del contrato”, siendo así que, con independencia de la denominación atribuida en los pliegos al contrato, tanto por su contenido obligacional, como desde un punto de vista de lógica empresarial, han de entenderse prevalentes las

prestaciones relativas a la actividad de restauración, pues los beneficios derivados de dicha actividad forzosamente han de concebirse como superiores al importe de las rentas que el arrendatario ha de satisfacer por el uso de los locales en los que desarrolla dicha actividad. Todo lo que conduce a la aplicabilidad de la Directiva 2014/23/UE.

Pues bien, como se declara en el Documento aprobado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública el 1 de marzo de 2016 respecto a los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento de su plazo de transposición, una “importante novedad práctica es la inclusión de las concesiones de servicios en el ámbito del recurso especial”, reconociéndose el efecto directo de los artículos 5 y 8 de la Directiva 2014/23/UE. Por ello, resta examinar si, por su importe, el contrato objeto de impugnación ha de considerarse sujeto a regulación armonizada, para lo cual su valor estimado ha de ser igual o superior a 5.225.000 euros (artículo 8.1 de la Directiva 2014/23/UE, en la redacción resultante del Reglamento delegado (UE) 2015/2172 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015).

Como se ha indicado, los pliegos no establecen ninguna retribución a favor del contratista, sino una renta que éste ha de satisfacer a AENA en concepto de arrendamiento de los locales de negocio en los que se ha de prestar la actividad de restauración. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Directiva de continua referencia, ha de estarse, a estos efectos, al valor de la contrapartida que en ejecución del contrato obtiene el adjudicatario, en este caso, el derecho a explotar los servicios de restauración. Aunque, como queda expuesto, el pliego no cuantifica el valor de esta contrapartida, cabe razonablemente concluir que se superan en este punto los umbrales del artículo 8.1 de la Directiva, toda vez que, por lógica, el adjudicatario ha de obtener, en ejecución del contrato, unos rendimientos superiores a las rentas que se le exigen en concepto de alquiler, y la renta mínima garantizada anual asciende a los importes de 3.720.000, 3.851.195, 3.974.024, 4.088.030, 4.190.231, 4.294.986, 4.402.361, 4.512.420 y 4.625.231 euros en cada uno de los ocho años de vigencia del contrato, importe que, en su conjunto, supera sobradamente los 5.225.000 euros que operan como umbral de los contratos sujetos a regulación armonizada.

Por todo ello, cabe concluir que el contrato de cesión de locales para la prestación de servicios de restauración en espacios aeroportuarios es un contrato de concesión de servicios sujeto a regulación armonizada, lo que determina también la competencia del Tribunal para conocer de la presente reclamación.

Sexto. Entrando en el fondo del asunto, el primer motivo de impugnación se opone a la división en lotes de un contrato que anteriormente fue licitado como un contrato unitario que resultó adjudicado, como una unidad productiva única y autónoma, a la empresa PANSFOOD, S.A. Con ello, a juicio de los reclamantes, AENA persigue la existencia de diversos adjudicatarios, lo que pondrá en peligro los derechos laborales de los trabajadores, al romperse la unidad de empresa y de plantilla, que hasta la fecha tenía garantizadas una

serie de condiciones laborales derivadas del convenio colectivo sectorial aplicable y de diversos acuerdos de empresa.

Este motivo de recurso no puede estimarse. Es constante la doctrina del Tribunal que reconoce amplia discrecionalidad al órgano de contratación para delimitar el objeto del contrato y para determinar el número y contenido de los lotes en los que éste se divida, atendiendo a la finalidad del contrato y al interés público que pretende satisfacer con la contratación (por todas, Resoluciones 548/2014, de 18 de julio, 837/2015, de 18 de septiembre, o 262/2017, de 10 de marzo).

Siguiendo la Resolución 220/2017, de 24 de febrero, “de acuerdo con el artículo 1 del TRLCSP, al órgano de contratación se le encomienda la facultad de decidir discrecionalmente sobre la forma de velar por los intereses públicos, y con ello de configurar libremente cuál va a ser el objeto del contrato a licitar. (...) También debe traerse a colación la Resolución 250/2015, de 23 de marzo, que citando la Resolución 756/2014, afirma que ‘pues bien, debe tenerse presente (...) lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él (Resolución 756/2014, de 15 de octubre)’.”

Con base en ello, el Tribunal ha venido reconociendo (por todas, Resolución 214/2013, de 12 de junio, con cita de las Resoluciones 138/2012, 143/2012, 187/2012, 210/2012, 220/2012, o 227/2012), “la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se cubrían, configurando el fraccionamiento del objeto del contrato mediante su división en lotes como un derecho potestativo que asiste al órgano de contratación”.

Por lo demás, y tal y como se señaló, entre otras, en las Resoluciones 262/2017, de 10 de marzo, 221/2017, de 24 de febrero, 223/17, de 3 de marzo, 724/16, de 16 de septiembre, 801/16 y 803/16, de 7 de octubre, las nuevas Directivas de contratación animan a los poderes adjudicadores a dividir los grandes contratos en lotes, y ello con el fin de fomentar la participación de las PYME en las licitaciones públicas: “La Directiva 2014/24/UE establece un cambio de planteamiento en la regulación de la división de los contratos públicos en lotes con la finalidad, declarada en su Considerando 78, de adaptar la contratación pública a las necesidades de la PYME, animando a los poderes adjudicadores, de acuerdo con el documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 25 de junio de 2008 titulado ‘Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos’, a dividir los grandes contratos en lotes, de forma que se facilite la participación de la PYME”. En consecuencia, y de acuerdo con el artículo 46 de la Directiva, que goza de efecto directo, “Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en

forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes”, siendo así que, cuando el órgano de contratación decida no dividir el contrato en lotes, debe explicar en el pliego o en un informe específico las razones de su decisión.

Al dividir en varios lotes un contrato que en el pasado se adjudicó como contrato unitario, AENA no sólo no infringe el ordenamiento jurídico, sino que se ajusta a los planteamientos generales de la nueva Directiva de contratación pública.

Frente a las aludidas razones de interés general (las que subyacen en el planteamiento de las nuevas Directivas, de facilitar y fomentar la participación de las PYME en la contratación pública, y las del que guían al órgano de contratación, al que corresponde articular la contratación en la forma que mejor se satisfagan las necesidades a las que atiende la licitación), no puede oponerse el interés particular de los trabajadores de la empresa que en su día resultó adjudicataria de mantener inalterados los términos del contrato (como contrato unitario), para que no resulten afectados sus derechos laborales.

El objeto y la configuración de los contratos del sector público debe adaptarse a las necesidades de interés general a las que en cada momento responda la contratación, sin que pueda invocarse una inadmisibles “petrificación” de dichos contratos, de cara a todas las licitaciones futuras, con base en motivaciones sólo vinculadas a determinados intereses particulares de los trabajadores de un concreto contratista.

Todo ello sin perjuicio de que los eventuales incumplimientos de los derechos laborales por los futuros adjudicatarios, supuestamente derivados de las “draconianas” obligaciones económicas impuestas por AENA en los pliegos a los adjudicatarios, sólo se sustenten en meras afirmaciones de los reclamantes, carentes de cálculos, análisis o datos económicos que avalen sus conclusiones, sin que sea dable adoptar una decisión tan drástica como la anulación de los pliegos con base en meras hipótesis o conjeturas.

Séptimo. La misma suerte ha de correr el motivo de recurso relativo a la vulneración de los preceptos de las Directivas Comunitarias (se cita, en concreto, el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE) que exigen respetar, en los contratos del sector público, las obligaciones laborales establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, y los convenios colectivos. El Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones (entre otras, Resoluciones 1037/2016, de 16 de diciembre, y 167/2017, de 10 de febrero) la falta de efecto directo del artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE.

La Directiva 2014/23/UE, relativa al contrato de concesión, también alude en sus Considerandos 55, 57, 58, 65 y 72, así como en su artículo 30, a la necesidad de que los Estados miembros garanticen que, en ejecución de los contratos públicos, se respeten las obligaciones aplicables en materia social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional y en los convenios colectivos. Pero, tal y como se indica en el ya aludido Documento de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública de 1 de

marzo de 2016, el artículo 30 de la Directiva 2014/23/UE carece de efecto directo, siendo necesario que por el Estado se desarrolle dicho precepto en las normas dictadas en transposición de la Directiva.

Entre tanto, es reiterada la doctrina del Tribunal que se muestra contraria a la necesidad de incluir en los pliegos exigencias relativas a la obligatoria aplicación de los convenios colectivos pues, tal y como se declaró en las Resoluciones 329/2017, de 6 de abril, o 11/2017, de 13 de enero, “El TRLCSP no establece que la designación del convenio colectivo aplicable deba formar parte del contenido de los pliegos reguladores del contrato. Además, una designación acertada o equivocada en modo alguno alteraría el convenio colectivo de aplicación, que es una cuestión ajena a la contratación administrativa”. Cabe añadir que, como se indicó en las Resoluciones 788/2014, de 24 de octubre, y 309/2017, de 31 de marzo, “el cumplimiento de la normativa laboral es una cuestión relativa a la ejecución del contrato”.

Las consideraciones que anteceden son aplicables, con mayor motivo, a los denominados acuerdos de empresa, que conceptualmente constituyen pactos de naturaleza extraestatutaria, por no haber sido negociados y concluidos de acuerdo con las normas del Título III del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) y que, sin perjuicio de su eficacia inter partes, y circunscrita a la concreta empresa o centro de trabajo, no tienen la misma eficacia obligacional erga omnes (artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores) de los convenios colectivos, que es a los que exclusivamente se refiere la Directiva 2014/23/UE.

Se argumenta, finalmente, por los reclamantes, la necesaria aplicación, por exigencias de las Directivas comunitarias, del artículo 120 del TRLCSP, relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo.

En este punto procede dar por reproducidas las consideraciones efectuadas en la Resolución 220/2017, de 24 de febrero, en la que este Tribunal manifestó lo siguiente:

“Por otra parte, nuestra Resolución 292/2015 establece: ‘En este sentido, la Resolución 906/2014 de este Tribunal, citada acertadamente por el órgano de contratación, señala que ‘(...) por tratarse de un deber de información, la jurisprudencia ha afirmado que la obligación de subrogarse es exigible incluso cuando los Pliegos omitan la misma (cfr.: Sentencia del TSJ del País Vasco de 21 de diciembre de 2010 -Roj STSJ PV 4693/2010-) o contengan errores en punto a la identificación de los trabajadores afectados (cfr.: Sentencia del Alto Tribunal, Sala IV, de 13 de noviembre de 2013 –Roj STS 5847/2013-). El órgano de contratación se sitúa así en una posición en la que ha de proceder con extrema cautela, toda vez que, si por un lado es claro que no le incumbe adoptar pronunciamientos propios de la Jurisdicción social (como son los relativos a si existe o no la obligación de subrogarse en las relaciones laborales del anterior contratista), por otro debe proporcionar a todos los candidatos interesados una información sobre los eventuales costes laborales asociados a la prestación del servicio que, sin duda, es relevante a la hora de que aquéllos puedan decidir si concurren o no al procedimiento y en qué términos deben formular sus ofertas. Esa posición es si cabe más

delicada si se tiene en cuenta que Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido recordando que la mera sucesión de contratistas de una Administración no es causa que determine, por sí sola, la aplicación del artículo 44 ET salvo que se transmita al contratista la infraestructura o la organización de trabajo básica para la explotación (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala IV, de 24 de julio de 2013 –Roj STS 4481/2013–, 13 de febrero de 2013 –Roj STS 993/2013– y 19 de diciembre de 2012 –Roj STS 9066/2012), lo que obliga a analizar entonces qué convenio colectivo resulta aplicable (tarea que puede resultar harto compleja, vistos los artículos 82 y 86 ET) y a efectuar un juicio acerca de si existe o no el deber de subrogación. En esta tesitura, el criterio de este Tribunal, siempre teniendo presente que no incumbe al órgano de contratación hacer pronunciamientos sobre la existencia y el alcance de la obligación laboral de subrogación, ha sido y es el de entender que siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación, el órgano de contratación debe, con arreglo al artículo 120 TRLCSP, requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria (cfr.: Resoluciones 608/2013, 502/2014, 542/2014).”

Dado que el Anexo VI del Pliego impugnado incluye información sobre el personal que actualmente presta el servicio de restauración, “sin que ello suponga prejuzgar la existencia o no y, en su caso, el alcance de una eventual obligación de subrogación”, todo ello según los datos “facilitados por la empresa que actualmente viene prestando los servicios”, ha de considerarse cumplimentada la exigencia del artículo 120 del TRLCSP.

Octavo. El último motivo de recurso aducido, relativo a la vulneración de las normas de publicidad aplicables a la licitación, sí resulta atendible, y ello dada la configuración del contrato que se examina como contrato armonizado de concesión de servicios, de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento de Derecho Quinto de esta Resolución.

El contrato, configurado por AENA como contrato privado de arrendamiento de locales, sólo se publicó en su página web. Tratándose, conforme a lo indicado, de un contrato de concesión de servicios sujeto a regulación armonizada, es forzoso reconocer que, tal y como se afirma por los reclamantes, se han infringido las normas de la Directiva (Considerando 50 y artículo 31) que imponen la publicación del preceptivo anuncio en el DOUE. Es lógico entender que un contrato que contempla la prestación de servicios de restauración en locales de espacios aeroportuarios, en los que la afluencia de pasajeros y público en general está garantizada con cierta regularidad a lo largo de todo el año, sea susceptible de generar unos beneficios que, en aras de los principios en los que se asienta la contratación pública, requieran el sometimiento de la licitación a las máximas garantías de publicidad.

Ello determina la nulidad del procedimiento de contratación, que se ha de someter a las reglas de publicidad, plazos de recepción de ofertas y demás preceptos con efecto directo de la Directiva 2014/23/UE y, subsidiariamente, a las normas del derecho español relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar parcialmente la reclamación interpuesta por D. L. E. E., en representación del Comité de Empresa de la empresa PANSFOOD, S.A., contra el Pliego aplicable al Contrato de arrendamiento de locales de negocio para la actividad de restauración en el Aeropuerto de Barcelona- El Prat aprobado por AENA, anulando el procedimiento de contratación por infracción de las normas previstas en la Directiva 2014/23/UE en materia de concesiones de servicios sujetas a regulación armonizada.

Segundo. Acordar el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.