

Recurso 436/2018**Resolución 84/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 21 de marzo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS FORESTALES Y PAISAJÍSTICAS DE ANDALUCÍA (AEFYPA)** contra la formalización de cuatro encargos de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio (en la actualidad, en atención al objeto del encargo, Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible) al medio propio Empresa de Transformación Agraria S.A., S.M.E., M.P. (TRAGSA) del “Servicio para la limpieza y acondicionamiento de cauces en la provincia de Málaga 2018-2021” (Expediente 9/2018/ES), “Servicio para la limpieza y acondicionamiento de cauces en la provincia de Huelva 2018-2021” (Expediente 10/2018/ES); “Servicio para la limpieza y acondicionamiento de cauces en la provincia de Granada 2018-2021” (Expediente 11/2018/ES), y “Servicio para la limpieza y acondicionamiento de cauces en la provincia de Almería 2018-2021” (Expediente 15/2018/ES), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 21 de noviembre de 2018 se publicaron en el perfil de



contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía cuatro Resoluciones, de 6 de noviembre de 2018, dictadas por delegación, de la Dirección General de Planificación y Gestión del Dominio Público Hidráulico de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, en virtud de las que se encargan a TRAGSA los servicios mencionados.

El importe de cada encargo es de 1.000.000 de euros según el apartado 4º de la parte dispositiva de las Resoluciones.

SEGUNDO. El 12 de diciembre de 2018, ha tenido entrada en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación, presentado por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS FORESTALES Y PAISAJÍSTICAS DE ANDALUCÍA (AEFYPA), contra la formalización de los cuatro encargos a TRAGSA, solicitando en el mismo la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los mismos.

TERCERO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el 13 de diciembre de 2018, se dio traslado del escrito de recurso presentado al órgano que formalizó los encargos, solicitándole la remisión del expediente de contratación, informe al recurso, las alegaciones a la medida cautelar instada por la recurrente y los posibles interesados, recibándose el 19 de diciembre de 2018. El 4 de enero se le requiere información complementaria que se recibe el 15 de enero.

CUARTO. Por Resolución de 22 de enero de 2019, este Tribunal denegó la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los encargos.

QUINTO. Mediante escrito de 28 de enero de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a TRAGSA concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial, que ha sido cuestionada por TRAGSA en su escrito de alegaciones.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que *“Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley*



31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”.

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en varias ocasiones, valga por todas las Resoluciones 143/2016, de 17 de junio y la 83/2017, 2 de mayo, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.

Como ya se ha indicado anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra la formalización de cuatro encargos a TRAGSA.

Al respecto, debemos indicar que, según el artículo 2 de los Estatutos de la asociación, su objeto social será fomentar, mediante todo tipo de medios lícitos, el desarrollo técnico y empresarial de los miembros asociados para el equipamiento del sector empresarial forestal y de la restauración paisajística, así como la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Del mismo modo será objeto de la asociación propiciar el fomento, mantenimiento, defensa y conservación de los montes andaluces y el medio natural de nuestra región. Como objetivos y fines básicos de la asociación se fijan además, entre otros, la representación, defensa y promoción de los intereses de sus asociados, en relación con las actividades y servicios forestales, paisajísticos y del medio ambiente, así como cualesquiera otras actividades



relacionadas con la gestión del medio natural, así como defender los intereses de esta rama de la actividad y la imagen de las empresas asociadas.

Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostenta la asociación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, para impugnar la formalización de los encargos, debiendo reconocérsele legitimación al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos o formas de cooperación contemplados legalmente y si se interpone contra alguna de las actuaciones susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto del recurso son cuatro encargos a medio propio de importe superior al establecido para los contratos de servicios (100.000 euros), y la actuación recurrida es la formalización de los encargos a medio propio por lo que resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 44, apartados 1, último párrafo, y 2 e) de la LCSP.

CUARTO. Debe examinarse ahora si el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 de la LCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

f) Cuando el recurso se interponga contra un encargo a medio propio por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 32 de la presente Ley, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.”

En el supuesto examinado, las resoluciones de formalización de los encargos se publicaron en el perfil del contratante el 21 de noviembre de 2018, habiéndose



presentado el escrito de recurso en el registro de este Tribunal el 12 de diciembre de 2018, por lo que se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.

QUINTO. El recurso especial tiene por objeto la formalización de cuatro encargos a un medio propio. La LCSP contempla en su artículo 31 la posibilidad de que las entidades pertenecientes al sector público cooperen entre sí mediante sistemas de cooperación vertical y sistemas de cooperación horizontal, sin que el resultado de esta cooperación pueda calificarse como contractual. La cooperación vertical consiste en el uso de medios propios personificados, en ejercicio de la potestad de auto organización, a través del oportuno acuerdo de encargo.

El artículo 32 de la LCSP regula los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados, disponiendo en su apartado 1:

“Artículo 32. Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados.

1. Los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.



El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato.”

El apartado 2 del citado artículo 32 establece los requisitos para tener la consideración de medio propio, que se desarrollan de manera pormenorizada. Estos requisitos son:

“2. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una única entidad concreta del sector público aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:

a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas. (...)

b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.(...)

c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:



1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.

2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.”

TRAGSA es un medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que son independientes entre sí (disposición adicional vigésima cuarta de la LCSP), de manera que en el presente caso también sería de aplicación el apartado 4 del artículo 32:

“4. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:

a) Que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades.

Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

1.º Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.

2.º Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.



3.º Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

La compensación se establecerá, por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.

Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio.

b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores. El cálculo del 80 por ciento se hará de acuerdo con lo establecido en la letra b) del apartado 2 de este artículo.

El cumplimiento del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo, y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

c) Que cumplan los requisitos que establece este artículo en su apartado 2 letras c) y d).”



Por último, y antes de analizar los distintos motivos que fundamentan el recurso, es preciso delimitar el alcance de la actuación de este Tribunal a la hora de ejercer su función revisora de los encargos. El artículo 44.2 e) de la LCSP dispone, como antes se ha señalado, que podrán ser objeto del recurso la formalización de los encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

De esta manera, la función de este órgano se ha de limitar a revisar la formalización de los encargos a medios propios desde el punto de vista de su adecuación al ordenamiento jurídico (artículo 57.2 de la LCSP), sin que pueda entrar a conocer de aquellas cuestiones de oportunidad que entrarían dentro del ámbito de libertad de configuración del órgano que realiza el encargo, como es la de optar por la realización del encargo en vez de acudir a una licitación pública, correspondiendo, en consecuencia, a este Tribunal, comprobar únicamente si se cumplen los requisitos que establece el ordenamiento jurídico para poder realizar los encargos sobre la base de los motivos de impugnación que fundamentan el recurso.

SEXTO. Antes de exponer las alegaciones de las partes, procede dar respuesta a la solicitud de acumulación formulada por la recurrente en su fundamento de derecho primero, al amparo de lo previsto en el artículo 57 de la Ley 39/2015.

Dicho precepto contempla la acumulación de un procedimiento a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien debe tramitar y resolver el procedimiento. En el presente caso es la recurrente la que ha procedido a impugnar mediante un único recurso cuatro encargos, habiendo apreciado la concurrencia de la identidad sustancial, lo que ha dado lugar a la existencia de un único procedimiento, por lo que no es preciso que este Tribunal dicte una resolución al respecto.



Procede a continuación exponer los motivos en que el recurso se sustenta.

El recurso especial presentado se dirige de manera principal a combatir la mayor eficiencia del encargo frente a la licitación del servicio. Los motivos se dividen en cinco apartados, en los que se denuncia la infracción del artículo 86, apartados 2 y 3 de la Ley 40/2015.

Se alega inicialmente en términos generales que la breve memoria justificativa es insuficiente para acreditar la eficiencia del encargo a medio propio, afirmación que se desarrolla posteriormente.

La recurrente, pues, no alega la inexistencia de justificación para acudir al encargo, sino que, en su opinión, la que obra en el expediente es insuficiente.

En primer lugar, cuestiona el apartado “1-Antecedentes y objeto de la presente memoria”. Precisa que nos encontramos ante un servicio, no una obra, con lo que la indefinición concreta de qué trabajo se realiza y en qué condiciones es consustancial a la propia definición del servicio en muchas ocasiones. A este respecto señala que la Administración debe establecer en los pliegos las cautelas y garantías necesarias que garanticen la correcta ejecución del contrato. En este sentido señala que la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir sí licita este tipo de servicios. Posteriormente realiza una serie de consideraciones sobre las indeterminaciones relativas a la zona de actuación, cantidades de los servicios a ejecutar, fechas de intervención u otras causas imprevistas.

La recurrente como segundo motivo, cuestiona el apartado 2 de la memoria “Justificación de la elección del método de ejecución mediante encargo a medio propio frente al de concurrencia competitiva”, señalando que el equipo humano exigido puede ser aportado por cualquier pequeña o mediana empresa que se precie de tener clasificación, y en cuanto a la experiencia previa de TRAGSA, también quedaría solventado mediante la exigencia de la correspondiente clasificación.



A continuación la recurrente cuestiona el Anexo justificativo que acompaña a la memoria justificativa, y en el que a lo largo de nueve apartados se justifica la eficacia y solvencia de TRAGSA. Señala, por referencia a los puntos 1 a 5 del Anexo, que tan eficaz puede ser el sistema propuesto de encargo a medio propio como el realizado a través de la licitación pública. Alega que ninguno de los puntos se refiere a la eficiencia económica. Y que tampoco el punto séptimo relativo a la prevención de riesgos laborales, calidad y medio ambiente es una nota diferencial de TRAGSA frente a las empresas privadas.

En el siguiente apartado del recurso se denuncia la infracción del artículo 86.2 de la Ley 40/2015, en relación con lo dispuesto en la disposición final cuarta, apartado 3, de la LCSP, en cuanto el encargo no acredita suficientemente la eficiencia del mismo aplicando criterios de rentabilidad económica. Esta afirmación se basa en dos motivos. El primero de ellos señala que la aplicación del porcentaje de IVA para diferenciar los costes de un encargo a medio propio de una licitación pública (en el que sí se aplica IVA) atenta directamente contra el principio de neutralidad del impuesto.

En segundo lugar, la recurrente afirma que es incierto que los costes de ejecución del servicio encargado sean inferiores a los de una licitación pública con similares servicios o trabajos contratados, contraviniendo la normativa que requiere aplicar criterios de eficiencia en términos de rentabilidad económica.

En el quinto alegato de la recurrente denuncia la infracción del artículo 86.3 de la Ley 40/2015, en relación con la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, al carecer del informe de fiscalización del concreto encargo emitido por la Intervención Delegada de la Junta de Andalucía en la Consejería de Medioambiente y Ordenación del Territorio, invocando la Circular 2/2017 de la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Aragón (sic), que adjunta como documento número 11.



El órgano que realiza el encargo, en su informe al recurso, señala que el mismo se realiza fundamentalmente en aplicación de lo previsto en el artículo 86.2.b) de la Ley 40/2015, y se remite a lo expuesto en el informe del Servicio de Gestión del Medio Ambiente de 30 de agosto de 2018. Añade que el 25 de octubre de 2018, poco después del citado informe, se produjeron lluvias torrenciales en las provincias de Cádiz, Málaga y Sevilla, que obligaron a declarar de emergencia por Orden del Consejero determinadas actuaciones para la restauración de una serie de infraestructuras hidráulicas y cauces públicos, que fueron absorbidos por el encargo de TRAGSA con un incremento presupuestario de 750.000 euros para acometer estas necesidades, lo que confirma la necesidad de disponer permanentemente del dispositivo de actuaciones en cauces. A continuación analiza igualmente el encargo desde el punto de vista de la eficacia, de los riesgos que para las personas y los bienes puede suponer, y del coste económico que pueda derivarse, lo que podría justificar asimismo la utilización del artículo 86.2. a) de la Ley 40/2015.

Por su parte TRAGSA, tras negar la legitimación de la recurrente, cuestión que hemos abordado en el fundamento de derecho segundo, en su alegación segunda cuestiona la procedencia del recurso, y en su alegación tercera considera que el artículo 86 de la Ley 39/2015 no resulta aplicable. En sus alegación cuarta, desarrolla la eficacia de la empresa en diez puntos: eficacia derivada de la condición jurídica de TRAGSA; eficacia derivada de la agilidad en el encargo, ejecución y garantía en las actuaciones encargadas; eficacia derivada de la condición de poder adjudicador; eficacia con aplicación del criterio de eficiencia, derivada de la solvencia económica y financiera; eficacia derivada de la responsabilidad social corporativa y la transparencia; eficacia vinculada a criterios de eficiencia, derivada de la solvencia técnica (obras y suministros) o solvencia técnica o profesional (servicios); eficacia derivada de las condiciones de ámbito laboral y social; eficacia vinculada con la planificación, programación y gasto público de la Administración, derivada del sistema de tarifas; eficacia derivada del cumplimiento normativo, tanto de normas de derecho positivo como de obligaciones derivadas de compromisos voluntariamente asumidos,



tanto en términos contractuales como de normas auto-impuestas; y finalmente, eficacia derivada de otras fuentes.

Por último, en su alegación cuarta afirma que la redacción del artículo 7.8 de la Ley del IVA no deja la menor duda sobre la sujeción al impuesto de los servicios prestados en virtud de encargos. Tanto la normativa como la jurisprudencia que cita la recurrente son anteriores a la modificación de la ley del IVA por Ley 28/2014.

Una vez expuestos los motivos del recurso y las alegaciones, podemos realizar una primera consideración. La recurrente no cuestiona la condición de medio propio de TRAGSA, que es el principal contenido del régimen jurídico que se regula en el artículo 32 de la LCSP, sino que considera, en esencia, que el encargo formalizado no cumple los requisitos que exige el artículo 86 de la Ley 40/2015.

SÉPTIMO. Expuestas las alegaciones de la partes, procede entrar en el análisis de las distintas cuestiones que se plantean. Realizando TRAGSA una serie de consideraciones en su alegación segunda sobre la procedencia del recurso especial en materia de contratación, así como, en su alegación tercera, sobre la inaplicación del artículo 86 de la Ley 40/2015 a los encargos realizados por las Comunidades Autónomas y sus poderes adjudicadores, abordaremos primeramente ambas cuestiones.

En su alegación segunda, como hemos señalado, TRAGSA formula una serie de consideraciones que parecen dar a entender que no procede interponer el recurso porque no se han incumplido los requisitos del artículo 32 de la LCSP. Así, en el último párrafo señala: *“Es por ello que no cabe interponer recurso especial en materia de contratación en aras de lo dispuesto en el artículo 44.2.e) de la LCSP, en tanto que no se han incumplido los requisitos recogidos en el artículo 32 del citado precepto legal”*.



Es decir, parece negar la posibilidad de interponer el recurso.

El artículo 44.2 de la LCSP establece que podrán ser objeto del recurso una serie de actuaciones, recogiendo en su letra e) *“la formalización de los encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales”*.

La referencia al incumplimiento de los requisitos legales no es un requisito para la admisibilidad inicial del recurso, sino que pretende acotar los motivos en que se puede fundamentar la impugnación, lo cual se hace en términos muy amplios, de manera que el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley es la cuestión de fondo que habrá de analizarse y a la que habrá que dar respuesta en la resolución del mismo. En consecuencia, no puede acogerse esta alegación.

Por otro lado, en su alegación tercera, TRAGSA destaca el carácter no básico del artículo 86 de la Ley 40/2015, invocando tanto la exposición de motivos de la Ley 40/2015 como su disposición final decimocuarta, y negando en todo caso su posible aplicación supletoria a las Comunidades Autónomas. Inicialmente hemos de decir que no le falta razón a la empresa sobre el carácter no básico del artículo 86 desde el punto de vista exclusivamente de la regulación de la propia Ley 40/2015.

No obstante, la recurrente considera aplicable dicho precepto en virtud de lo dispuesto en la disposición final cuarta, apartado 3, de la LCSP. El órgano que realiza el encargo no plantea en su informe que el precepto no sea aplicable a la Comunidad Autónoma, hasta el punto que lo cita en sus alegaciones. Por su parte TRAGSA no formula alegaciones sobre el apartado 3 de la disposición final cuarta.

En relación con esta cuestión, y tal como hemos sostenido en nuestra Resolución 41/2019, de 19 de febrero, hay que señalar que la disposición final cuarta de la LCSP, en su apartado 3, establece:



“Disposición final cuarta. Normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley y a los medios propios personificados.

3. En relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.”

Este precepto es básico, de acuerdo con la disposición final primera, apartado 3 de la LCSP.

Lo primero que llama la atención del apartado 3 de la disposición final cuarta de la LCSP es su carácter básico, remitiendo a la regulación de los encargos de la Ley 40/2015, que como hemos señalado, no es básica. De esta manera, y de una forma cuanto menos cuestionable desde el punto de vista de la técnica normativa, viene a convertirse en básico un precepto, el artículo 86 de la Ley 40/2015, que originariamente no lo era.

Por otro lado, si se acude a la Ley 40/2015, se comprueba que el único precepto que establece un régimen jurídico para los medios propios es su artículo 86 (al margen de una mención especial en el artículo 157.3 relativo a la reutilización de sistemas y aplicaciones de propiedad de la Administración), por lo que la remisión que a dicha norma realiza la disposición final cuarta de la LCSP, en su apartado 3, ha de entenderse hecha a dicho precepto.

No obstante, esta remisión a lo dispuesto en la Ley 40/2015, contrasta con lo que establece el apartado 1 del artículo 32 que antes reproducimos:

“Artículo 32. Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados.

1. Los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera



directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.”

Es decir, el citado artículo 86 de la Ley 40/2015 solo es aplicable a los medios propios estatales.

En consecuencia nos encontramos con dos preceptos que dentro de una misma norma establecen, al menos aparentemente, regulaciones contradictorias: el artículo 32, que dispone la aplicación de la Ley 40/2015 exclusivamente para los medios propios de ámbito estatal, y la disposición final cuarta, apartado 3, que en relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados (no solo de los del sector público estatal) , dispone, en lo no previsto en la LCSP, la aplicación de lo establecido en la Ley 40/2015.

Para resolver esta antinomia, y dado que la misma se produce no entre dos normas, con lo que no cabría acudir a las reglas habituales de resolución de los conflictos de leyes (lex posterior derogat lex anterior; ley especial preferente a ley general; etc...), sino dentro de una misma norma, habremos de acudir a las reglas de la lógica. De esta manera caben en principio dos soluciones: o bien entender que pese a lo dispuesto en la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, el régimen jurídico previsto en la Ley 40/2015 para los medios propios se aplica exclusivamente a aquellos de ámbito estatal, o bien entender que pese a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la LCSP, dicho régimen también resulta de aplicación a los medios propios de todos los poderes adjudicadores, y no solo a



los de ámbito estatal.

Este Tribunal considera que la solución debe ser esta última, partiendo en primer lugar del carácter básico de la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, y en consecuencia, de su aplicación a todos los poderes adjudicadores y a sus medios propios; y en segundo lugar porque la primera solución dejaría vacío de contenido lo dispuesto en la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, lo que sería contrario al principio de efectividad de las normas.

En consecuencia, el artículo 86 de la Ley 40/2015 ha de entenderse aplicable a las Comunidades Autónomas.

En cualquier caso, cabe añadir que TRAGSA es una empresa del sector público estatal, de manera que, con independencia del poder adjudicador del que reciba el encargo, debe cumplir con lo previsto en dicho precepto, no por imponerlo la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, sino por establecerlo la propia Ley 40/2015.

OCTAVO. Una vez determinado que el régimen previsto en el artículo 86 de la Ley 40/2015 es aplicable a los medios propios no solo del sector público estatal, y en todo caso a TRAGSA, y siguiendo el orden lógico de las alegaciones, lo siguiente será dar respuesta a la alegación de dicha entidad de que el régimen contemplado en el artículo 86 de la Ley 40/2015 no es exigible para determinar la procedencia o no de un encargo a un medio propio personificado, sino para la declaración como medio propio de la entidades.

La exposición de motivos de la Ley 40/2015, en el párrafo vigésimo cuarto de su apartado V, establece:

“Se incorpora al contenido de la Ley la regulación de los medios propios y servicios técnicos de la Administración, de acuerdo con lo que en la actualidad se establece en la normativa de contratos del sector público. Como novedad, la



creación de un medio propio o su declaración como tal deberá ir precedida de una justificación, por medio de una memoria de la intervención general, de que la entidad resulta sostenible y eficaz, de acuerdo con los criterios de rentabilidad económica, y que resulta una opción más eficiente que la contratación pública para disponer del servicio o suministro cuya provisión le corresponda, o que concurren otras razones excepcionales que justifican su existencia, como la seguridad pública o la urgencia en la necesidad del servicio. Asimismo, estas entidades deberán estar identificadas a través de un acrónimo «MP», para mayor seguridad jurídica. Estos requisitos se aplicarán tanto a los medios propios que se creen en el futuro como a los ya existentes, estableciéndose un plazo de seis meses para su adaptación.”

Por su parte, el artículo 86 dispone:

“Artículo 86. Medio propio y servicio técnico.

1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.



b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.

En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M.P.».

3. A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico.”

A la vista de esta regulación resulta claro, como alega TRAGSA, que el cumplimiento de los requisitos contemplados en las letra a) y b) del apartado 2 del precepto es necesario para la declaración de medio propio y servicio técnico.

Ahora bien, eso no significa que con ocasión de la realización de los concretos encargos a una entidad ya declarada medio propio no deban justificarse determinados extremos, entre los que se encuentra el ser una opción más eficiente que la contratación pública o que responde a razones de urgencia o seguridad pública. En este sentido, la necesidad de que los requisitos para que proceda un encargo han de ser objeto de interpretación estricta ha sido puesta de relieve por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como dice el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de septiembre de 2018, Sala de lo Contencioso, Sección 5ª:

“En consecuencia, los requisitos para la utilización de medios propios deben



ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, Parking Brixen (apartados 63 y 65). Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia (así se advierte en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia», de julio de 2013 y el Informe núm. 1003 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión).”

En este sentido, y sin perjuicio del deber de cumplir los requisitos del artículo 86 de la Ley 40/2015, a los efectos de poder declarar a una determinada entidad como medio propio respecto de determinados poderes adjudicadores, los concretos encargos han de partir de la justificación de que el recurso al encargo es más eficiente que la licitación del contrato, entendiéndose el término eficiente en sentido amplio, comprensivo tanto de si concurren las circunstancias contempladas en la letra a) como de si concurren las previstas en la letra b) del apartado 2 del citado artículo 86. Las dificultades para la apreciación de la concurrencia de los requisitos contemplados en las letras a) y b) del artículo 86 de la Ley 40/2015 en el momento previo a la declaración d medio propio fueron puestas de manifiesto por la propia Intervención General del Estado, que en en el preámbulo de su Resolución de 6 de julio de 2017, por la que se aprueba la Instrucción para la elaboración del Informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la Ley 40/2015, señaló:

“Hay que destacar que para la emisión del citado informe se dan una serie de condicionantes previos que no es posible verificar en el momento de la solicitud y solo podrán comprobarse de forma fidedigna con carácter posterior para cada uno de los encargos que realice el medio propio y servicio técnico, por lo que se hace necesario partir de una declaración responsable hecha por el solicitante y de la aportación de documentación que se establece



en esta instrucción como solución alternativa”.

En definitiva, si bien la existencia de las circunstancias previstas las letras a) y b) del artículo 86 de la Ley 40/2015 se contemplan en el precepto como un requisito previo a la declaración de medio propio, a la hora de efectuar los concretos encargos, debe realizarse una apreciación de la concurrencia de las mismas, actualizada a dicho momento en función de las condiciones concretas del encargo, por exigencias del principio de eficiencia entendido en sentido amplio.

En consecuencia, al objeto de controlar el cumplimiento en la actuación de la Administración del principio de eficiencia es preciso que en la memoria justificativa del encargo se expliciten los razones por las que el recurso al encargo resulta más eficiente en sentido amplio que el recurso a la contratación pública. Así lo puso de manifiesto el Tribunal de Cuentas en la Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado Marco Legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas (BOE n.º 87, de 12 de abril de 2017):

“2.2.2.2. La encomienda de gestión a medios propios es una figura que indudablemente facilita la actividad de los órganos y entidades del sector público, permitiendo una inmediatez y una flexibilidad procedimental imposible de obtener mediante el recurso a la licitación pública. Pero estas facilidades se obtienen a costa de sacrificar las garantías que ofrece el TRLCSP y las ventajas competitivas del mercado y la libre concurrencia.

Y como no puede ser de otro modo en el contexto del ordenamiento jurídico administrativo español, esta excepcionalidad exige que el empleo de las encomiendas deba estar debidamente motivado, máxime al tratarse de una opción con incidencia en el gasto público. Solo a la luz de esta motivación podrá examinarse adecuadamente la eficacia y eficiencia de la decisión, así como su adecuación a los demás principios generales de actuación establecidos en el artículo 3 de la LRJSP.”



Y en el apartado relativo a las propuestas señala la moción:

“3.5. En el procedimiento que se establezca para la tramitación de los encargos a medios propios debería contemplarse la necesidad de que la justificación del recurso a su empleo esté siempre sustentada en informes o estudios que acrediten, con la suficiente especificación y concreción, por un lado, la existencia de las necesidades a satisfacer y la carencia de medios técnicos idóneos para afrontarlas directamente por los poderes adjudicadores encomendantes, y por otro, la mayor idoneidad del empleo de esta forma de gestión frente a otras formas posibles de suplir las necesidades a cubrir, en particular los procedimientos de licitación pública. En todo caso, esta justificación debe documentarse adecuadamente con los informes y estudios oportunos, que permitan constatar que la opción del encargo es la más idónea por razones de economía o de eficiencia, o porque resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia.”

La Cámara de Cuentas de Andalucía también se ha manifestado en igual sentido. Así, en su informe de fiscalización de las encomiendas de gestión reguladas en la legislación de contratación pública de determinadas Consejerías de la Administración Autonómica Andaluza, 2013, apartado 108, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 35, de 21 de febrero de 2017, señala:

“Se hace necesario que los centros gestores especifiquen, motiven y concreten las razones de economía, eficacia, o eficiencia, que han llevado a considerar la encomienda como el medio jurídico adecuado en lugar de acudir a un procedimiento de contratación pública, siendo ésta la razón principal que habilita al órgano encomendante a prescindir de las obligaciones de publicidad y concurrencia y a la utilización de la licitación pública a la hora de proveerse de nuevos recursos. Asimismo, se recomienda la realización de estudios de coste que muestre la economicidad de las distintas figuras o negocios jurídicos que puede llevar a cabo la administración para satisfacer el



interés público que persigue con la realización de las prestaciones.”

La necesidad de justificar el recurso al encargo deriva igualmente de las exigencias del principio de la libre competencia. En este sentido, la entonces Comisión Nacional de la Competencia, en su informe “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia” señala:

“V.2.1 La exigencia de una justificación adecuada

Una vez existe el medio propio, la decisión de su Administración matriz de encargarle una encomienda de gestión puede generar, en su caso, una restricción injustificada a la competencia. Resulta fundamental, por tanto, asegurar que el recurso a la encomienda está justificado tanto en su necesidad como en su proporcionalidad.”

Pasando al plano normativo, la LCSP hace referencia a la eficiencia en la utilización de los fondos públicos en varias ocasiones. Comenzando por su exposición de motivos, el párrafo séptimo de su apartado I dice:

“Con esta normativa, la Unión Europea ha dado por concluido un proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública, que permitan incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública...”

El párrafo sexto del apartado II:

“Así, esta Ley, teniendo como punto de partida dicha transposición, no se limita a ello, sino que trata de diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, ...”.



Por último, el párrafo primero del apartado III:

“Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público ...”.

En la parte articulada de la norma, entre los principios de la LCSP que enumera en el artículo 1 se encuentra el de asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados a sufragar los contratos, en los siguientes términos:

“1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”

3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

La ubicación del principio de eficiencia en el artículo 1 tiene una extraordinaria importancia, al erigirse en principio transversal de la ley que ha de informar su interpretación y aplicación.



Por otro lado, el artículo 28, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato y la eficiencia en la contratación, en su apartado 2, dispone:

“2. Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley.”

Una última manifestación del principio de eficiencia la encontramos en el artículo 294, al mencionar entre la causas de resolución del contrato de concesión de servicios:

“c) El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.”

Cabe añadir que conforme a la regulación de la LCSP, los encargos (antiguas encomiendas) han dejado de ser un negocio excluido de la legislación de contratos del sector público, para pasar a integrarse dentro de la misma como una forma de articular la satisfacción de las necesidades de los poderes adjudicadores. En este sentido debe destacarse que la regulación de los encargos se ubica dentro del capítulo I, *“Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público”* del Título I del Libro Primero de la LCSP, cuyo primer precepto es el anteriormente citado artículo 28 relativo, entre otros aspectos, a la eficiencia de la contratación.

Por otro lado, y ya en el ámbito del derecho autonómico andaluz, el artículo 106.2.a) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de



Andalucía establece la necesidad de justificar, en todo caso, la necesidad o conveniencia de realización de los trabajos a través de los encargos.

En este sentido, la Instrucción 11/2018 de la Intervención General de la Junta de Andalucía, por la que se aprueba la guía de fiscalización previa de los expedientes de gasto derivados de encargos a medios propios regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su Instrucción tercera, 1.1.4 exige una memoria justificativa de la necesidad o conveniencia de realizar los trabajos a través de esta figura, en los siguientes términos:

“En este sentido se debe acreditar que se da alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica*
- b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico”.*

Por último, la necesidad de justificar el recurso del encargo en cada supuesto concreto también ha sido apreciada por los órganos competentes para la resolución del recurso especial. Así el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, entre otras, en su Resolución 105/2018, de 15 de junio, si bien referido al TRLCSP, ha señalado en su fundamento jurídico quinto, tras reproducir el artículo 86 de la Ley 40/2015:

“Este precepto es de aplicación a la Administración General del Estado (AGE), en virtud de lo dispuesto en la propia LRJSP, si bien la LCSP establece como régimen jurídico supletorio del régimen de los encargos a medios propios establecidos por la legislación de contratos (disposición final cuarta). En



cuanto al régimen jurídico material de los encargos a medios propios establecido en la LCSP, que entró en vigor el 9 de marzo de este año, por aplicación de la disposición transitoria primera, no resulta de aplicación al acto objeto de este recurso.

No obstante, con independencia de la aplicación de estas normas y de su resultado, no se puede rechazar de plano la necesidad de incorporar la correspondiente motivación y justificación de la decisión del consejo comarcal en la medida en que se configura como la más elemental herramienta de garantía de buen gobierno y buena administración, especialmente vinculada al cumplimiento del principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos (artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera). Desde esta perspectiva, la motivación y la justificación del acuerdo se convierte en un requisito de base para poder efectuar la revisión de una decisión que, al menos, debe implicar una escrupulosa observancia de la concurrencia de los requerimientos exigidos para situar este negocio jurídico fuera del alcance de la normativa de contratación pública y, por tanto, de su exclusión de la licitación en el mercado abierto (en este sentido, los informes de la Junta Consultiva del Estado núm. 65/2007, de 29 de enero de 2009, y 2/12, de 7 de junio de 2012).

Efectivamente, los poderes públicos disponen de una amplia libertad y discrecionalidad para la adopción de la forma de gestión del servicio, tal como reconocen las propias directivas de 2014 (artículos 1.4 de la Directiva 2014/24/UE y 2.1 de la Directiva 2014/23/UE), pero esta capacidad de elección de la forma de gestión no les exime de justificar el recurso a la fórmula que sea -gestión directa o indirecta- en términos, al menos, de eficiencia y eficacia. La propia legislación de contratos exige, con carácter general, la necesidad de justificar debidamente la adecuación del objeto contractual a las necesidades a satisfacer, así como justificar la configuración de los elementos esenciales del diseño de la contratación (artículos 22 y



concordantes del TRLCSP y 28 y concordantes de la LCSP).”

A modo de conclusión: si bien el artículo 86.2 y 3 de la Ley 40/2015 contempla requisitos que han de ser cumplidos con carácter previo a la declaración de una determinada entidad como medio propio, ello no obsta a que, en base a lo expuesto, en los procedimientos de formalización de los concretos encargos deba existir una memoria justificativa entre cuyos extremos figure la mayor eficiencia en términos generales, en el recurso al encargo frente a la contratación, por referencia a la concurrencia de alguna de las circunstancias de las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 86 de la citada Ley 40/2015.

En este sentido, en los encargos que estamos analizando, el órgano que lo ha realizado ha partido de la aplicación de dicho precepto, sin que dicha cuestión haya sido combatida por TRAGSA en el seno del procedimiento de formalización del encargo.

Así, consta en los expedientes la referencia al citado artículo 86.2 y a sus circunstancias tanto en los documentos de justificación de conveniencia de encargo a TRAGSA de 27 de agosto de 2018 como en las memorias justificativas por las que se proponen los cuatro encargos, de fecha 18 de septiembre de 2018.

NOVENO. El recurso presentado se dirige de manera principal a cuestionar la eficiencia del encargo en términos de rentabilidad económica. Es decir, combate la concurrencia de la circunstancia contemplada en la letra a) del artículo 86.2 de la Ley 40/2015: *“a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica”*.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que existen otras circunstancias, las prevista en la letra b), que justifican el recurso al encargo: *“b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico”*.



A lo que hay que añadir que las circunstancias previstas en las letras a) en las letras b) son alternativas. Así se desprende de forma clara del final del párrafo primero del apartado 2 del artículo 86 (“... *se de alguna de las siguiente circunstancias:*”).

En definitiva, a la hora de justificar el recurso al encargo frente a la licitación pública basta que concurra alguna de las circunstancias que, de manera alternativa, se contemplan en la letra a) o en la b) del artículo 86.2.

En el expediente del primer encargo consta el documento denominado “Justificación de conveniencia de encargo a la empresa pública TRAGSA del servicio de limpieza y acondicionamiento de cauces en la provincia de Málaga 2018-2020, expediente 9/2018/ES”, de fecha de 27 de agosto de 2018, en el que se justifica el mismo por ser necesario por razones de seguridad pública y de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico. Es decir, se invoca como causa justificativa del encargo las circunstancias previstas en la letra b) del artículo 86.2. En similares términos se expresa el mismo documento en los otros tres expedientes

En el mismo sentido, en las memorias justificativas por las que se proponen los cuatro encargos, de fecha 18 de septiembre de 2018, se indica:

“A la vista de ello consideramos que la encomienda del servicio es una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica y además es necesaria por razones de urgencia en la necesidad de disponer de los servicios, en tanto puede adaptarse con mayor rapidez y flexibilidad a los imponderables evitando que las necesarias indeterminaciones detalladas sirvan a los contratistas para justificar dificultades de ejecución del contrato, con los costes en tiempo y en presupuesto que ello podría conllevar, sin entrar a considerar que en caso de no actuar con celeridad podría poner en mayor



riesgo infraestructuras e incluso vidas humanas. Por ello podría ser de aplicación lo contemplado en el artículo 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre del régimen Jurídico del Sector Público”.

Es decir que el recurso al encargo se fundamenta, amén de en razones de eficiencia, en razones de urgencia y de seguridad.

En las Resoluciones de la Dirección General de Planificación y Gestión del Dominio Público Hidráulico, por las que se formalizan los encargos, en el punto 1 del apartado “resuelvo” se dispone:

“Aprobar la encomienda de gestión del expediente arriba reseñado, por la mayor celeridad que se obtiene en la ejecución de los mismos, a la empresa pública TRAGSA, quien asumirá los compromisos y obligaciones que se deriven de la presente encomienda de gestión”

Finalmente en el informe sobre la tramitación de los encargos del servicio para la limpieza y acondicionamiento de cauces en las provincias de Málaga, Huelva, Granada y Almería en relación con el recurso interpuesto contra el encargo, se manifiesta que el citado encargo se realiza fundamentalmente en aplicación de lo determinado en el artículo 86.2.b) de la Ley 40/2015, como así consta en el informe del Servicio de Gestión del Medio Ambiente de 30 de agosto de 2018.

En definitiva, el recuso especial presentado contra los encargos trata de rebatir la mayor eficiencia que supone el encargo a TRAGSA en virtud de lo dispuesto en el artículo 86.2.a). No obstante, la Administración, al margen de tratar de justificar igualmente la concurrencia de la circunstancia prevista en la letra a), lo hace a mayor abundamiento, ya que invoca como causa justificativa principal las circunstancias mencionadas en la letra b), cuya concurrencia no es cuestionada en el recurso.

En efecto, en el recurso, en el apartado D, se reproduce el artículo 86.2 de la Ley



40/2015, incluida su letra b), pero la infracción que se denuncia, según el enunciado del motivo, es no acreditar suficientemente la eficiencia aplicando criterios de rentabilidad económica. En cuanto al desarrollo del motivo, ninguna alegación se realiza sobre la concurrencia o no de las circunstancias contempladas en la letra b).

El artículo 51.1 LCSP dispone que en el escrito de interposición se hará constar, entre otros extremos, el acto recurrido y el fundamento que motiva el recurso. Por su parte, el artículo 57.2 LCSP establece, en lo que ahora interesa, que la resolución decidirá motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen plantado, debiendo ser en todo caso congruente con la petición, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 119.3 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que, en relación con la resolución de los recursos, dispone que el órgano decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido alegadas o no por los interesados.

En el presente caso los actos recurridos son los encargos, y el motivo el incumplimiento de lo previsto en la letra a) del artículo 86.2 de la Ley 40/2015. Es decir, que la recurrente denuncia, como hemos señalado, la infracción del supuesto previsto en la letra a), fijando los términos de su pretensión y la causa petendi, y en consecuencia, delimitando los términos del recurso sobre los que ha de pronunciarse este Tribunal.

Sin embargo, como hemos visto, los encargos pueden basarse igualmente en las circunstancias contempladas en la letra b), que son precisamente las invocadas por la Administración, extremo contra el que no se dirige el recurso presentado, y sobre cuya concurrencia no podemos pronunciarnos, so pena de incurrir en incongruencia “ultra petita”, proscrita por el artículo 57.2 de la LCSP, y que tiene lugar, como señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 132/2007, de 4 de junio, *“cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los*



litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones”.

En consecuencia, basándose los encargos en razones de seguridad pública y de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico, cuestión que no es impugnada por la recurrente, y con independencia de si resulta acreditado o no que concurren dichas circunstancias, cuestión sobre la que no puede entrar este Tribunal como hemos señalado, resulta innecesario analizar si el encargo es más eficiente o no, ya que una eventual estimación de la pretensión no conllevaría la anulación de la formalización de los encargos, al encontrarse fundamentados en las causas previstas en la letra b) del artículo 86.2 de la Ley 40/2015, fundamentación a la que la recurrente se ha aquietado al no haberla cuestionado en su recurso .

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

En cualquier caso, a mayor abundamiento y dado que se denuncia en la letra E del recurso la infracción del artículo 86.3 de la Ley 40/2015, por omisión del informe de la Intervención Delegada de la Junta de Andalucía en la Consejería, y este requisito es aplicable tanto en las circunstancias de la letra a) como de la letra b) del apartado 2 de dicho artículo, podríamos señalar, como hicimos en nuestra Resolución 41/2019, que ha de distinguirse entre el informe de la Intervención en el procedimiento de declaración de una entidad como medio propio, y el informe de la Intervención en el procedimiento de formalización de un encargo. Respecto del primero, consta en la documentación el informe sobre la memoria que acompaña a la propuesta de la declaración de la TRAGSA como medio propio y servicio técnico, emitido por la Intervención General de la Administración del Estado en cumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo 86 de la Ley 40/2015, que es órgano competente al ser una sociedad del sector público estatal.



En lo que se refiere a los concretos encargos, a la fiscalización de este tipo de actuaciones le es aplicable la Instrucción 11/2018 de la Intervención General de la Junta de Andalucía, constando igualmente dichos informes de fiscalización de conformidad en los expedientes (Expediente 9/2018/ES páginas 553 y 554; Expediente 10/2018/ES páginas 555 y 556; Expediente 11/2018/ES páginas 563 y Expediente 15/2018/ES páginas 564; 558 y 559).

Por otro lado, este Tribunal considera que en atención al contenido de los informes de fiscalización, así como a las particularidades del recurso especial como recurso ágil, no procede dar traslado del mismo a la recurrente para formular alegaciones, como ha solicitado, ya que la acreditación de la concurrencia de razones de urgencia y seguridad constan en los documentos antes mencionados.

En cualquier caso debe añadirse que el trámite solicitado por la recurrente no se contempla en la LCSP, salvo para el supuesto excepcional de que hubiera solicitado vista del expediente al órgano que realiza el encargo y éste no hubiera dado acceso al mismo (artículo 52 de la LCSP).

En consecuencia, ha de desestimarse este motivo del recurso.

En definitiva, procede desestimar el recurso especial contra la formalización de los cuatro encargos .

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS FORESTALES Y PAISAJÍSTICAS DE ANDALUCÍA (AEFYPA)** contra la formalización de



cuatro encargos de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio (en la actualidad, en atención al objeto del encargo, Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible) al medio propio Empresa de Transformación Agraria S.A.- (TRAGSA) del “Servicio para la limpieza y acondicionamiento de cauces en la provincia de Málaga 2018-2021” (Expediente 9/2018/ES), “Servicio para la limpieza y acondicionamiento de cauces en la provincia de Huelva 2018-2021” (Expediente 10/2018/ES); “Servicio para la limpieza y acondicionamiento de cauces en la provincia de Granada 2018-2021” (Expediente 11/2018/ES), y “Servicio para la limpieza y acondicionamiento de cauces en la provincia de Almería 2018-2021” (Expediente 15/2018/ES).

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

