Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (2910/00500/00000)
SALIDA
01/04/2019 10:42:46
2019110000003833

EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A., S.M.E., M.P. (TRAGSA)
C/ Parsi, 5, 8
41016 SEVILLA

jcastil1@tragsa.es;mferrero@tragsa.es;amedran1@tragsa.es

Fecha: 1 de abril de 2019
Ref: PVM/cmv
Asunto: Rtdo. Resolución Tribunal 95/2019
Recurso Tribunal 6/2019

Se notifica que con fecha 28 de marzo de 2019, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía ha dictado la Resolución 95/2019, cuya copia se adjunta, por la que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS FORESTALES Y PAISAJÍSTICAS DE DE ANDALUCÍA (AEFYPA)** contra la formalización de diez 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.P, M.P. (TRAGSA) del "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en el Parque Natural de Cazorla, Segura y las Villas 2018-2020" (expediente 2018/126/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Almería 2018-2020" (expediente 2018/135/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Cádiz 2018-2020" (expediente 2018/144/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Córdoba 2018-2020" (expediente 2018/143/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Granada 2018-2020" (expediente 2018/137/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Huelva 2018-2020" (expediente 2018/148/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Jaén 2018-2020" (expediente 2018/145/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Málaga 2018-2020" (expediente 2018/133/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Sevilla 2018-2020" (expediente 2018/146/M) y "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en el Parque Natural y Nacional Sierra Nevada 2018-2020" (expediente 2018/131/M).

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 1/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (2910/00500/00000)
SALIDA
01/04/2019 10:42:46
2019110000003833

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

LA SECRETARÍA DEL TRIBUNAL
(Por ausencia, articulo 8.3 del Decreto 332/2011, 2 de noviembre.
BOJA NUM. 222 de 11 de noviembre de 2011)
Gabinete de Recursos

Fdo.: Pablo Vicente Montalvo

C/ Barcelona, 4-6 41001 Sevilla
Tribunaladministrativo.contratos@juntadeandalucia.es

Recurso 6/2019
Resolución 95/2019

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

Sevilla, 28 de marzo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS FORESTALES Y PAISAJÍSTICAS DE DE ANDALUCÍA (AEFYPA)** contra la formalización de diez 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.P, M.P. (TRAGSA) del "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en el Parque Natural de Cazorla, Segura y las Villas 2018-2020" (expediente 2018/126/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Almería 2018-2020" (expediente 2018/135/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Cádiz 2018-2020 " (expediente 2018/144/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Córdoba 2018-2020" (expediente 2018/143/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Granada 2018-2020" (expediente 2018/137/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Huelva 2018-2020" (expediente 2018/148/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Jaén 2018-2020" (expediente 2018/145/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Málaga 2018-2020" (expediente 2018/133/M); "Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Sevilla 2018-2020" (expediente 2018/146/M) y "Servicio de

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 3/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

modernización y mejora de los caminos forestales en el Parque Natural y Nacional Sierra Nevada 2018-2020" (expediente 2018/131/M), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de diciembre de 2018 se publicaron en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía diez Resoluciones, de 14 de diciembre de 2018, dictadas por delegación, de la Dirección General de Medio Natural y Espacios Naturales Protegidos 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 según el apartado primero 3º de la parte dispositiva de las Resoluciones de 935.643,63 euros (expediente 2018/126/M); 1.553.247,20 euros (expediente 2018/135/M); 1.165.428,52 euros (expediente 2018/144/M); 1.258.244,90 euros (expediente 2018/143/M); 1.615.383,14 euros (expediente 2018/137/M); 1.693.999,22 euros (expediente 2018/148/M); 1.212.156,42 euros (expediente 2018/145/M); 1.873.967,79 euros (expediente 2018/133/M); 1.121.273,55 euros (expediente 2018/146/M); y 780.655,63 euros (expediente 2018/131/M).

SEGUNDO. El 10 de enero de 2019, 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 DE ANDALUCÍA (AEFYPA), contra la formalización de los diez encargos a TRAGSA, solicitando en el mismo la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los mismos.

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 4/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

TERCERO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el 11 de enero de 2019, 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 el listado de los posibles interesados, recibiéndose el 21 de enero de 2019.

CUARTO. Por Resolución de 29 de enero de 2019, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los encargos.

QUINTO. Mediante escrito de 5 de febrero 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.*

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 5/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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 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.

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 6/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Como ya se ha indicado anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra la formalización de diez 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 diez 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

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 7/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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 18 de diciembre de 2018, habiéndose presentado el escrito de recurso en el registro de este Tribunal el 10 de enero de 2019, por lo que se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.

QUINTO. El recurso especial tiene por objeto la formalización de diez 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.

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 8/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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. (...)

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 9/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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:

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 10/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 11/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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.

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 12/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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 diez 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 tres apartados, letras A), B) y C) en los que se denuncia fundamentalmente la infracción del artículo 86, apartados 2 y 3, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Se alega inicialmente en términos generales que la breve memoria justificativa es insuficiente para justificar 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 justificación obrante en el expediente es insuficiente.

De forma particular alega, en primer lugar, 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

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 13/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

establecer en los pliegos las cautelas y garantías necesarias que garanticen la correcta ejecución del contrato.

La recurrente como segundo motivo, cuestiona lo expuesto en las páginas 2 a 14 de la Memoria justificativa sobre la "Conveniencia del encargo a medio propio", formulando una serie de consideraciones sobre los distintos apartados, y en particular, de forma más extensa, sobre el relativo a la rentabilidad económica. En este apartado denuncia la infracción del art. 86.2 de la Ley 40/2015.

Por último, como tercera alegación, denuncia la infracción del artículo 86.3 de la Ley 40/2015.

El órgano que formaliza los encargos, en su informe al recurso, defiende la procedencia del encargo, por las razones que se expondrán con ocasión del análisis de los distintos motivos de impugnación.

Finalmente TRAGSA se opone al recurso alegando la falta de legitimación de las asociación, cuestión que ya hemos abordado en el fundamento de derecho segundo; la no aplicación del art. 86.2 de la Ley 40/2015 a los encargos realizados por las Comunidades Autónomas y poderes adjudicadores a TRAGSA; subsidiariamente que los encargos cumplen los requisitos legales; igualmente la no aplicación del apartado 3 del artículo 86 y, finalmente, que la medida cautelar incurre en un supuesto de anulabilidad.

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.

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 14/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

SÉPTIMO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede entrar en el análisis de las distintas cuestiones que se plantean. Formulando TRAGSA una serie de consideraciones en su alegación segunda sobre la inaplicación del art. 86 de la Ley 40/2015 a los encargos realizados por las Comunidades Autónomas y sus poderes adjudicadores, abordaremos primeramente esta cuestión.

En su alegación segunda, TRAGSA destaca el carácter no básico del artículo 86 de la Ley 40/2015 , invocando tanto la exposición de motivos de la citada Ley 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 nuestras Resoluciones 41/2019, de 19 de febrero, y 84/2019, de 21 de marzo, 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."

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 15/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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 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

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 16/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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.

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 17/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Cabe añadir a mayor abundamiento que no es descartable que la previsión del apartado 3 de la Disposición final cuarta de la LCSP, sea consecuencia de la Moción del Tribunal de Cuentas 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, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas mediante Resolución de 27 de febrero de 2017, (BOE n.º 87, de 12 de abril de 2017). En esta Moción, aprobada tras la aprobación y entrada en vigor de la Ley 40/2015, el Tribunal de Cuentas "*plantea la necesidad de llevar a cabo una regulación integral de las encomiendas a medios propios, lo que abarca, además de los mencionados aspectos subjetivos, los aspectos objetivos, sustantivos, de procedimiento y de control que en la actualidad se encuentran desprovistos de una adecuada regulación, y que trascienden del ámbito regulativo de la legislación reguladora de la contratación pública.*"

De esta forma, la necesidad expuesta por el Tribunal de Cuentas de llevar a cabo una regulación integral de las encomiendas habría llevado a extender la aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 40/2015 al resto de Administraciones públicas.

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

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 18/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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 entidad.

Respecto de esta cuestión, tal como hemos sostenido en nuestras Resoluciones 41/2019, de 19 de febrero, y 84/2019, de 21 de marzo, 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

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 19/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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.

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 20/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 21/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

b) del artículo 86 de la Ley 40/2015 en el momento previo a la declaración de medio propio fueron puestas de manifiesto por la propia Intervención General del Estado, que 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, a la que antes hicimos referencia:

"2.2.2.2. La encomienda de gestión a medios propios es una figura que

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 22/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 23/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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:

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 24/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

"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 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."

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 25/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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."

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 26/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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".

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 27/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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).

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 28/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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 formaliza ha partido de la aplicación de dicho precepto al concreto encargo, sin que dicha cuestión haya sido combatida por TRAGSA en el seno del procedimiento de formalización del encargo.

Así, consta en las memorias justificativas sobre la conveniencia de los encargos de fecha 12-12-2018 (en igual sentido, constan en las memorias justificativas que obran en los expedientes de fecha 29-11-2018), la referencia al citado artículo 86.2 y a sus circunstancias al objeto de acreditar que concurren las mismas.

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 29/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Dirigiéndose el recurso presentado de manera principal a cuestionar la eficiencia de los encargos, enjuiciaremos si la misma queda acreditada en el expediente. A estos efectos habrán de tenerse en cuenta tanto las memorias justificativas por la que se proponen los encargos (tendremos en cuenta las de fecha 12-12-1018, al ser inmediatas a la aprobación de las resoluciones) 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.

Como hemos señalado anteriormente, la recurrente 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, señala 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 alega que la Administración debe establecer en los pliegos las cautelas y garantías necesarias que aseguren la correcta ejecución del contrato. Por su parte, en el informe al recurso del órgano se niega tal indefinición, señalando que cada expediente de encargo tiene un pliego de prescripciones técnicas detallado, donde se clasifican y describen todas y cada una de la actuaciones. Igualmente cada pliego recoge las condiciones de ejecución, incluyendo un apartado específico para el control de calidad que deberá llevarse a cabo.

En las memorias justificativas de los encargos no se hace referencia a la indefinición del trabajo y las condiciones, sino que, tal como señala el órgano en su informe, están detalladas, por lo que debe desestimarse este primer motivo

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 30/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

del recurso.

A continuación la recurrente cuestiona la experiencia previa de TRAGSA, si bien admitiendo la misma en proyectos del tipo del encargado, afirmando que las empresas del sector privado que licitan a este tipo de trabajos tienen, como mínimo, la misma o más experiencia que TRAGSA, y que cuentan con plantillas profesionales formadas y altamente cualificadas, y los medios necesarios para su ejecución, lo que demuestra con la licitación recientemente de un contrato de proyectos denominados *"Trabajos de silvicultura preventiva de incendios forestales con ejecución mecanizada en los montes públicos de las ocho provincias andaluzas"*, expediente 2016/220/M. Añade que igualmente se han licitado otras series de contratos que enumera muy parecidos a los que son objeto del encargo.

El órgano que realiza el encargo afirma que la Consejería no ha licitado nunca ningún servicio de modernización y conservación de caminos forestales como los que son objeto de los encargos. Este tipo de expedientes se concibieron y fueron puestos en marcha en el año 2016 por primera vez mediante encomiendas a TRAGSA. No son expedientes de obra para reparar un tramo concreto de uno o varios caminos, sino expedientes de servicios que garanticen la transitabilidad y seguridad de toda la red de caminos forestares. Los ejemplos de expedientes que la recurrente señala como parecidos se tramitaron en el año 2003 y 2006, y eran contratos de obras tramitados hace más de 15 años en dos casos, y 12 años en el otro. Añade que a diferencia del contrato licitado expediente 2016/220/M, en los encargos solo se actúa ante situaciones de necesidad sobrevenida, de manera que si estas no se dan, no se actúa.

Por su parte, TRAGSA alega su extensa experiencia.

A juicio de este Tribunal el informe del órgano da adecuada respuesta al motivo de impugnación, a lo que cabe añadir que la prevalencia de los medios humanos y técnicos sobre los de las empresas consultoras no es requisito a comprobar

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 31/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

para realizar el encargo. En efecto 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, como hemos señalado, reconoce la experiencia previa de TRAGSA, por lo que procede desestimar este motivo del recurso.

A continuación la recurrente cuestiona la concurrencia del requisito de la urgencia y seguridad pública que invoca el poder adjudicador en la memoria justificativa. Considera que ha aplicado las circunstancias de la letra b) del artículo 86 de la Ley 40/2015 de forma errónea, ya que en el momento de realizar el encargo, los trabajos a desarrollar ni son urgentes ni constituyen actualmente una emergencia, porque no se han producido las contingencias. El órgano en su informe al recurso indica que se han clasificado las actuaciones tanto en el pliego de prescripciones técnicas como en la resolución del encargo atendiendo al tiempo de respuesta que requieren para llevarse a cabo, discerniendo qué actuaciones son de máxima prioridad. Añade que las actuaciones están definidas de forma precisa para que al instante en que se produzca la necesidad (efectivamente en el momento de la firma del encargo no se han producido) puedan aplicarse con la celeridad que requiere cada una de ellas (inmediatamente tras el episodio, en actuaciones denominadas de emergencia, y en un plazo máximo de 60 días, en las denominadas urgentes).

Para dar respuesta a este motivo de impugnación hemos de partir del artículo 86.2 de la Ley 40/2015. Este precepto contempla, como hemos expuesto anteriormente, dos clases de circunstancias que justifican el recurso al encargo, y que aparecen en las letras a) y b). En particular, en la letra b) se hace referencia a que "*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 juicio de este Tribunal, la necesidad de disponer de los bienes y servicios suministrados por el medio propio se erige en el pilar que caracteriza la

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 32/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

concurrencia de estas circunstancias, ya sea por razones de seguridad pública o por razones de urgencia. Esto lo corrobora el que se trate de circunstancias alternativas a las de las letra a), (*"se dé alguna de las circunstancias siguientes"*) de manera que en las de la letra b) no es preciso acreditar la mayor eficiencia, precisamente porque se trata de hacer frente a situaciones que demandan una respuesta inmediata que no podría alcanzarse a través de la licitación pública.

En consecuencia, procede dar la razón a la recurrente en este motivo del recurso, si bien ello no determina necesariamente la ilegalidad de los encargos ya que, como hemos señalado, la urgencia o seguridad pública se configura en el artículo 86.2.b) de la Ley 40/2015 como un requisito alternativo al de la eficiencia contemplada en la letra a).

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 no hace alegaciones. Por su parte TRAGSA alega 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.

En consecuencia procede desestimar este motivo.

Se cuestiona a continuación en el recurso el criterio de la rentabilidad económica, invocando la letra a) del art. 86.2 de la Ley 40/2015, y alegando que no se acredita suficientemente la eficiencia aplicando criterios de rentabilidad económica. Cuestiona la eficiencia económica del encargo entendiendo que debe

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 33/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

rechazarse la misma porque la aplicación del porcentaje de IVA para diferenciar los costes de un encargo a medio propio de los de una licitación pública atenta directamente contra el principio de neutralidad del impuesto. Igualmente considera 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, señalando que no se ha hecho un estudio individualizado para los presentes encargos, y poniendo como ejemplo varios contratos licitados por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y la Dirección General de Gestión del Medio Natural de la Consejería de Medio Ambiente.

Por su parte, el órgano que realiza el encargo invoca el Informe de la Intervención General del Estado, que aporta, contemplado en el artículo 86.3 de la Ley 40/2015, y adjunta informe comparativo de las tarifas de 2018 con el mercado, en el que se concluye que las tarifas de TRAGSA están por debajo del coste total de ejecución de mercado. A continuación formula una serie de alegaciones que agrupa en dos apartados: aspectos cuantitativos y aspectos cualitativos.

El primero se divide a su vez en aspectos generales vinculados con TRAGSA, que se centran en su consideración como medio propio, adjuntando el mencionado informe comparativo de las tarifas de 2018 con el mercado, en el que se concluye que las tarifas se encuentran por debajo del coste total de ejecución del mercado; y aspectos cuantitativos propios del expediente, en los que destaca que la comparativa del presupuesto de ejecución material del encargo con respecto al de licitación plantea una dificultad singular, ya que el cálculo del importe del servicio no se ha obtenido mediante la aplicación de una medición al precio de cada unidad (tarifa), porque de inicio no se dispone, ni puede disponerse, de una medición, ni siquiera aproximada, de las unidades de obras que van a ejecutarse.

A continuación, y en relación con el IVA, alega que los encargos como los presentes no están sujetos a dicho impuesto, de acuerdo con el articulo 1.8º de

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 34/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

la Ley 37/1992, del IVA.

En cuanto a los aspectos cualitativos, el informe incide en el valor añadido que supone la figura del encargo, invocando el informe 1/2010, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares *"Los encargos de gestión. Algunas consideraciones sobre los encargos de gestión regulados en los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Distinción de las encomiendas o encargos de gestión de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común",* y desarrollando, en distintos apartados, su eficiencia. Así, trata sucesivamente la eficiencia derivada del régimen jurídico de TRAGSA, de su condición de poder adjudicador, la eficiencia vinculada a criterios de solvencia técnica, responsabilidad civil y transparencia, la vinculada con la planificación, programación y gasto público de la Administración derivada del sistema de tarifas, la vinculada a la prevención de riesgos laborales, calidad y medio ambiente y , por último, la vinculada a los medios humanos y materiales.

Finalmente, realiza una serie de alegaciones respecto de los expediente de contratación citados en el recurso en las páginas 14 a 23. Dos alegaciones afectan a todos: que ninguno de esos expedientes se refiere a la conservación de caminos forestales y que no se indica qué tarifa se ha usado para confeccionar sus presupuestos. Añade otras alegaciones particularizadas para determinados expedientes de contratación.

Por su parte TRAGSA, 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. Señala que a diferencia de las empresas, que pergeñan sus presupuestos conforme a precios de mercado, el importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 35/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

realizados por TRAGSA se determina aplicando a las unidades directamente ejecutadas las tarifas, calculadas de manera que representan costes reales de realización (disposición adicional vigésimo cuarta, 7, de la LCSP). Añade, a mayor abundamiento, que al tener el límite de la subcontratación en el 50%, la Administración solo abona a TRAGSA el coste efectivo soportado por el medio propio. Igualmente alega que el encargo no está sujeto a IVA, con arreglo a lo que dispone el artículo 7.8 Ley del Impuesto Sobre el Valor Añadido, en la redacción dada por la Ley 28/2014, de 27 de noviembre.

Pasando al enjuiciamiento de este motivo, y comenzando por el IVA, el artículo 7.8º c) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en la redacción dada por la disposición final 10.1 de la LCSP, dispone:

"C) No estarán sujetos al Impuesto los servicios prestados en virtud de los encargos ejecutados por los entes, organismos y entidades del sector público que ostenten, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley de Contratos del Sector Público, la condición de medio propio personificado del poder adjudicador que haya ordenado el encargo, en los términos establecidos en el referido artículo 32."

En consecuencia, resulta claro que los encargos a medios propios de servicios no están sujetos al IVA, por lo que procede desestimar este motivo.

Respecto de la alegación relativa a ser incierto que los costes de ejecución del servicio encargado sean inferiores a los de una licitación pública con similares servicios o trabajos contratados, señalando que no se ha hecho un estudio individualizado para los presentes encargos, debe reseñarse que en las memorias justificativas de los encargos se realiza un análisis del criterio de la rentabilidad económica (artículo 86.2.a) de la Ley 40/2015) tanto desde el punto de vista cuantitativo, haciendo referencia tanto a los aspectos cuantitativos generales vinculados con TRAGSA como a los aspectos cuantitativos propios del expediente. A continuación se hace referencia a los

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 36/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

aspectos cualitativos.

Comenzando por los aspectos cuantitativos generales vinculados con la empresa pública TRAGSA, se hace referencia al Informe de la Intervención General del Estado de 13 de noviembre de 2017 sobre la propuesta de declaración de medio propio de TRAGSA, en el que se alude a un informe que compara el valor de los presupuestos ejecutados con tarifas de TRAGSA y los adjudicados por licitación, y en el que el precio de mercado asociado a tarifas de mano de obra de régimen general, maquinaria y materiales incluidas en el análisis comparativo ha sido determinado a partir de una decena de bancos de precios de ámbito nacional y autonómico actualizados a la última versión (2016-2017) publicada en el momento de realización del informe. De esta manera, y tras detallar los términos del informe, para los trabajos de infraestructuras objeto del encargo, la comparativa con las tarifas de 2017 refleja un ahorro del 3,42% frente a los precios y bajas del mercado. Citan a continuación las memorias justificativas el informe comparativo de tarifas 2018 con el mercado, análogo al anterior y actualizado al año 2018, concluyendo que las tarifas TRAGSA en 2018 se encuentran un 6,98% por debajo del coste total de ejecución del mercado.

En cuanto a los aspectos cuantitativos propios del expediente señalan las memorias justificativas lo que ya hemos expuesto anteriormente del informe al recurso del órgano. Y en los aspectos cualitativos, hacen referencia a los distintos elementos relacionados con la eficiencia a los que igualmente alude el órgano en su informe, sobre el valor añadido de la eficacia de TRAGSA.

En definitiva, consta en el expediente un análisis por parte del órgano encomendante sobre la mayor eficiencia del encargo, basado, entre otros aspectos, en el informe comparativo de las tarifas 2018 con el mercado, aportado por el órgano en su informe al recurso, y al que ya se hacía referencia en las memorias justificativas. Cabe añadir que el citado informe comparativo de las tarifas 2018 con el mercado supone una actualización, a la fecha de formalización de los encargos, del informe que sirvió de base para la declaración

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 37/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

de TRAGSA como medio propio y que acreditaba su eficiencia.

A la vista de ello consideramos que los alegatos de la recurrente no desvirtúan la acreditación de la eficiencia económica realizada en las citadas memorias justificativas, por lo que procede desestimar este motivo del recurso.

DÉCIMO. 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. TRAGSA reitera que dicho precepto no es aplicable a los encargos realizados por las Comunidades 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 86.3 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 TRAGSA.

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. Por otro lado señalar, como hicimos en las Resoluciones de este Tribunal 41/2019 y 84/2019 anteriormente citadas, 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

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 38/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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 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 el 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 de los diez encargos (expediente 2018/126/M página 294); (expediente 2018/135/M página 297); (expediente 2018/144/M página 296); (expediente 2018/143/M página 296); (expediente 2018/137/M página 296); (expediente 2018/148/M, página 296); (expediente 2018/145/M página 294); (expediente 2018/133/M página 295); (expediente 2018/146/M página 295); y (expediente 2018/131/M, página 294).

Por otro lado, 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 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 las memoria justificativas .

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, procede desestimar este motivo del recurso.

UNDÉCIMO. Procede por último dar respuesta a la pretensión formulada por TRAGSA en su alegación quinta, en la que sostiene que la resolución de la

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 39/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

medida cautelar incurre en anulabilidad al dictarse sin habérsele dado traslado previamente del recurso para formular alegaciones.

El artículo 49.2 de la LCSP solo contempla, como trámite previo para adoptar la decisión sobre las medidas cautelares que se soliciten, el traslado en el mismo día en que se reciba la petición de la medida cautelar al órgano de contratación, que dispondrá de un plazo de dos días hábiles para presentar las alegaciones que considere oportunas. El órgano competente para resolver el recurso deberá adoptar la decisión de forma motivada dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del escrito en el que se soliciten. Esta regulación es coherente con el carácter de recurso ágil y eficaz que tiene el recurso especial. Por su parte, en cuanto al plazo de alegaciones de los posibles interesados, el artículo 56.3 de la LCSP dispone que dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, el órgano competente para la resolución del recurso dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Añade el precepto que de forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares si se hubiere solicitado la adopción de alguna en el escrito de interpretación del recurso. Por otro lado, el artículo 56.3 de la LCSP, al regular la posibilidad de que el Tribunal acuerde de oficio medidas cautelares, sólo exige la audiencia al órgano de contratación. En definitiva, la regulación del recurso especial no contempla como trámite el traslado a los interesados de las solicitudes de medidas cautelares para que formulen alegaciones, debiendo exclusivamente darse traslado al órgano de contratación. Igualmente, el artículo 25 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, solo contempla la audiencia al órgano de contratación.

En igual sentido, señalar que el hecho de que nos encontremos ante un recurso contra un encargo no supone ningún régimen especial frente al general contemplado en la ley.

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 40/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

En cualquier caso, cabe añadir que el artículo 49.2 “in fine” de la LCSP dispone que contra las resoluciones de medidas cautelares no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

DUODÉCIMO. En base a lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, procede dar la razón a la recurrente en el motivo del recurso basado en la falta de acreditación de las razones de seguridad pública y urgencia para recurrir a los encargos, si bien dado que este Tribunal considera acreditada la concurrencia de los motivos de eficiencia, y que las circunstancias contempladas en la letras a) y b) del artículo 86.2 de la Ley 40/2015 son alternativas, la potencial estimación del citado motivo del recurso no determina la anulación de los 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 DE ANDALUCÍA (AEFYPA)** contra la formalización de diez 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.P, M.P. (TRAGSA) del “Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en el Parque Natural de Cazorla, Segura y las Villas 2018-2020” (expediente 2018/126/M); “Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Almería 2018-2020” (expediente 2018/135/M); “Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Cádiz 2018-2020” (expediente 2018/144/M); “Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en

FIRMADO POR	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 41/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

la provincia de Córdoba 2018-2020 ” (expediente 2018/143/M); “Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Granada 2018-2020” (expediente 2018/137/M); “Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Huelva 2018-2020” (expediente 2018/148/M); “Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Jaén 2018-2020” (expediente 2018/145/M); “Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Málaga 2018-2020 (expediente 2018/133/M); “Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en la provincia de Sevilla 2018-2020” (expediente 2018/146/M) y “Servicio de modernización y mejora de los caminos forestales en el Parque Natural y Nacional Sierra Nevada 2018-2020” (expediente 2018/131/M).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la 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	PABLO VICENTE MONTALVO	01/04/2019	PÁGINA 42/42
VERIFICACIÓN	Pk2jm862NOPU7BQrQMkNixccRIDUDR	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	