Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (2910/00500/00000)
SALIDA
21/02/2019 09:32:29
2019203300006940

CONSEJERÍA DE AGRICULTURA, GANADERÍA, PESCA Y DESARROLLO SOSTENIBLE
Avda. Manuel Siurot, nº 50
41071 – SEVILLA

felix.luna@juntadeandalucia.es;antonio.martinez.l@juntadeandalucia.es;dgeennpc.cma@juntadeandalucia.es

Fecha: 21 de febrero de 2019
Ref: SPM/raj
Asunto: Rtdo. Resolución Tribunal 41/2019
Recurso Tribunal 429/2018

Se notifica que con fecha 19 de febrero de 2019, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía ha dictado la Resolución 41/2019, cuya copia se adjunta, por la que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE CONSULTORÍA MEDIOAMBIENTAL DE ANDALUCÍA (AECMA)** contra la formalización de encargo 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 Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A, S.M.E., M.P. (TRAGSATEC) del "Servicio para la redacción de proyectos de ejecución de actuaciones de recuperación y conservación de espacios naturales, biodiversidad y conectividad ecológica 2018" (Expediente 2018/00092 M).

Asimismo se hace constar que la resolución remitida es copia auténtica del documento original que obra en este Tribunal.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Fdo: Susana Palma Martos

Recurso 429/2018
Resolución 41/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 19 de febrero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE CONSULTORÍA MEDIOAMBIENTAL DE ANDALUCÍA (AECMA)** contra la formalización de encargo 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 Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A, S.M.E., M.P. (TRAGSATEC) del "Servicio para la redacción de proyectos de ejecución de actuaciones de recuperación y conservación de espacios naturales, biodiversidad y conectividad ecológica 2018" (Expediente 2018/00092 M), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de noviembre de 2018, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía la Resolución, de 31

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 2/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

de octubre de 2018, dictada por delegación, de la Dirección General de Gestión del Medio Natural y Espacios Protegidos de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, en virtud de la que se encarga a TRAGSATEC el servicio mencionado.

El importe del encargo es de 481.620,15 euros según el apartado primero, 3º, 3.1 de la parte dispositiva de la Resolución.

SEGUNDO. El 10 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 DE CONSULTORÍA MEDIOAMBIENTAL DE ANDALUCÍA (AECMA), contra la formalización de encargo a TRAGSATEC, solicitando en el mismo la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución del encargo.

TERCERO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el 11 de diciembre de 2018, se dio traslado del escrito de recurso presentado al órgano que realizó el encargo, solicitándole la remisión del expediente de contratación, informe al recurso, las alegaciones a la medida cautelar instada por la recurrente y los posibles interesados, recibiéndose el 21 de diciembre de 2018 el expediente. Remitido nuevo escrito solicitando el resto de la documentación, ésta se recibe el 27 de diciembre. El 4 de enero se le requiere información que se recibe el 22 de enero.

CUARTO. Por Resolución de 18 de enero de 2019, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión de la ejecución del encargo.

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

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 3/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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.

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*

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 4/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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 un encargo a TRAGSATEC.

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 del sector de la consultoría e ingeniería medio ambiental, así como la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Igualmente, tiene entre sus objetivos y fines básicos la defensa del sector empresarial privado de la consultoría e ingeniería medioambiental; la representación, defensa y promoción de los intereses de sus asociados; así como ordenar, propiciar y defender la acción empresarial de capital privado medioambiental, impulsando las relaciones con toda clase de organismos de la administración local, autonómica, estatal o internacional.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 5/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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 del encargo, 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 en un encargo a medio propio de importe superior al establecido para los contratos de servicios (100.000 euros), y la actuación recurrida es la formalización del encargo 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, la resolución de formalización del encargo se publicó en el perfil del contratante el 16 de noviembre de 2018, habiéndose presentado el escrito de recurso en el registro de este Tribunal el 10 de diciembre de 2018, por lo que se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 6/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

QUINTO. El recurso especial tiene por objeto la formalización de un encargo 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, y 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."

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 7/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 8/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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."

TRAGSATEC 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.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 9/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 10/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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, en consecuencia, pueda entrar a conocer de aquellas cuestiones de oportunidad que entrarían dentro del ámbito 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. Procede exponer a continuación los motivos en que el recurso se sustenta. La recurrente considera en los antecedentes de hecho que el encargo no cumple los requisitos legales establecidos por la LCSP y demás normativa de aplicación. Tras está afirmación genérica, y en los fundamentos de derecho, denuncia la infracción del artículo 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con la disposición final 4ª, apartado 3º, de la LCSP, en cuanto que el encargo realizado no acredita suficientemente su eficiencia, aplicando criterios de rentabilidad económica.

Entiende que la memoria justificativa carece del contenido necesario que sirva de justificación. Cuestiona la experiencia previa de TRAGSATEC, la urgencia en disponer pronto del banco de proyectos, la idoneidad de la empresa, la especificidad de las tareas, y el criterio de rentabilidad económica. Denuncia igualmente la infracción del artículo 86.3 de la citada Ley 40/2015, al haberse omitido el informe de fiscalización del encargo y de la memoria justificativa emitido por la Intervención Delegada de la Junta de Andalucía.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 11/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Por su parte, el órgano que formaliza el encargo en su informe sostiene su legalidad, por las razones que se expondrán.

Por último, TRAGSATEC tras alegar la falta de legitimación de la asociación recurrente, sostiene la no aplicación del artículo 86 de la Ley 40/2015 a las Comunidades Autónomas. Subsidiariamente, alega que es un precepto que se aplica con carácter previo a la declaración de medio propio y no a los concretos encargos, y subsidiariamente, que el encargo cumple los requisitos legales. Por último solicita la improcedencia de la suspensión solicitada.

Una vez expuestos los motivos del recurso, podemos realizar una primera consideración. La recurrente no cuestiona la condición de medio propio de TRAGSATEC, que es el principal contenido del régimen jurídico que se regula en el artículo 32 de la LCSP, sino que considera 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. Basándose el recurso en la infracción de los apartados 2 y 3 del artículo 86 de la Ley 40/2015, y dado que TRAGSATEC considera como primer alegato que dicho precepto no es aplicable a los encargos realizados por las Comunidades Autónomas y sus poderes adjudicadores, abordaremos en primer lugar esta cuestión.

A este respecto, TRAGSATEC destaca el carácter no básico del citado precepto, 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

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 12/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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 TRAGSATEC no formula alegaciones sobre el apartado 3 de la disposición final cuarta.

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

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 13/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

que establece el apartado 1 del artículo 32 que antes reprodujimos:

"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

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 14/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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 TRAGSATEC 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 TRAGSATEC, 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.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 15/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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,

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 16/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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 TRAGSATEC, 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. En este sentido, la necesidad de que los requisitos para que proceda un encargo han de ser objeto de interpretación

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 17/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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 si concurren las circunstancias contempladas en la letra a) como si concurren las previstas en la la letra b) del apartado 2 del citado artículo 86.

Ello es así porque si bien la existencia de dichas circunstancias se contempla 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.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 18/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

En definitiva, 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

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 19/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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."

Igualmente, 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":

"V.2.1 La exigencia de una justificación adecuada

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 20/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 21/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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."

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 22/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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:

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 23/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

"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

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 24/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 25/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

En este sentido, en el encargo 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 TRAGSATEC en el seno del procedimiento de formalización del encargo. En este sentido, consta en el expediente (páginas 37 y ss.) que el encargo fue fiscalizado de disconformidad por la Intervención Delegada de la Junta de Andalucía entre otras razones precisamente por no justificarse la concurrencia de ninguna de las circunstancias de las citadas letras a) y b), lo que motivó la emisión de una nueva memoria justificativa (páginas 41 y ss.) de la Coordinación General de la Dirección General de Gestión del Medio Natural y Espacios Protegidos sobre la conveniencia del encargo.

Dirigiéndose el recurso presentado de manera principal a cuestionar la eficiencia del encargo, enjuiciaremos si la misma queda acreditada en el expediente. A estos efectos habrá de tenerse en cuenta tanto la memoria justificativa por la que se propone el encargo, de fecha 22 de junio de 2018, como la nueva memoria justificativa (páginas 41 y ss.) de la citada Coordinación General sobre la conveniencia del encargo, de 8 de octubre de 2018, así como las alegaciones de las partes.

NOVENO. Procede a continuación entrar ya en el análisis de fondo de los motivos de impugnación que plantea la recurrente en su escrito, para lo que seguiremos el mismo orden de sus alegatos. Se cuestiona en el recurso que la breve memoria justificativa es insuficiente para justificar la eficiencia del encargo a medio propio, afirmación que se va desarrollando respecto de distintos apartados de la mencionada memoria.

Es decir, la recurrente no alega la inexistencia de justificación para acudir al encargo, sino que, en su opinión, la justificación obrante en el expediente es insuficiente.

En primer lugar, cuestiona la experiencia previa de TRAGSATEC, si bien admitiendo la misma en proyectos del tipo del encargado, afirmando que las

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 26/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

empresas del sector privado que licitan a este tipo de trabajos cuentan con plantillas profesionales formadas y altamente cualificadas. El órgano que realiza el encargo afirma al respecto en su informe al recurso que la prevalencia de los medios humanos y técnicos sobre los de las empresas consultoras no es requisito a comprobar para realizar el encargo. TRAGSATEC alega su extensa experiencia, ya que lleva recibiendo encargos desde su creación en 1989.

Tiene razón el órgano que realiza el encargo, ya que ese requisito no se contempla en el régimen jurídico aplicable a los encargos, no erigiéndose en parámetro para apreciar su legalidad. En cualquier caso, la propia recurrente reconoce la experiencia previa de TRAGSATEC, por lo que procede desestimar este motivo del recurso.

A continuación la recurrente cuestiona la urgencia que invoca el poder adjudicador para disponer pronto del banco de proyectos para poder licitar inmediatamente los expedientes de obras, indicando seguidamente que el plazo para redactar los proyectos es de 14 meses. El órgano señala en su informe que la demora "*se debe a la tramitación interna que supone la autorización previa de autorización del gasto por parte de Hacienda al ser un gasto nuevo del presupuesto de autofinanciada de la Consejería, sujeto a autorización como consecuencia de la Orden de Cierre 2017*". Igualmente, manifiesta que el retraso se debe a la necesidad de disponer de toda la documentación exigida por los nuevos requisitos de la LCSP y Ley 40/2015. A continuación incluye una serie de justificaciones adicionales.

TRAGSATEC alega que la recurrente *"confunde la urgencia en iniciar la redacción de los proyectos objeto de encargo para su ejecución dentro del periodo temporal del Fondo Europeo, con el plazo de ejecución de dichos proyectos"*. Invoca igualmente la naturaleza instrumental y no contractual del encargo, suponiendo la comunicación al medio propio la orden de iniciar la actuación, lo que conlleva que el tiempo de tramitación sea inferior al de un expediente de licitación.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 27/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Al respecto, debe destacarse en primer lugar que la urgencia se configura en el artículo 86.2.b) de la Ley 40/2015 como un requisito alternativo al de eficiencia contemplado en la letra a), de manera que aun en el supuesto en el que no se diera, no por ello el encargo sería ilegal, perdiendo trascendencia a los efectos de la resolución del recurso. Por otro lado, en la memoria justificativa de la citada Coordinación General se señala que, partiendo de la trascendencia de las actuaciones, es urgente el desarrollo del servicio para poder licitar a la mayor brevedad las obras y estudios correspondientes y ejecutar las inversiones previstas en el marco del Programa de Desarrollo Rural para el periodo 2014-2020. Manifiesta que será necesario redactar 18 proyectos (algunos de ellos incluyen trabajos de obra civil, lo que requiere además una serie de estudios previos, catas, informes técnicos, etc.) y una propuesta de servicio, todo ello en el plazo de 14 meses. Además, con vistas a maximizar la ejecución presupuestaria de los fondos FEADER la celeridad en la tramitación se convierte, según señala, en un imperativo.

A la vista de lo expuesto, a juicio de este Tribunal existe una explicación motivada de la concurrencia de la urgencia.

Se cuestiona a continuación la idoneidad de TRAGSATEC sobre la base de que en la memoria no se justifica su prevalencia sobre la cualificación humana y técnica del personal de empresas privadas del sector. En este sentido cuestiona que la memoria se fundamente en la clasificación de TRAGSATEC, ya que este requisito también sería exigible en su caso en una licitación. El órgano en su informe señala que la prevalencia no es un requisito a comprobar para acudir a los encargos. Simplemente se debe comprobar, como de hecho ha certificado el medio propio, que dispone de los medios necesarios, adjuntando un certificado de disponibilidad de medios para el servicio objeto del encargo, de fecha 10 de octubre de 2018 (página 128). TRAGSATEC alega que no se trata de baremar como en un procedimiento de licitación si el medio propio es mejor que una entidad licitadora, sino de acreditar que tiene la condición de medio propio.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 28/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Respecto de la clasificación, invoca el artículo 32.2.d), 2º LCSP, cuando dispone que *"En todo caso se presumirá que cumple el requisito establecido en el número 2º de la presente letra cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto de los Grupos, Subgrupos y Categoría que ostente"*. El número 2 se refiere a la necesidad de que con carácter previo a reconocer el carácter de medio propio de una entidad se verifique que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de encargos de conformidad con su objeto social.

Como hemos señalado anteriormente, el requisito de la prevalencia no se exige en la normativa reguladora de los encargos. El artículo 32 de la LCSP no establece como requisito la necesidad de acreditar que la entidad que recibe el encargo sea mejor que los posibles licitadores. El artículo 32.2.d) lo que establece es que la condición de medio propio deberá reconocerse expresamente en su estatutos o actos de creación, previo cumplimiento, entre otros, del requisito de 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, añadiendo que en todo caso se presumirá que cumple este requisito cuando haya obtenido la correspondiente clasificación.

En consecuencia procede desestimar este motivo del recurso.

A continuación se cuestiona en el recurso la apelación a la especificidad de las tareas y su complejidad para justificar el encargo, sin que se aporte en la memoria justificativa ni un solo dato fidedigno que la acredite. El órgano en su informe incide en la complejidad, tratándose de la redacción de 19 proyectos a licitar en un futuro y de gran variedad, y que suponen una gran diversidad y tipología de actuaciones y proyectos a redactar, de dos fondos europeos distintos, que resulta imposible que una sola empresa tuviese la capacidad técnica disponible para la ejecución en tiempo y forma de la totalidad de estos proyectos. Igualmente invoca la distinta naturaleza de los proyectos encargados

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 29/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

respecto de los licitados por la Dirección General. Son proyectos muy complejos para una empresa adjudicataria que debería acometer simultáneamente la redacción de los 19 proyectos. Finaliza apelando a la idoneidad de TRAGSATEC. Esta empresa por su parte alega en síntesis que la recurrente vincula la especificidad y complejidad del servicio con la justificación del uso de la figura del encargo, requisito no exigido por la LCSP.

El artículo 32 de la LCSP no establece como requisito para poder acudir al encargo que este tenga por objeto servicios de gran complejidad. En consecuencia, no cabrá cuestionar el encargo realizado sobre la base de discutir si los servicios son o no complejos, como alega la recurrente. Por otro lado, podríamos encontrarnos ante un aspecto que tendría más relación con la eficiencia y eficacia a la que se refiere artículo 86.2.a) de la Ley 40/2015, afirmando el órgano en su informe que el hecho de que algunos de los proyectos cuentan con borradores previos elaborados por la propia Consejería, algunos con una antigüedad de más de 4 años, que requieren la adaptación a las distintas normativas de aplicación y a las nuevas tarifas aplicables, redundaría en una agilización en la redacción y una reducción de costes.

En consecuencia procede desestimar este motivo.

Se cuestiona a continuación en el recurso el criterio de la rentabilidad económica, sobre la base de la justificación desde el punto de vista cuantitativo, entendiendo que debe rechazarse la misma porque la aplicación del porcentaje IVA para diferenciar los costes de un encargo a medio propio de una licitación pública atenta directamente contra el principio de neutralidad del impuesto, así como en relación con la incógnita que manifiesta el poder adjudicador al referirse a las bajas de las ofertas que pudieran realizarse en una licitación pública. En este sentido, la recurrente señala que la Dirección General que realiza el encargo licitó en marzo de 2018 un servicio de redacción de proyectos de contenido similar al que se examina, en el que las bajas que se ofertaron estaban alrededor del 35%, muy por encima del 24% al que se refiere la

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 30/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Administración en su memoria justificativa.

Por su parte, el órgano que realiza el encargo, respecto del IVA, señala que la LCSP volvió a modificar el artículo 7 de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el valor añadido, de manera que el encargo no está sujeto a dicho impuesto. Acompaña una resolución de encargo de la Dirección General de Fondos Europeos a TRAGSATEC en el que respecto de la eficiencia económica se dice que la inaplicación del IVA supone una ventaja competitiva frente a la contratación de empresas externas de la que resulta que el informe comparativo de las tarifas 2018 respecto del mercado refleja un valor medio inferior al de licitación del 6,98%.

Respecto de las bajas de las posibles ofertas, invoca el apartado "justificación desde el punto de vista cualitativo" de la memoria justificativa, en el que se analiza comparativamente el coste del encargo frente a la licitación. Señala que el análisis que hace la recurrente no tiene en cuenta ni evalúa las muy distintas circunstancias de la licitación del expediente que invoca respecto del encargo recurrido, comparando ambos expedientes, lo que lleva a una situación dicotómica que es optar entre licitar uno a uno los proyectos, lo que dilataría en más de tres años la disponibilidad de los mismos, o bien unirlos en un mismo expediente de alta complejidad que se encargue a un ente instrumental. Se descartó la primera y se optó por la segunda con el único objetivo de mejorar la eficiencia y eficacia y el estado de ejecución de los Fondos Europeos en las medidas ya citadas de cara al presupuesto 2019 y sus previsibles efectos sobre el marco de rendimiento y la N+3 del FEADER.

TRAGSATEC incide en la no sujeción de los encargos al IVA. Respecto de las bajas destaca el hecho de que no siempre el precio de adjudicación coincide con el de liquidación de un contrato, como consecuencia de bajas en obras que finalmente se ven abocadas a modificados, a diferencia de los encargos a dicha empresa que a pesar de todas las incidencias está obligada a su ejecución hasta su total finalización. Añade, a mayor abundamiento, que al tener el límite de la

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 31/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

subcontratación en el 50%, la administración solo abona a TRAGSATEC el coste efectivo soportado por el medio propio.

Pasando al enjuiciamiento de este motivo, en la memoria justificativa de la citada Coordinación General, páginas 46 a 53 del expediente, se realiza un análisis del criterio de la rentabilidad económica tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde el punto de vista cualitativo. Desde el primero se llega a la conclusión de que "*el importe del encargo es bastante inferior al presupuesto base de licitación con IVA (más de un 24%) ya que tomando como base de cálculo el presupuesto base de licitación con IVA, el importe del encargo supondría un 75,95% del mismo*". Desde el punto de vista cualitativo, la memoria justificativa incide en el valor añadido que supone el encargo, desarrollando en distintos apartados su eficiencia. Así, trata sucesivamente la eficiencia derivada del régimen jurídico de "TRAGSA/TRAGSATEC", de la adecuación de los trabajos a su objeto social, de su condición de poder adjudicador, de la eficiencia vinculada a criterios de solvencia técnica, responsabilidad civil y transparencia, de la vinculada con la planificación, programación y gasto público de la Administración derivada del sistema de tarifas, de la vinculada a la calidad y medio ambiente, y, finalmente, de la vinculada a los medios humanos y materiales.

A la vista de ello consideramos que los alegatos de la recurrente no desvirtúan la acreditación de la eficiencia económica realizada en la memoria justificativa.

Se denuncia finalmente en el recurso la infracción del artículo 86.3 de la Ley 40/2015, al no figurar en el encargo el informe de la Intervención Delegada de la Junta de Andalucía en la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Solicita la recurrente que de existir dicho documento en el expediente remitido se le dé traslado para alegar sobre el mismo.

El órgano no formula alegaciones sobre este extremo. TRAGSATEC reitera que dicho precepto no es aplicable a los encargos realizados por las Comunidades

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 32/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Autónomas, y subsidiariamente, que es un requisito a cumplir por las entidades del sector público estatal para obtener la condición de medio propio, no para justificar un encargo. Alega que cuenta con una memoria justificativa informada por la Intervención General de la Administración del Estado a la que hace alusión el artículo 86.2 de la Ley 40/2015, y que adjunta, sin que proceda que sea informada por la Intervención Delegada de la Junta de Andalucía. Para negar la competencia de dicho órgano alega que la Instrucción 14/2018 (sic) de la Intervención General de la Junta de Andalucía no es aplicable, al serlo solo a las entidades pertenecientes al sector público andaluz, circunstancia que no se da en TRAGSATEC.

Respecto de este motivo del recurso, procede reiterar lo expuesto anteriormente sobre la aplicabilidad de dicho precepto a las Comunidades Autónomas, y sobre la aplicación en el procedimiento previo a la declaración de medio propio, y no al concreto encargo. En este sentido 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 remitida el informe sobre la memoria que acompaña a la propuesta de la declaración de la Empresa de Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A, S.M.E., M.P. (TRAGSATEC) 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 al concreto encargo, según el informe del órgano, con fecha 26 de octubre de 2018 se fiscaliza de conformidad la propuesta contable por la Intervención Delegada, resultando de aplicación en la fiscalización de este tipo de encargos la Instrucción 11/2018 de la Intervención General de la Junta de Andalucía, informe que figura en el expediente (páginas 140 y 141). Este Tribunal considera que en atención al contenido del informe de fiscalización, así como a las particularidades del recurso especial como recurso ágil, no procede

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 33/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

dar traslado del mismo a la recurrente para formular alegaciones, como ha solicitado, ya que la acreditación de la concurrencia de razones de eficiencia constan en la memoria justificativa de la citada Coordinación General sobre la conveniencia del encargo.

En cualquier caso debe añadirse que el tramite 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, procede desestimar este motivo del recurso.

Procede, pues, desestimar el recurso especial contra la formalización del encargo.

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 DE CONSULTORÍA MEDIOAMBIENTAL DE ANDALUCÍA (AECMA)** contra la formalización de encargo 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 Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A, S.M.E., M.P. (TRAGSATEC) del "Servicio para la redacción de proyectos de ejecución de actuaciones de recuperación y conservación de espacios naturales, biodiversidad y conectividad ecológica 2018" (Expediente 2018/00092 M).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 34/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

LCSP, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión de la ejecución del encargo.

TERCERO. 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.

CUARTO. 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.

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	21/02/2019	PÁGINA 35/35
VERIFICACIÓN	Pk2jm767YP67VZ3i3_fsGRsMF1TZd8	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	