Recurso 365/2022
Resolución 501/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 21 de octubre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.** (en adelante, FCC) contra la formalización de encargo por la Diputación Provincial de Almería al medio propio Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P. (TRAGSA) del «Servicio de tratamiento de residuos domésticos en la Planta de Recuperación y Compostaje de Residuos Sólidos Urbanos de Gádor, desde el 1 de octubre de 2022 y hasta la adjudicación del contrato para la construcción de la nueva planta y de prestación del servicio de explotación de la misma» (Expte 2022/D31100/710-095/00004), tramitado por la Diputación Provincial de Almería, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de julio de 2022, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de formalización de encargo al medio propio TRAGSA del servicio mencionado en el encabezamiento. El importe del encargo es de 31.610.990,84 euros.

Según consta en la citada Plataforma de Contratación, con tal fecha se publicaron dos documentos: la comunicación a TRAGSA de la encomienda del servicio y el texto del convenio entre la Diputación Provincial de Almería, el Consorcio de Residuos Sólidos del Poniente Almeriense y el Consorcio del Sector II de la provincia de Almería (en adelante, CRS y CRSII) para la aportación de TRAGSA como medio propio para la gestión de la planta de recuperación y compostaje de residuos sólidos urbanos de Gádor y de las plantas de transferencias.

SEGUNDO. El 28 de septiembre de 2022, ha tenido entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, presentado por la entidad FCC contra la formalización del citado encargo a TRAGSA.

TERCERO. La Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso presentado a la Diputación Provincial de Almería, solicitándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, posteriormente, ha sido recibida en este Tribunal; a excepción de la ya obrante en esta sede administrativa como consecuencia del recurso interpuesto contra el mismo acto y tramitado con el número 318/2022 que ha dado lugar a la Resolución 416/2022, de 15 de septiembre de este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

En el supuesto examinado, la entidad adjudicadora del encargo es la Diputación Provincial de Almería, entidad local andaluza que ha remitido a este Tribunal la documentación necesaria para la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto, manifestando que no dispone de órgano propio a tales efectos. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Legitimación.

FCC fundamenta su legitimación, al amparo del artículo 48 de la LCSP, en la eventual afectación del encargo a sus derechos e intereses legítimos en su condición de sociedad mercantil cuyo objeto social se dedica a "*la prestación de servicios de recolección, transporte y eliminación de residuos, limpieza en general y cualquier otra actividad de saneamiento"* conforme establece el artículo 2 de los Estatutos que aporta como Documento n.º 4.

Así ,esgrime que el encargo formalizado incide en la esfera de sus derechos e intereses legítimos en la medida que impide la legítima y correspondiente licitación pública y excluye la concurrencia competitiva para la adjudicación de una actividad directamente incluida en su objeto social.

A la vista de lo anterior, este Tribunal aprecia que la entidad recurrente ostenta legitimación para la interposición del presente recurso en los términos previstos en el artículo 48 de la LCSP, párrafo primero, conforme al cual *"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"*.

TERCERO. Acto recurrible.

El objeto del recurso es la formalización de un encargo a medio propio de importe superior al establecido para los contratos de servicios (100.000 euros), 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.

El órgano de contratación opone que el acto no es susceptible de recurso especial por las siguientes razones:

1)Es posible fijar el importe del encargo y su duración no es superior al plazo establecido para el contrato de servicios.
2) El encargo realizado a TRAGSA cumple todos los requisitos legales establecidos en el artículo 32 de la LCSP.

Sin embargo no puede acogerse la alegación del órgano de contratación porque en el encargo concurren los requisitos que le hacen susceptible de impugnación a través de esta vía especial.

Así, el artículo 44.1, último párrafo de la LCSP dispone que *«(…) serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación (...) los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios».* En el supuesto analizado, se cumple claramente la previsión legal puesto que el importe del encargo es superior a 100.000 euros, que es el valor estimado fijado en el apartado a) del artículo 44.1 del texto legal para la sujeción al recurso especial de los contratos de servicios.

Y de otro lado, el artículo 44.2 e) de la LCSP establece la sujeción al recurso especial de la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales. Por tanto, el ajuste a la legalidad del encargo a medio propio constituye la cuestión de fondo que debe dilucidarse a través de esta vía de impugnación.

CUARTO. Plazo.

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, el anuncio y el documento de formalización del encargo se publicaron en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el pasado 26 de julio de 2022.

FCC defiende la tempestividad del recurso en las siguientes razones: en primer lugar, la falta de publicación del encargo en el perfil de contratante de la Diputación Provincial de Almería; en segundo lugar, la falta de publicación de la resolución o aprobación del encargo puesto que lo que fue anunciado era, en su opinión, una simple carta que trasladaba el convenio firmado entre la Diputación Provincial de Almería y los consorcios afectados; y finalmente, en la omisión del preceptivo pie de recurso en la encomienda de servicio, de modo que la publicación solo surte efectos a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento de su contenido y alcance o interponga el recurso que proceda.

En tal sentido, argumenta que *«la formalización del encargo no fue publicada en el perfil del contratante de la Diputación de Almería, como puede fácilmente comprobarse en la página web de dicha Corporación y que, por tanto, no ha comenzado a trascurrir el plazo del artículo citado. Esta razón es suficiente, por sí misma, para considerar que el recurso está interpuesto en plazo, conforme se deduce de la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) 1106/2019, de 7 de octubre, que declaró que la falta de publicación en el perfil del contratante de la formalización del encargo constituye, ex lege, y por razones de seguridad jurídica, un óbice para el inicio del cómputo del plazo para interponer el recurso que nos ocupa, con independencia del momento en que la recurrente tuviera acceso material a la resolución recurrida.*

En todo caso, aunque se considerara que la publicación de la encomienda del servicio en la plataforma de contratación del Estado fuera suficiente, la conclusión sería la misma. Primero, porque no consta formalmente publicada la resolución de aprobación y/o formalización del encargo. Lo que fue anunciado en la plataforma es una simple carta que traslada el convenio firmado entre la Diputación y los Consorcios afectados, traslado que, según se dice "atendiendo a lo indicado por los servicios jurídicos de TRAGSA", hace los efectos de encomienda de servicio. No ha sido publicado en todo caso el "encargo a medio propio", como literalmente exige el artículo 50.1 f) LCSP. Segundo, porque, aun entendiendo que el traslado del convenio equivaliera a la formalización del encargo, la

encomienda del servicio anunciada carece del preceptivo pie de recursos y omite indicar si la misma pone fin o no a la vía administrativa, los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, de modo que la publicación solo surtiría efectos a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento de su contenido y alcance o interponga, como ahora hacemos, el recurso que proceda. Así se deduce sin ningún género de dudas de la lectura combinada de los artículos 45.2 y 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, 2, que es subsidiariamente aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales, tal como reiteradamente ha declarado el TACRC (Resolución 922/2021, de 22 de julio).

En el mismo sentido, la consolidada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene negando eficacia a la notificación (en este caso publicación practicada) que incumple los requisitos del citado artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (por todas, Sentencias de 2 de junio de 2003 [RJ 2003/5591] y de 12 de julio de 2012 [RJ 2012\9364]). En palabras del propio Tribunal Supremo, "una notificación defectuosa (…) no surte efecto, impidiendo la validez de las actuaciones administrativas subsiguientes si se han desarrollado sin que el administrado (…) tenga oportunidad de ejercer la defensa procedente" (Sentencia de 10 de enero de 2008 [RJ 2008/408])».

Por su parte, el órgano de contratación alega como causa de inadmisión del recurso, la extemporaneidad del mismo, al considerar que la entidad recurrente -al formar parte de la UTE PONIENTE ALMERIENSE- era perfectamente conocedora de la publicación del anuncio de formalización del encargo en fecha 26 de julio de 2022, por lo que le resulta sorprendente que cuestione en este momento la legalidad de dicha publicación cuando como entidad integrante de la UTE había interpuesto recurso especial frente al anuncio de formalización del encargo.

Considera, por tanto, que el recurso presentado en el registro de este Tribunal el 28 de septiembre de 2022 es ostensiblemente extemporáneo ya que la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 26 de julio de 2022 del documento de formalización del encargo así como del convenio entre la Diputación Provincial de Almería, el Consorcio de Residuos Sólidos del Poniente almeriense y el Consorcio del Sector II de la provincia de Almería para la aportación de TRAGSA como medio propio para la gestión de la planta de recuperación y compostaje, cumple con la previsión del artículo 63 de la LCSP, excediendo la presentación del recurso ampliamente el plazo establecido para la interposición.

En su escrito de alegaciones, TRAGSA opone también la inadmisión del recurso por extemporaneidad. Los argumentos que ofrece en apoyo de su tesis y con los que pretende refutar la argumentación de FCC en defensa del carácter tempestivo de su recurso son, de manera sucinta, los que se exponen a continuación:

1.- En primer lugar, y de manera contraria a lo que FCC sostiene considera que la publicación del anuncio de formalización del encargo en la plataforma de contratación del sector público es conforme a Derecho, resultando plenamente válida la opción de la que ha hecho uso la Diputación Provincial de Almería al amparo del artículo 47 de la LCSP.

2.- En segundo lugar, respecto de la notificación defectuosa por falta de indicación del pie de recurso, que constituye el segundo de los argumentos en el que se escuda FCC, TRAGSA sostiene que la publicación del encargo, conforme al artículo 63. 6 de la LCSP no exige que se indique ningún pie de recurso puesto que el encargo efectuado a TRAGSA – en la medida que dimana del convenio y no es un encargo independiente- no es un acto administrativo del que el destinatario pueda sustraerse o pueda recurrir porque entienda lesionados sus derecho,al constituir la orden en virtud de la cual TRAGSA tiene que actuar. Así, concluye que, con independencia de que la formalización del encargo sea susceptible de recurso especial conforme al artículo 44 de la LCSP, el

encargo no goza de la naturaleza de los actos respecto de los que el artículo 40 de la Ley 39/2015 exige la notificación con expresión de los recursos que sean procedentes.

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes, este Tribunal ha de apreciar, en primer lugar, si concurre o no la causa de inadmisión alegada.

En el caso que nos ocupa, no resulta controvertido que el anuncio de formalización del encargo y el documento del convenio de aportación de medio propio se publicaron en la Plataforma de contratación del Sector público el 26 de julio de 2022, siendo por tanto el *dies a quo* para el cómputo del plazo de interposición del recurso procedente contra la formalización del encargo. No resulta óbice a la conclusión anterior el argumento extremadamente rigorista en que se basa FCC relativo a la falta de publicación de la formalización del encargo en el perfil de contratante de la Diputación Provincial de Almería, máxime si tenemos en consideración que la entidad ahora recurrente era una de las integrantes de la UTE PONIENTE ALMERIENSE que con fecha 12 de agosto de 2022 interpuso recurso especial frente a la publicación del anuncio de formalización del encargo en la citada plataforma, como advierte el órgano de contratación en su informe para fundamentar el carácter temerario del recurso.

En este sentido, hemos de convenir tanto con el órgano de contratación como con TRAGSA en la validez de la publicación del anuncio de formalización del encargo en la plataforma de contratación del Sector Público y ello por las siguientes razones:

1ª) El perfil de contratante de la entidad adjudicadora del encargo se encuentra alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público como claramente puede comprobarse accediendo por internet a la citada Plataforma. La página web de la Diputación Provincial de Almería no contiene el perfil de contratante de la Diputación provincial de Almería, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 63 de la LCSP.

2ª) En el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público se publicó el pasado 26 de julio tanto el anuncio de formalización del encargo, como los documentos en que se materializa el mismo consistentes en “Encomienda del servicio” a TRAGSA y Convenio entre la Diputación Provincial de Almería, el Consorcio de Residuos Sólidos del Poniente Almeriense y el Consorcio del Sector II de la provincia de Almería para la aportación de TRAGSA como medio propio para la gestión de la planta de recuperación y compostaje de residuos sólidos urbanos de Gádor y de las plantas de transferencias.

El convenio permite conocer el objeto, precio y duración del encargo, así como las memorias técnica y económica con detalle pormenorizado de las condiciones, términos, obligaciones de las partes y sistema de tarifas. Asimismo, el documento denominado “Encomienda del servicio” representa materialmente el traslado a TRAGSA del convenio con el detalle de todos los términos del encargo.

Ambos documentos, sin prejuzgar en este momento la legalidad intrínseca de todos sus términos, representan materialmente la aprobación del encargo realizado y su traslado al medio propio TRAGSA, sin que la tesis formalista que sostiene la recurrente en cuanto al modo de realizar el encargo pueda prosperar; no pudiendo acogerse tampoco la afirmación de la falta de publicación del encargo, puesto que el convenio y sus anexos contienen sustantivamente los términos del encargo y, como ya hemos señalado, el reiterado convenio se publicó en el perfil de contratante el 26 de julio de 2022.

En principio, por tanto, y siendo plenamente válida la publicación de la formalización del encargo en la plataforma de contratación del Sector Público el 26 de julio de 2022, y tomando dicha fecha como inicio del cómputo, el plazo de quince días hábiles habría finalizado el 17 de agosto de 2022.

Sin embargo, en el presente caso se ha de entender que se han cumplido los plazos en la interposición del recurso porque efectivamente, como FCC sostiene, la formalización del encargo y la encomienda del servicio anunciada carecen del preceptivo pie de recurso y omiten la indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para su interposición, de modo que la publicación solo surte efectos a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento de su contenido y alcance o interponga recurso, como en este caso hace FCC. Así se deduce de la lectura combinada de los artículos 45.2 y 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, 2, que es subsidiariamente aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales, criterio que establece la Resolución 922/2021, de 22 de julio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Con relación a la eficacia de las notificaciones defectuosas, conviene traer a colación nuestra Resolución 576/2021, de 23 de diciembre, en la que nos pronunciábamos en los siguientes términos:

> « *Se ha de tener en cuenta que al artículo 19.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante el 2 Reglamento), establece que «Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo (...). Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso*
>
> *. Las referencias anteriores al artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deben entenderse realizadas al vigente artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante Ley 39/2015), conforme al cual «Toda notificación (…) deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente».*
>
> *Asimismo, el apartado tercero del citado artículo 40 de la Ley 39/2015, en consonancia con el mencionado artículo 19.5 del Reglamento, dispone que «Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda.*
>
> *Pues bien, en el supuesto analizado se comprueba que la notificación efectuada a la recurrente no incluye pie de recurso, en el sentido de que en la notificación del acuerdo de exclusión de la oferta de la recurrente no se hace mención a los recursos que resultan procedentes contra el mismo. Así las*

cosas, al no haberse indicado a la ahora recurrente, entre otras cuestiones, la posibilidad de presentar recurso especial, ha de considerarse como "dies a quo" en el cómputo del plazo para su interposición, el día en que la persona interesada realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso, circunstancia que según consta en el expediente, se produce en el momento de la interposición del recurso especial que se analiza, esto es, el 24 de mayo de 2021.»

Esta criterio coincide con la doctrina mantenida al respecto por el Tribunal Central Administrativo de Recursos Contractuales (Resolución 922/2021, de 22 de julio, entre otras) y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 18-5-2012, rec. 6014/2008; 19 de diciembre de 2008, RC 6290/2004), que establece que la confusión o el error en el ofrecimiento de los recursos imputable a la Administración, no puede perjudicar al recurrente, en aras de garantizar el principio de tutela efectiva y acceso a los recursos.

Así las cosas, ha de considerarse como *dies a quo* en el cómputo del plazo para su interposición, el día en que FCC realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso, circunstancia que según consta en el expediente, se produce en el momento de la interposición del recurso especial que se analiza, esto es, el 28 de septiembre de 2022, debiendo rechazarse, por inconsistente el argumento de TRAGSA que expusimos con anterioridad por la intrínseca contradicción que entraña respecto de la propia naturaleza de acto susceptible de recurso especial de la formalización del encargo, sin que en el caso que examinamos, la existencia del convenio en si mismo desvirtúe la naturaleza del encargo, en el sentido que pretende TRAGSA, para sostener la tesis del carácter extemporáneo del recurso.

Por lo expuesto, este Tribunal no aprecia la causa de inadmisión alegada, y procede, por tanto, entrar a resolver sobre el fondo del asunto.

QUINTO. Consideraciones del Tribunal. Previa.

El recurso especial tiene por objeto la formalización de un encargo a un medio propio. Como premisa previa, conviene acudir a la regulación de los encargos a medios propios personificados contemplada en los preceptos de la LCSP que reproducimos a continuación.

En este sentido, la LCSP establece 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 la misma 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."

El apartado 2 del citado artículo 32 establece los requisitos para tener la consideración de medio propio, que se desarrollan de manera pormenorizada. Estos requisitos son: "2. *Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una única entidad concreta del sector público aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación*:
a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas. (...)

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

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

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

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

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

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

"4. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:
a) Que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades. Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:
1.º Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.
2.º Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.
3.º Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos

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

b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores. El cálculo del 80 por ciento se hará de acuerdo con lo establecido en la letra b) del apartado 2 de este artículo.
El cumplimiento del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo, y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.
c) Que cumplan los requisitos que establece este artículo en su apartado 2 letras c) y d).”

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

De esta manera, y como premisa previa en la delimitación del alcance de la función revisora de este Tribunal, hemos de precisar que aquella se ha de limitar a la revisión de la adecuación al ordenamiento jurídico (artículo 57.2 de la LCSP), de la formalización de los encargos a medios propios 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. Corresponde, 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.

Con carácter general, abordaremos en los fundamentos de derecho que siguen las alegaciones de las partes al comienzo del examen de cada motivo de impugnación, previo al análisis de las distintas cuestiones que se plantean.

Con carácter previo, hemos de indicar que, por razones de sistemática expositiva, abordaremos en primer lugar, el motivo de impugnación correlativo al Fundamento Jurídico-Material V del escrito del recurso.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre la invalidez del encargo por la imposibilidad de que los Consorcios puedan utilizar a TRAGSA como si fuera su medio propio.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

FCC sostiene que la previsión del artículo 5 del Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, S.A, S.M.E, M.P(TRAGSA) y de su filial Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A, S.M.E, M.P (TRAGSATEC) -que da cobijo legal al convenio a través del cual se ha

formalizado el encargo- es claramente ilegal porque vulnera lo dispuesto en el apartado segundo de la DA 24ª de la LCSP al extender en fraude de ley el ámbito subjetivo de aplicación de los medios propios mediante la suscripción de un convenio entre un ente para el que TRAGSA es medio propio y otro para el que no lo es.

En su opinión, la aplicación práctica del artículo 5 del Real Decreto anteriormente mencionado supone una "grosera" transgresión de la voluntad del legislador expresada en el apartado 2 de la DA 24ªantes citada, por lo que solicita de este Tribunal su inaplicación.

Asimismo, considera que el encargo a TRAGSA por medio del convenio suscrito entre la Diputación y los Consorcios infringe la jurisprudencia comunitaria sobre los requisitos y límites de la contratación *in house providing,* puesto que los Consorcios que se pretenden beneficiar de los servicios de TRAGSA, como si fuera su medio propio, no ejercen control alguno sobre dicha entidad sino que se beneficiarían del medio propio a través de un convenio manifiestamente irregular y ante un manifiesto abuso de la figura del medio propio por parte de la Diputación Provincial y de los referidos Consorcios.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso solicita la desestimación del motivo, admitiendo que, aunque efectivamente - tal y como señala el recurso- TRAGSA no puede considerarse medio propio de los consorcios, ello no es óbice para que pueda prestarse el servicio de tratamiento de residuos objeto del encargo, al amparo del artículo 5 del Real Decreto 69/2019, como manifestación del principio de potestad de auto-organización y de la cooperación vertical y horizontal promovida por el artículo 31 de la LCSP.

En apoyo de su tesis, invoca el artículo 47 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) en el ámbito de la cooperación interadministrativa que prevé la suscripción de convenios entre dos o más Administraciones Públicas, los organismos públicos, y entidades de derecho público, vinculadas a estas y a través de ellos acudir a la utilización de medios propios para el ejercicio de competencias propias o delegadas, señalando, al efecto, las competencias que cada una de las entidades participantes del convenio tienen atribuidas con relación al tratamiento de residuos sólidos urbanos, como competencia exclusiva municipal, con fundamento en la legislación reguladora de régimen local, los Estatutos de ambos consorcios, y la ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (en adelante, LAULA).

3. Alegaciones de TRAGSA.

En su escrito, sostiene que los convenios de colaboración con aportación del medio propio son una vía para facilitar la cooperación entre las Administraciones, principio básico de la relación entre las Administraciones Públicas regulado, entre otros, en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, así como en el artículo 10 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, habiendo manifestado al respecto, tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Supremo que, con independencia de su regulación, no es preciso su justificación en actos concretos, porque es de esencia al modelo de organización del Estado español.

Partiendo de la premisa anterior, alega que la intervención de TRAGSA para contribuir a la consecución de aquél está plenamente justificada de acuerdo con lo establecido en la DA 24ª de la LCSP, tras analizar el ámbito subjetivo del artículo 5 del Real Decreto 69/2019, el título competencial de las distintas entidades que suscriben el convenio como vía para facilitar la dimensión colaborativa, así como la acreditación del interés público objeto de

protección que justifica la actuación conjunta entre las entidades intervinientes. En este sentido señala lo siguiente:

" TRAGSA y su filial TRAGSATEC también estarán obligadas a satisfacer las necesidades de las entidades del sector público de las que son medios propios personificados en la consecución de sus objetivos de interés público mediante la realización, por encargo de los mismos, de la planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de asistencias y servicios técnicos en los ámbitos de actuación señalados en el apartado anterior, o mediante la adaptación y aplicación de la experiencia y conocimientos desarrollados en dichos ámbitos a otros sectores de la actividad administrativa."

Respecto del interés público que justifica la suscripción del convenio, invoca la Resolución 3/2016, de 12 de enero del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2017, en relación con la aportación de TRAGSA como medio propio, pronunciamiento en el que se analizó el ya derogado artículo 2.4 del Real Decreto 1072/2010, por el que se regulaba el régimen jurídico de TRAGSA y sus filiales. Sobre dicho razonamiento concluye que el encargo al medio propio es legal y niega la existencia del abuso de la figura del medio propio que denuncia la entidad recurrente.

4. Consideraciones del Tribunal.

La cuestión controvertida ha sido analizada y resuelta por este Tribunal en la Resolución 500/2022, de 21 de octubre, en el recurso especial interpuesto por la Asociación de Empresas de Limpieza Pública (ASELIP) contra la formalización del encargo objeto de la presente impugnación. Interesa transcribir al efecto, las consideraciones efectuadas por este Tribunal en la citada Resolución en la que nos pronunciábamos en los siguientes términos:

> *«Una vez expuestas las alegaciones de las partes, procede el análisis del primer motivo de impugnación del recurso que plantea, en síntesis, la viabilidad del encargo formalizado a través del convenio suscrito entre la Diputación Provincial de Almería, el CRP y el CRSII para la aportación de TRAGSA como medio propio de la Diputación, para la gestión de la planta de recuperación y compostaje de residuos sólidos urbanos de Gádor y de las plantas de transferencia, lo que, a juicio de la recurrente, convierte a TRAGSA en medio propio de facto de los Consorcios, ampliando el ámbito subjetivo de TRAGSA como medio propio personificado en contra de lo establecido en la DA 24ª de la LCSP.*
>
> *En este primer motivo se plantean dos cuestiones: por un lado, la condición de medio propio de TRAGSA respecto de los consorcios participantes del convenio suscrito con la Diputación Provincial de Almería, y por otro, la viabilidad de fundamentar el convenio sobre el que se sustenta la formalización del encargo en el artículo 5 del Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, S.A, S.M.E, M.P (TRAGSA) y de su filial Tecnología y Servicios Agrarios, S.A, S.M.E, M.P (TRAGSATEC) (en adelante, RD 69/2019) por considerarlo contrario a lo dispuesto en la Disposición Adicional 24ª de la LCSP, propugnando su inaplicación por este Tribunal con invocación del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha pretensión ha de ser rechazada de plano por este Tribunal en la medida que la potestad de inaplicar los Reglamentos que se consideren contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa corresponde única y exclusivamente a los Jueces y Tribunales, conforme al artículo 6 de la LOPJ invocado por la propia recurrente, en lo que se ha denominado el control difuso*

de la legalidad de los reglamentos, en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, no ostentando este Tribunal dicha potestad que está atribuida en exclusiva al Poder Judicial.

Pues bien, sentado lo anterior, el análisis de la primera cuestión planteada en el recurso obliga a acudir al régimen de adscripción de los consorcios previsto en el artículo 120 de LRJSP, a fin de examinar la viabilidad de la aportación de TRAGSA como medio propio de la Diputación Provincial de Almería a los consorcios, en abstracto, y al margen del convenio regulado en el artículo 5 del RD 69/2019, esto es, desde la posición de la propia Diputación, en el seno del consorcio, como entidad consorciada con aquellos y partícipe de los mismos.

En este sentido, el artículo 120 de la LRJSP establece lo siguiente:

«1. Los estatutos de cada consorcio determinarán la Administración Pública a la que estará adscrito de conformidad con lo previsto en este artículo.
2. De acuerdo con los siguientes criterios, ordenados por prioridad en su aplicación y referidos a la situación en el primer día del ejercicio presupuestario, el consorcio quedará adscrito, en cada ejercicio presupuestario y por todo este periodo, a la Administración Pública que :
a) Disponga de la mayoría de votos en los órganos de gobierno.
b) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos.
c) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo.
d) Disponga de un mayor control sobre la actividad del consorcio debido a una normativa especial.
e) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.
f) Financie en más de un cincuenta por ciento, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por el consorcio, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año
g) Ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial.
h) Tenga mayor número de habitantes o extensión territorial dependiendo de si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios a las personas, o al desarrollo de actuaciones sobre el territorio.

3. En el supuesto de que participen en el consorcio entidades privadas, el consorcio no tendrá ánimo de lucro y estará adscrito a la Administración Pública que resulte de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado anterior.

4. Cualquier cambio de adscripción a una Administración Pública, cualquiera que fuere su causa, conllevará la modificación de los estatutos del consorcio en un plazo no superior a seis meses, contados desde el inicio del ejercicio presupuestario siguiente a aquel en se produjo el cambio de adscripción.»

De acuerdo con el régimen legal expuesto, la adscripción formal de un consorcio a una Administración Pública dependerá de los criterios materiales de adscripción expuestos. En el caso que nos ocupa, apreciamos, como se expone a continuación, que no se ha procedido conforme al apartado 4 de este artículo 120, es decir, a una comprobación regular de dichos criterios, a fin de conocer a quien correspondería su adscripción, por lo que no podría estimarse que la Diputación de forma clara, por aplicación de dichos criterios pudiera entenderse como Administración a la que se encuentra adscrita dicho consorcio.

Al respecto, conviene recordar que la obligación de adscripción de los consorcios a una Administración pública se estableció desde la promulgación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, correspondiendo a los estatutos del consorcio la determinación de la citada adscripción mediante la aplicación de los criterios jerarquizados citados anteriormente, por lo que solo cabe utilizar el criterio posterior cuando resulte inaplicable el enunciado con anterioridad. La consecuencia jurídica de la referida adscripción es la identificación de la regulación aplicable en materia de presupuestos, contabilidad, control y personal.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2017, de 6 de julio se pronunció en los términos que se van a exponer a continuación, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el apartado segundo de la disposición adicional vigésima de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que se corresponde, en palabras del TC, sin cambio relevante alguno, con el apartado segundo del artículo 120, sobre "Régimen de adscripción ". La STC afirmaba:

«Ciertamente, las Administraciones que participan en el consorcio, al decidir sobre la adscripción, deben aplicar la serie cerrada y jerarquizada de criterios que ha establecido con carácter básico la disposición adicional vigésima de la Ley 30/1992. Sin embargo, tal grado de densidad normativa no conlleva en este punto la invasión competencial denunciada, pues solo de ese modo la norma puede cumplir la finalidad uniformadora que la justifica. Por lo demás, los términos en que se regula esta obligación de adscripción y sus consecuencias jurídicas son menos detallados de lo que da a entender el Gobierno autonómico recurrente. En primer lugar, los diversos "criterios de prioridad" enunciados se reducen esencialmente a dos: la Administración de adscripción ha de ser la "dominante", esto es, la que ejerza efectivamente el control del consorcio o aporte la mayor parte de sus fondos [letras a), b), c), d), e), f) y g)] o, en supuestos de participación igualitaria, la de mayor tamaño en términos poblacionales o territoriales [letra h)]» (el subrayado es nuestro)

Partiendo de lo anterior, hemos de acudir a los estatutos del Consorcio de Residuos Sólidos Urbanos y Agrícolas y para la gestión del vertedero común del Poniente almeriense (CRP) aprobados mediante Acuerdo de 2 de mayo de 2017, de la Junta General del Consorcio de Residuos Sólidos Urbanos y Agrícolas y para la Gestión del Vertedero Común del Poniente Almeriense, y tener en consideración los siguientes artículos, a los efectos que aquí nos interesan:

« Artículo 1.1: La Excma. Diputación Provincial de Almería y los municipios de Adra, Balanegra, Berja, Dalías, El Ejido, La Mojonera, Roquetas de Mar y Vícar, de conformidad con lo establecido en los artículos 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, 78 de la Ley 5/2010, de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía, y con sujeción a lo dispuesto en dichas leyes, así como en la disposición adicional vigésima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 12 a 15 de la Ley 15/2014 de 16 de septiembre de Racionalización del Sector Público y demás normas de aplicación, constituyen un Consorcio de duración indefinida o indeterminada, para la prestación del servicio de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos y agrícolas de los municipios

consorciados, y para la construcción, gestión y explotación de los vertederos, plantas de recuperación y compostaje, y plantas de transferencia precisos (...)» .

Artículo 2.1: . El Consorcio es una entidad pública de carácter voluntario y asociativo, sometida al Derecho Administrativo y dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad jurídica para realizar y conseguir las finalidades que constituyen su objeto. En consecuencia, podrá adquirir, poseer, reivindicar, permutar, gravar o enajenar toda clase de bienes, celebrar contratos, ejercitar acciones y excepciones, establecer y explotar obras y servicios públicos, obligarse e interponer recursos de cualquier clase, dentro de los fines y actividades específicas determinadas por su objeto.
2. El Consorcio se adscribe al municipio de Roquetas de Mar. (el subrayado es nuestro)

Art. 10. La representación en la Junta General se concreta mediante acuerdo ponderado, según la siguiente proporción:
Diputación Provincial: 27
Ayuntamiento de Adra: 25
Ayuntamiento de Balanegra: 3
Ayuntamiento de Berja:13
Ayuntamiento de Dalías: 4
Ayuntamiento de El Ejido: 83
Ayuntamiento de La Mojonera: 9
Ayuntamiento de Roquetas de Mar: 88
Ayuntamiento de Vícar: 24
Total: 276 votos»

De los artículos transcritos se infiere que la adscripción formal del CRP se produce al municipio de Roquetas de Mar, que además -según se establece en el artículo 10 de los estatutos- es la entidad consorciada que ostenta el mayor número de votos (88) en la Junta General que es el órgano supremo de gobierno del Consorcio (artículo 8.1).

De manera meridiana, por lo tanto, es patente que la Administración dominante, en la configuración del CRP, no es la Diputación Provincial de Almería sino la entidad local a la que está adscrita formalmente el consorcio. Dicha entidad local además ejerce el control sobre el consorcio como Administración dominante, al ostentar el mayor número de votos según los estatutos, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 120.2 a) LRJSP.

Por su parte, en los estatutos del Consorcio del Sector II de la provincia de Almería (CRSII) aprobados mediante Acuerdo de 15 de diciembre de 2014, del Consorcio del Sector II de la provincia de Almería para la Gestión de Residuos, de modificación de los Estatutos, (BOJA núm. 76, de 15 de enero de 2015) cabe destacar las siguientes previsiones:

«Artículo 1.
1) El Consorcio del Sector II de la provincia de Almería para la Gestión de Residuos es una entidad pública de carácter voluntario y asociativo, dotada de personalidad jurídica propia y sometida al Derecho Administrativo.
2) El Consorcio tiene su sede en C/ Tulipán, núm. 1, oficina 8, en el municipio de Benahadux, provincia de Almería.

3) Integran el Consorcio del Sector II de la provincia de Almería para la Gestión de Residuos: la Diputación Provincial de Almería y los Ayuntamientos de Abla, Abrucena, Alboloduy, Alcolea, Alhabia, Alhama de Almería, Almócita, Alicún, Alsodux, Bayárcal, Beires, Bentarique, Benahadux, Canjáyar, Carboneras, Castro de Filabres, Enix, Felix, Fiñana, Fondón, Fuente Victoria, Gádor, Gérgal, Huécija, Huércal de Almería, Íllar, Instinción, Laujar deAndarax, Las Tres Villas, Lubrín, Lucainena de las Torres, Nacimiento, Ohanes, Olula de Castro, Padules, Paterna el Río, Pechina, Rágol, Rioja, Santa Cruz de Marchena, Santa Fe de Mondújar, Senés, Sorbas, Tabernas, Terque, Turrillas, Uleila del Campo, Velefique y Viator.
4) El Consorcio tiene como finalidad y objeto principal la prestación del servicio de recogida, gestión y tratamiento de residuos sólidos urbanos en el territorio de los municipios consorciados, mediante la gestión de vertederos, plantas de transferencia, plantas de tratamiento de residuos sólidos urbanos, y de cualquier otra instalación o equipamiento que sea preciso.
5) El Consorcio podrá también prestar servicios de recogida, gestión y tratamiento de residuos de construcción y demolición, industriales y agrícolas, cuando así lo determine la Junta General.
6) El Consorcio tiene duración indefinida.

Artículo 4
1) La Junta General, supremo órgano de gobierno del Consorcio, está integrada por un representante de cada una de las entidades locales que forman el Consorcio.
2) Asistirán a las reuniones de la Junta General el Secretario y el Interventor del Consorcio, o en su caso el Secretario-Interventor, y el Gerente, quienes podrán hacer uso de la palabra cuando así lo autorice o requiera el Presidente.
3) El Presidente podrá disponer que asistan a las sesiones los técnicos o el personal especializado que convenga oír en algún asunto.
4) *A cada entidad consorciada le corresponderá un voto por cada cien habitantes o fracción inferior a cien, exceptuada la Diputación Provincial, a la que le corresponderá el número de votos que resulte de aplicar la siguiente fórmula:*

$$\text{Votos Diputación} = 49 \times \frac{\text{Votos resto entidades}}{51}$$

En consecuencia, el Consorcio queda adscrito a la Excma. Diputación Provincial de Almería a los efectos de lo dispuesto en la Disposición Final Segunda de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)».(el subrayado es nuestro)

De conformidad con los estatutos del CRSII, si bien está prevista la adscripción formal del consorcio a la Diputación Provincial de Almería, no cabe afirmar lo mismo respecto de la adscripción material puesto que no queda establecido de manera inequívoca que sea la Diputación provincial de Almería -que ha de ostentar el control análogo sobre el medio propio- la que ejerza, a su vez, de manera efectiva, el control del consorcio como Administración dominante.

Asimismo, y sin perjuicio de la proporción de votos en la Junta General que ostenta la Diputación Provincial de Almería en el artículo 4 antes reseñado mediante la aplicación de la fórmula transcrita- repárese que en el artículo 5 de los estatutos se establece que "cada entidad local consorciada nombrará y cesará libremente de entre sus miembros, a un representante en la Junta General del consorcio", órgano supremo de gobierno, al que le corresponde, entre otras atribuciones, la elección y

cese del Presidente y del Vicepresidente; la aprobación del presupuesto anual del consorcio y el examen y aprobación de las cuentas anuales.

Por tanto, de tales preceptos se desprende que es a la Junta General –integrada por un representante de cada una de las entidades locales que forman el consorcio- y no a la Diputación Provincial de Almería a la que le corresponde la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros de aquella o a los órganos ejecutivos, por lo que ha de concluirse que no es posible apreciar los criterios de prioridad en favor de la Diputación Provincial de Almería a efectos de su consideración como Administración dominante, sin perjuicio –insistimos- de la adscripción formal del consorcio que efectivamente sí se produce.

Dicho lo anterior, merece traer a colación el informe de 16 de marzo de 2020 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Expediente 123/2018), que analizó si TRAGSA puede ser medio propio personificado de un consorcio, al examinar la viabilidad de que un consorcio autonómico pudiera realizar encargos a las entidades del grupo TRAGSA. En el supuesto objeto del informe de la Junta Consultiva se trataba de determinar la posibilidad de que el Consorcio para el abastecimiento de agua y saneamiento en el Principado de Asturias constituido por un importante número de municipios, pudiera realizar encargos a las entidades del grupo TRAGSA, teniendo en cuenta que el objeto del consorcio era el abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales, competencia que el artículo 25.2 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local califica como propias de los municipios. En el informe, y tras efectuar el análisis de la naturaleza jurídica y de la condición de poder adjudicador del Consorcio -requisito sine qua non este último a los efectos de la aplicación de la LCSP- la Junta Consultiva concluyó en la posibilidad de que TRAGSA y TRAGSATEC puedan ser medios propios personificados de un consorcio siempre que se cumplan escrupulosamente todas las condiciones legalmente establecidas, esto es, que el consorcio sea un poder adjudicador y que se cumpla el requisito del control análogo, según ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de tal manera que solamente quedaría vetada la viabilidad cuando encubriera la intención de que de facto TRAGSA y TRAGSATEC se convirtieran en medios propios de los municipios integrantes del consorcio y para el ejercicio de competencias municipales. Ello sucedería en dos supuestos: cuando la presencia de municipios fuera ampliamente mayoritaria en su composición y cuando la actividad a desarrollar fuese del interés o de la competencia exclusiva de las entidades locales que no sean las mencionadas en la DA 24ª de la LCSP.

Aplicando lo anteriormente expuesto al supuesto que examinamos, a la vista del régimen de adscripción formal y del contenido de los estatutos de ambos consorcios que hemos expuesto, y sin perjuicio de lo que se analizará a continuación, estimamos que la aportación de TRAGSA a los consorcios por parte de la Diputación Provincial de Almería, como entidad consorciada en aquellos, resulta inviable por encubrir de facto la conversión de TRAGSA en medio propio de los municipios integrantes mayoritariamente de los consorcios al revelar los estatutos de ambos consorcios que la Diputación Provincial de Almería- más allá de la adscripción formal en alguno de los casos- no ostenta la condición de Administración dominante y ello arrastra como consecuencia, una pérdida por parte de la Diputación del ámbito de control que habría de ejercer sobre el medio propio.

La segunda cuestión se centra en analizar si el convenio sobre el que únicamente se sustenta la formalización del encargo a TRAGSA por parte de la Diputación Provincial de Almería tiene acomodo

legal en el artículo 5 del RD 69/2019. Dicho precepto -bajo la rúbrica «Medio propio personificado y servicio técnico en las relaciones de cooperación entre administraciones públicas o entidades del sector público»- establece lo siguiente:

«1. TRAGSA y su filial TRAGSATEC, en virtud de su condición de medios propios, podrán ser aportados por las administraciones públicas en sus relaciones de cooperación con otras administraciones o entidades del sector público.
2. Esta relación de cooperación se instrumentará a través de un convenio entre las entidades participantes que especificará el interés público común que justifique la suscripción del convenio, las actuaciones a desarrollar y la aportación de cada una de las partes.
3. Las administraciones públicas comunicarán a TRAGSA y a su filial TRAGSATEC la suscripción de estos convenios y le encargarán las actuaciones necesarias para la ejecución de lo dispuesto en los mismos.» (el subrayado es nuestro).

El precepto transcrito, efectivamente, permite la posibilidad de que una administración pública, en el ámbito de una relación de cooperación interadministrativa, aporte un medio propio a través de un convenio que especificará el interés público común que justifique la suscripción del mismo, las actuaciones a desarrollar y la aportación de cada una de las partes.

De la literalidad del precepto se infiere que el canon o parámetro de validez para la incardinación de un convenio entre Administraciones Públicas o entidades del sector público para la aportación de un medio propio en el ámbito de aplicación de aquél, es la concurrencia de un interés público común que justifique la suscripción del convenio, el reflejo de las actuaciones a desarrollar -dentro del ámbito material de las respectivas competencias de las entidades intervinientes- así como la aportación de cada una de las partes. Ahora bien, antes de comenzar el análisis del clausulado del convenio, a efectos de determinar su conformidad a derecho, ha de indicarse que en todo caso, la formalización o suscripción de un convenio entre Administraciones o entidades del sector público para la aportación de medio propio, al amparo del artículo 5 del RD 69/2019, no puede representar una vía para eludir el cumplimiento de los requisitos que establece el ordenamiento jurídico para poder realizar los encargos, y que se contemplan en el artículo 32 de la LCSP.

La labor de control que ha de ejercer este Tribunal en su función revisora con el alcance delimitado en la consideración previa de la presente Resolución obliga a examinar detenidamente el clausulado del convenio a través del cual se ha formalizado el encargo a medio propio. Según consta en el informe del órgano de contratación, este convenio se remonta en sus antecedentes históricos al convenio de gestión de la planta de recuperación y compostaje de residuos sólidos urbanos de Gádor que los dos Consorcios participantes del convenio suscribieron el 4 de diciembre de 2002 teniendo como objeto la cotitularidad y el uso de la citada planta de recuperación.

En la parte expositiva se alude al convenio de 15 de febrero de 2021 suscrito entre la Diputación Provincial de Almería y ambos consorcios para cooperar en la necesaria implementación de la renovación de las instalaciones y del servicio, y se justifica el interés público común a ambas partes en la necesidad de mantener el servicio de tratamiento de residuos domésticos de la planta actual, ante la finalización del contrato de concesión de servicios públicos vigente hasta el 30 de septiembre de 2022 y por el tiempo necesario hasta la finalización de la redacción del nuevo proyecto, la

obtención de las correspondientes autorizaciones ambientales, la adjudicación y ejecución de la obra y la puesta en marcha del servicio.

La cláusula primera establece que el objeto del convenio es la «colaboración entre los CRP y CRSII y la Diputación provincial de Almería para la aportación por esta última de su medio propio, la Empresa de transformación Agraria, SA, SME, MP (TRAGSA) a los primeros para garantizar la prestación del servicio de tratamiento de residuos domésticos en la Planta de Recuperación y Compostaje de Residuos Sólidos Urbanos de Gádor, desde el 1 de octubre de 2022 y hasta la adjudicación del contrato para la construcción de la nueva planta y la prestación del servicio de explotación de la misma».

En la referida cláusula se contemplan también las actuaciones a seguir en su ejecución al señalar que: «La definición, especificaciones técnicas y condiciones tanto técnicas como económicas de los trabajos para la prestación del servicio de tratamiento de residuos domésticos en la Planta de Recuperación y Compostaje de Residuos Urbanos de Gádor, se contienen respectivamente en los Anexos I MEMORIA TÉCNICA Y MEMORIA ECONÓMICA que, firmados por ambas partes, forman parte inseparable del presente Convenio.

El servicio objeto de este convenio comprende el tratamiento de residuos en la Planta de Recuperación y Compostaje de Residuos sólidos Urbanos de Gádor y la transferencia. No obstante, el servicio de transferencia podrá ser suspendido en cualquier momento cuando así lo comunique a TRAGSA alguno de los Consorcios, por contar estos con su propio servicio de transferencia hasta la planta de Gádor.».

Asimismo, ha de tenerse presente el ámbito material de competencias que cada una de las partes firmantes del convenio ostenta respecto del objeto del convenio. En este sentido, los artículos 9.6 de la Ley 5/2010, de 11 de julio, de Autonomía Local de Andalucía (en adelante, LAULA) y 25.2 b) de la ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LRBRL) establecen como competencia propia de los municipios la ordenación, gestión, prestación y control de los servicios de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos o municipales, así como la planificación, programación y disciplina de la reducción de la producción de residuos urbanos o municipales.

Por otra parte, los artículos 11 de la LAULA y 36. 1 b) de la LRBRL establecen como competencia propia de las provincias la asistencia técnica, económica y material en la prestación de los servicios municipales, con la finalidad de asegurar el ejercicio íntegro de las competencias que ostentan los municipios.

Finalmente, el artículo 83 de la LAULA dispone que los municipios, las provincias y las entidades de cooperación territorial podrán celebrar convenios de cooperación entre sí para la más eficaz gestión y prestación de los servicios de sus competencias.

En la cláusula segunda se establecen las obligaciones de las partes. Por lo que aquí nos interesa, la Diputación Provincial de Almería se compromete a:

« 1) Notificar a TRAGSA la celebración del convenio para que proceda a la ejecución de las actuaciones indicadas en el mismo, facultando al medio propio a suspender la ejecución de las citadas

actuaciones en el supuesto de que el CRP y el CRSII no pueda atender el importe de las certificaciones conformadas por el director facultativo.
2) Prestar apoyo técnico completo y necesarios para la definición de las actuaciones y asumir la supervisión técnica de su ejecución, incluyendo la Dirección Técnica.
3) Si en el proceso de análisis y estudio previo al inicio de la entrada en vigor del convenio se identificaran defectos de índole administrativa, funcional o del estado de la planta que hicieran necesaria una intervención para su correcto funcionamiento u obtención de cualesquiera permisos o autorizaciones, la Diputación Provincial de Almería lo pondrá en conocimiento de los consorcios que deberán realizar la aportación económica o dar el apoyo necesarios para su subsanación u obtención previamente al inicio de la gestión de la planta por TRAGSA.
4) Designar al Director Técnico de la actuación.»

Por su parte, los CRP y CRSII se comprometen, entre otras, a las siguientes obligaciones:

« 1º) Asumir la titularidad de la autorización ambiental integrada (AAI) y , por tanto, las obligaciones y responsabilidades que deriven de ella;
2º) El precio del servicio se fija en 7.902.747,71 euros/año, con una estimación producción anual de 185.000 toneladas de residuos en planta, para la realización por TRAGSA del encargo referido.
(…)
3º) El CRP pagará el precio total del servicio, 7.902.747. 71 euros/año, cantidad que se abonará directamente por este Consorcio a TRAGSA, con cargo a la aplicación presupuestaria anual correspondiente. Para el año 2022, el servicio se iniciará el 1 de octubre, estimándose el precio por el servicio prestado en los meses de octubre, noviembre y diciembre en 1.975.686, 93 euros, pago que se abonará con cargo a la aplicación…… del presupuesto 2022. (El subrayado es nuestro).
(…)
5º) A cada Consorcio le corresponderá aportar los siguientes porcentajes del precio del servicio:
- CRP: 77%
-CRSII: 23%
(….)
6º) Seguimiento en términos presupuestarios de la ejecución del servicio con arreglo al presupuesto en vigor.
(…)
8º) Como titular de la Autorización Ambiental Integrada, las competencias sobre el seguimiento y control del servicio, las conservará el Consorcio de Residuos del Poniente almeriense. Asimismo, dará indicaciones por escrito a TRAGSA para la gestión de los residuos sólidos urbanos municipales que una vez recepcionados no pudieran ser tratados.
9º) Los CRP y CRSII deberán realizar la aportación económica y el apoyo necesario para la subsanación de las deficiencias más urgentes detectadas en el proceso, que permitan dar a TRAGSA el correcto servicio de tratamiento de los residuos sólidos urbanos, como consta en la Memoria Técnica»

Así las cosas, del examen del clausulado del convenio se infiere que está acreditado el interés público común de ambas partes en garantizar la prestación del servicio de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos o municipales, en el que ostentan competencias todas las partes firmantes del convenio, cada una dentro del ámbito material de competencias indicado con anterioridad.

Por lo que respecta a las obligaciones que asumen ambas partes, en virtud del convenio, anteriormente expuestas, se hace preciso desgranar el contenido y la articulación de las relaciones que se establecen, a fin de determinar la viabilidad de la aportación de TRAGSA por parte de la Diputación Provincial de Almería de la que aquella es medio propio.

En primer lugar, y respecto de las obligaciones que la Diputación asume, se concretan materialmente en la aportación del medio propio TRAGSA, previéndose, sin embargo, en la memoria técnica que se ejecute la prestación del servicio "en el modo dispuesto en la memoria, así como de acuerdo con lo ordenado posteriormente por el CRP" Así se dispone en el artículo 33 de la memoria técnica para el servicio de gestión de la planta de recuperación y compostaje de residuos sólidos urbanos de Gádor y de las plantas de transferencia para el consorcio de residuos del Poniente almeriense y el consorcio del Sector II de la provincia de Almería, obrante en el expediente administrativo. Resulta por tanto, ostensible que es el CRP y no la Diputación de la que TRAGSA es medio propio el que da las indicaciones para la ejecución de la prestación del servicio objeto del encargo.

Ha de reconocerse que la Diputación, en virtud del clausulado del convenio (cláusula segunda, relativa a las obligaciones de la Diputación, ordinales 2º y 4º) se compromete a prestar el apoyo técnico completo y necesario para la definición de las actuaciones a seguir, así como la designación de la dirección técnica de la actuación. Pero ni en el resto del clausulado ni en la memoria técnica se define claramente cuál sea el alcance del apoyo técnico a que se compromete la Diputación. En el listado de definiciones que contempla el artículo 2 del capítulo primero de la memoria técnica se establece que la dirección técnica y la asistencia técnica son personas físicas o jurídicas encargadas por parte de la administración para la supervisión, control, vigilancia de los trabajos que se realicen como resultado del convenio de aportación suscrito, de donde resulta que a la Diputación corresponde, únicamente la designación de la dirección técnica de la actuación, pero no la obligación de dar indicaciones sobre la forma de prestar el servicio.

En segundo lugar, y respecto de los compromisos económicos que genera la suscripción del convenio, del clausulado del mismo se desprende con claridad meridiana que son los consorcios los que asumen íntegramente el pago del encargo a TRAGSA. Así, en virtud de lo establecido en la cláusula segunda del convenio, relativa a las obligaciones de los consorcios, ordinales 2º, 5º y 6º, estos se obligan a abonar el precio total del servicio, en la proporción del 77 % y del 23 %, respectivamente el CRP y el CRSII, asumiendo el mayor porcentaje precisamente el CRP que ni siquiera formalmente está adscrito a la Diputación Provincial de Almería.

En el artículo 35 Capitulo II de la memoria económica, entre las obligaciones del consorcio, se prevé la de «abonar mensualmente a TRAGSA las certificaciones presentadas en base a las partidas. Si se incurriera en gastos no incluidos en el presupuesto, lo comunicará al Consorcio para que asuma dichos costes». Resulta, evidente, por tanto, que la Diputación se limita a aportar el medio propio, siendo los consorcios los que abonan directamente el servicio objeto del encargo a TRAGSA.

Además, el poder de dirección que ejerce el CRP con relación a TRAGSA se infiere del artículo 33, en el que se establecen las siguientes obligaciones de TRAGSA respecto de aquél, siendo relevante destacar por lo que aquí nos interesa las que se transcriben a continuación:

«33.12 Presentar al CRP toda la documentación que le sea requerida relativa a la prestación de los servicios contratados.
33.13 Presentar al CRP toda la documentación, cuando le sea solicitado, como mínimo anualmente, documentación de la empresa al objeto de proceder a la comprobación de la plena legalidad de ésta en el orden laboral, fiscal, administrativo, etc.
33.14 Tener a disposición del CRP, en todo momento, los resultados de autocontrol relativo a la prestación de los servicios.
33.15 Entregar mensualmente al CRP el Libro de Registro de Reclamaciones y Denuncias que obligatoriamente deberá tener y donde se registrarán todas las presentadas.
33.16 No utilizar el personal, material e instalaciones adscritos al servicio en ningún tipo de trabajo no relacionado con el servicio, excepto cuando lo requiera el propio CRP.»

De lo anteriormente analizado se colige que, en virtud del convenio que estamos examinando se produce una traslación del poder de dirección y de control que debería tener la Diputación Provincial de Almería sobre su medio propio en favor de los consorcios. Como decía el informe de la Junta Consultiva de 16 de marzo de 2020(Expte. 123/18) -al que antes nos referíamos- no es posible admitir que la creación de un consorcio con la participación de alguna de las entidades públicas que pueden tener a TRAGSA como medio propio personificado encubra la intención de que de facto esta entidad se convierta en medio propio de municipios y para el ejercicio de competencias propiamente municipales.

Estimamos que dichos argumentos son trasladables al caso concreto, pues si bien los consorcios no son creados específicamente para la aportación de TRAGSA, el convenio, tal y como está configurado, parece tener como propósito la justificación formal de la aportación de TRAGSA sin que verdaderamente responda al fin claro de un convenio administrativo, lo que genera dudas sobre su verdadero carácter de convenio. En este sentido, la LRJSP, ha desarrollado un régimen completo de los convenios administrativos, fijándose, entre otros extremos, su contenido mínimo, clases, duración y extinción. En este sentido, el artículo 47.1 de la LRJSP, relativo a la "definición y tipos de convenios", incluye en su apartado primero una regla general sobre la definición de los convenios: «Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común».

De este modo, únicamente la figura del convenio de colaboración (excluido de la legislación de contratos del sector público) debe utilizarse, cuando realmente existe un interés común de las partes, dentro de sus respectivas competencias, participando ambas, activamente, en la consecución de aquél. En este caso, las prestaciones recogidas en el convenio de TRAGSA directamente a los consorcios, de quienes no puede predicarse que aquélla sea medio propio, (y por tanto no puede definirse como encargo), unido a que ni siquiera se oculta que se llevará a cabo a cambio de un precio que los consorcios pagarán directamente a TRAGSA, nos permite concluir que el contenido del convenio está más próximo a una relación contractual que a una colaboración administrativa bajo la forma de convenio.

En este sentido, conviene traer a colación el Acuerdo 75/2017, de 4 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al examinar la viabilidad de la encomienda de gestión del servicio de limpieza viaria del municipio de Huesca al consorcio para la gestión de residuos sólidos urbanos de la Agrupación núm. 1 de *Huesca, a través de su medio propio, la empresa*

pública GRHUSA (participado íntegramente por el Consorcio). Del citado acuerdo pueden extraerse las siguientes conclusiones: la primera, que la cooperación no puede, bajo fórmulas de convenios interadministrativos y utilización de medios propios de otros, ocultar contratos públicos. En segundo lugar, que los medios propios de un ente del consorcio lo serán únicamente del ente matriz, y nunca, por la mera pertenencia al consorcio, del resto de los entes públicos que lo integran. Y en tercer lugar, que debe considerarse ilegal esta forma de proceder en tanto supone una adjudicación directa de un contrato sin procedimiento.

A mayor abundamiento, en el supuesto que analizamos, la ejecución del encargo se hace a través del convenio y ni siquiera existe un documento de formalización de aquel entre la Diputación Provincial de Almería y TRAGSA, como previenen los artículos 10, apartados 4 y 7 y 11 del RD 69/2019. Recordemos que el apartado 4 del artículo 10 prevé que «Ningún poder adjudicador podrá exigir a TRAGSA y TRAGSATEC iniciar la ejecución de ninguna actuación material sin encargo formal por parte del órgano competente para realizar el encargo». El apartado 7, por su parte, señala que: «En la referida documentación deberá figurar, entre otros, la denominación del encargo, su objeto, el plazo de ejecución, las anualidades presupuestarias con sus correspondientes importes, los periodos de certificación o en su caso recepción que procedan y el cargo de la persona designada por el poder adjudicador que confiere el encargo como director de los trabajos.

Con fundamento en las consideraciones efectuadas, este Tribunal estima que, en los términos en que aparece planteado el encargo y con el contenido obligacional del convenio que hemos analizado, la aportación del medio propio TRAGSA por parte de la Diputación Provincial de Almería a los consorcios, sobre la base del convenio suscrito al amparo del artículo 5 del RD 69/2019 encubre una conversión de facto de TRAGSA en medio propio de los consorcios, con la consiguiente traslación del poder de dirección y pérdida del control análogo que la Diputación Provincial de Almería debe ejercer sobre el medio propio, no quedando acreditado que se respeten, a juicio de este Tribunal, los requisitos legales que han de cumplir los encargos a medios propios y que se establecen en el artículo 32 de la LCSP.

El motivo, por tanto, ha de ser estimado».

Idéntica suerte ha de correr, por tanto, el motivo de impugnación del presente recurso por lo que procede su estimación.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre la invalidez del encargo por no estar incluido el objeto del encargo en el objeto social ni en el marco funcional de TRAGSA al incluir prestaciones en zonas o núcleos urbanos. Infracción de los artículos 12 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública; artículo 32 de la LCSP; artículo 3 del Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero; artículo 2 de los Estatutos Sociales de TRAGSA y artículo 86.1 de la Ley 40/2015, así como de los principios de publicidad y concurrencia, igualdad de trato, no discriminación, transparencia, y de las libertades comunitarias establecidas en el Derecho de la Unión Europea.

En este motivo de impugnación abordaremos, por razones de claridad expositiva en el análisis, los Fundamentos Jurídico-Materiales I y II del escrito de FCC.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

FCC alega la irregularidad del encargo formalizado a TRAGSA por parte de la Diputación Provincial de Almería para la aportación de medio propio a los Consorcios para la gestión de residuos sólidos urbanos, ante la inviabilidad de que aquella entidad no puede ejecutar prestaciones consistentes en la gestión de residuos sólidos urbanos, al no estar incluido entre los sectores de actividad que conforman su objeto social, con vulneración del artículo 32. 6 de la LCSP.

Considera que el encargo tiene por objeto unas prestaciones que están fuera del marco funcional de los apartados 1,4 y 5 de la DA 24ª de la LCSP y no están incluidas en el objeto social de TRAGSA como exige el artículo 3 del Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero, anteriormente citado.

Asimismo, pone de manifiesto la falta de justificación de la urgencia para la formalización del encargo en la medida que los Consorcios han dispuesto de tiempo suficiente para licitar y adjudicar un nuevo contrato, existiendo además, vías alternativas. En este sentido, insiste en que no ha quedado desierta ninguna licitación, por falta de ofertas o irregularidad de las presentadas, ni ha habido un incumplimiento del contratista que haya dado lugar a la resolución del contrato, ni tampoco puede constatarse la existencia de una situación de emergencia, con vulneración de los artículos señalados en el encabezamiento del presente motivo de impugnación.

Invoca el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 29/2018 de 5 de abril sobre la interpretación restrictiva de los requisitos exigidos a los medios propios dada la excepcionalidad de los encargos.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del órgano de contratación rebate las alegaciones formuladas por la entidad recurrente señalando que la actividad encargada sí forma parte del objeto social de TRAGSA y de su ámbito de actividad, a la vista de las funciones reconocidas en la letra a) del apartado cuarto de la DA 24ª de la LCSP (*la realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios de protección del medio natural y medioambiental)*, y más concretamente en la letra h) (*transporte, almacenamiento, transformación, valorización, gestión y eliminación de productos, subproductos y residuos de origen animal, vegetal o mineral*). Así considera que, siendo la protección medioambiental el objetivo final de la eliminación de residuos, la gestión de residuos sólidos urbanos está incluida en el concepto de protección medioambiental, y por ende, dentro del ámbito de actuación de TRAGSA, solicitando la desestimación de las pretensiones de la recurrente.

3. Alegaciones de TRAGSA.

TRAGSA defiende en su escrito de alegaciones que la actividad objeto del encargo –la gestión de residuos sólidos urbanos en la planta de Gádor- se encuentra incluida entre las actuaciones que TRAGSA puede realizar, conforme a su objeto social, y puede incardinarse en el concepto de protección del medio natural y medioambiental, a la vista de los artículos 2, 8 y 25 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.

Asimismo, expone que, aun cuando hipotéticamente se considerara que dicha actividad -por tratarse de residuos sólidos urbanos- no está vinculada a la protección del medio natural y medioambiental, en cualquier caso podría acometer el encargo, al tener experiencia en gestión de residuos animales, vegetales y minerales, y poder aplicar su experiencia a otros sectores de la actividad administrativa, como se indica en el penúltimo párrafo del apartado 4 de la DA 24ª de la LCSP «*o mediante la adaptación y aplicación de la experiencia y conocimientos desarrollados en dichos ámbitos a otros sectores de la actividad administrativa»*

Invoca en apoyo de su tesis, la Resolución 645/2020, de 21 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como el informe 20/20 (R-742/2020), de la Abogacía General del Estado de 21 de septiembre.

TRAGSA concluye que el objeto del encargo se encuadra plenamente y, sin ningún género de duda, en las funciones y objeto social de TRAGSA, descritas en el apartado 4 y 5 de la Disposición Adicional 24ª de la LCSP y en sus estatutos sociales y rebate con amplitud que la actividad de TRAGSA se limite exclusivamente al medio rural concluyendo que las actividades que TRAGSA puede desarrollar están delimitadas funcionalmente, pero no territorial, ni geográficamente, conclusión que alcanza de la lectura conjunta de los apartados 4 y 5 de la Disposición Adicional 24ª de la LCSP y del artículo 2 de sus estatutos sociales. Invoca al respecto la Sentencia 783/2021, de 5 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y la Sentencia 686/2020, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2020, conforme a la cual existen argumentos claros y suficientes para considerar que la entidad TRAGSA no tiene limitado su ámbito de actuación a los encargos o encomiendas que se les realicen por las Administraciones públicas en el ámbito rural, y por tanto, pueden realizarse en zonas o núcleos urbanos.

4. Consideraciones del Tribunal.

La cuestión objeto de litis ha sido analizada y resuelta en la Resolución 500/2022 de 21 de octubre de 2022 a la que ya hemos hecho referencia, por lo que hemos de remitirnos íntegramente a las consideraciones en aquella efectuadas por este Tribunal con el contenido que transcribimos a continuación.

> *«La exigencia de la adecuación del objeto el encargo al objeto social del medio propio personificado se contempla en los artículos 86.2 de la LRJSP y 32.2.d) 2º de la LCSP que se refieren a la ejecución de encargos por medios propios personificados "de conformidad con su objeto social" y constituye, por tanto, un ámbito sujeto al control de revisión por este Tribunal, según se indicó en la consideración previa.*
>
> *El artículo 3 del Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero, establece que «Las entidades señaladas en el artículo 2.1 podrán conferir encargos a TRAGSA o a su filial TRAGSATEC sobre los trabajos y actividades que, encontrándose dentro del marco funcional de los apartados 1,4 y 5 de la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y del objeto social de las mismas, precisen para el ejercicio de sus competencias y funciones, así como los que resulten complementarios o accesorios, de acuerdo con el régimen establecido en este real decreto.*
> *2. En ningún caso, podrán realizarse encargos que supongan una traslación del ejercicio de potestades públicas» (el subrayado es nuestro).*
>
> *El marco funcional de TRAGSA viene desarrollado en los apartados 1, 4 y 5 de la DA 24ª de la LCSP, cuyo apartado primero dispone lo siguiente:*
>
> *"La «Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P.» (TRAGSA), y su filial «Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A., S. M. E., M. P.» (TRAGSATEC), tienen por función entre otras, la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural, conservación del medioambiente, adaptación y mantenimiento de aplicaciones informáticas, control sanitario animal, atención a emergencias, y otros ámbitos conexos, con arreglo a lo establecido en esta disposición."*
>
> *Este apartado es desarrollado en la misma Disposición Adicional, en los apartados 4 y 5 que señalan:*

"*4. TRAGSA y su filial TRAGSATEC prestarán, por encargo de las entidades del sector público de los que son medios propios personificados, las siguientes funciones:*

a) La realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios agrícolas, ganaderos, forestales, de desarrollo rural, de conservación y protección del medio natural y medioambiental, de acuicultura y de pesca, así como los necesarios para el mejor uso y gestión de los recursos naturales. Igualmente podrán llevar a cabo la realización de todo tipo de actuaciones para la mejora de los servicios y recursos públicos, siempre y cuando no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos incluida la ejecución de obras de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español en el medio rural, al amparo de lo establecido en el artículo 68 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

b) La actividad agrícola, ganadera, animal, forestal y de acuicultura y la comercialización de sus productos, la administración y la gestión de fincas, montes, centros agrarios, forestales, medioambientales o de conservación de la naturaleza, así como de espacios y de recursos naturales.

c) La promoción, investigación, desarrollo, innovación, y adaptación de nuevas técnicas, equipos y sistemas de carácter agrario, forestal, medioambiental, de acuicultura y pesca, de protección de la naturaleza y para el uso sostenible de sus recursos.

d) La fabricación y comercialización de bienes muebles para el cumplimiento de sus funciones.

e) La prevención y lucha contra las plagas y enfermedades vegetales y animales y contra los incendios forestales, así como la realización de obras y tareas de apoyo técnico de carácter urgente.

f) La financiación, en los términos que se establezcan reglamentariamente, de la construcción o de la explotación de infraestructuras agrarias, medioambientales, y de equipamientos de núcleos rurales, del desarrollo de sistemas informáticos, sistemas de información frente a emergencias y otros análogos, así como la constitución de sociedades y la participación en otras ya constituidas, que tengan fines relacionados con el objeto social de la empresa.

g) La planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de servicios ganaderos, veterinarios, de seguridad y sanidad animal y alimentaria.

h) La recogida, transporte, almacenamiento, transformación, valorización, gestión y eliminación de productos, subproductos y residuos de origen animal, vegetal y mineral.

i) El mantenimiento, el desarrollo, la innovación y la adaptación de equipos y sistemas informáticos que den soporte a las diferentes administraciones.

j) La realización de tareas para las que se le requiera por la vía de la urgencia o de emergencia, o actividades complementarias o accesorias a las citadas anteriormente.

TRAGSA y su filial TRAGSATEC también estarán obligadas a satisfacer las necesidades de las entidades del sector público de las que son medios propios personificados en la consecución de sus objetivos de interés público mediante la realización, por encargo de los mismos, de la planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de asistencias y servicios técnicos en los ámbitos de actuación señalados en el apartado anterior, o mediante la adaptación y aplicación de la experiencia y conocimientos desarrollados en dichos ámbitos a otros sectores de la actividad administrativa.

Asimismo, TRAGSA y su filial TRAGSATEC estarán obligadas a participar y actuar, por encargo de las entidades del sector público de las que son medios propios personificados, en tareas de emergencia y protección civil de todo tipo, en especial, la intervención en catástrofes medioambientales o en crisis o necesidades de carácter agrario, pecuario o ambiental; a desarrollar tareas de prevención de riesgos y emergencias de todo tipo; y a realizar actividades de formación e información pública en supuestos de interés público y, en especial, para la prevención de riesgos, catástrofes o emergencias.

5. TRAGSA y su filial TRAGSATEC podrán realizar actuaciones de apoyo y servicio institucional a la cooperación española en el ámbito internacional."

Si acudimos a los estatutos sociales de TRAGSA, el artículo 2 tiene la misma redacción que la Disposición Adicional 24ª de la LCSP, si bien en el apartado j) se ha añadido la siguiente puntualización: "En relación con cualquier obra o servicio, se considerará la vía de urgencia, independientemente de su ámbito territorial o de la tipología de la actuación, en los siguientes supuestos: – Procedimientos de licitación que hayan quedado desiertos, por no haberse presentado ninguna oferta o por ser irregulares las presentadas. – Contratos respecto de los que por un incumplimiento del contratista –cuando esta situación de incumplimiento se constate fundadamente- se haya incoado un procedimiento de resolución."

Con relación a esta previsión de los Estatutos de TRAGSA, la Resolución 696/2022, de 22 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ha señalado lo siguiente:

«La redacción de este apartado determina que TRAGSA pueda ejecutar actuaciones (obras o servicios), que no están incluidas en el ámbito agrícola, ganadero, forestal, de desarrollo rural, de conservación y protección del medio rural y medioambiental, de acuicultura y pesca, y para el mejor uso y gestión de los recursos naturales, siempre que la Administración hubiera declarado desierto un procedimiento de licitación con el mismo objeto, bien por no haberse presentado ninguna oferta, o porque las presentadas fueran irregulares, o cuando se haya iniciado un procedimiento de resolución de un contrato, de forma que el objeto del mismo se concluya por TRAGSA.

Es por ello que, con base en la Disposición Adicional 24ª de la LCSP y en el artículo 2 de los estatutos sociales, las actuaciones a ejecutar por TRAGSA pueden sistematizarse de la siguiente forma:

En cuanto a las <u>obras</u> en:
1) Obras de carácter agrícola, ganadero, forestal, de desarrollo rural, de conservación y protección del medio rural y medioambiental, de acuicultura y pesca, y las necesarias para el mejor uso y gestión de los recursos naturales.
2) Obras encaminadas a la mejora de los servicios y recursos públicos, siempre y cuando no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, en los ámbitos agrícola, ganadero, forestal, pesquero y medioambiental que se mencionan en el inciso anterior.
3) Obras de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español que esté situado en el medio rural.
4) Obras objeto de procedimientos de licitación hayan quedado desiertos, así como cuando, adjudicado y formalizado el contrato, deba procederse a su resolución por incumplimiento del contratista, sin que, en estos supuestos deban estar referidas a los referidos a los sectores agrícola, ganadero, forestal, pesquero (incluida la acuicultura) y medioambiental.
5) Obras que sean necesarias para evitar daños a las personas, bienes o medioambiente, sin que, en estos supuestos deban estar referidas a los referidos a los sectores agrícola, ganadero, forestal, pesquero (incluida la acuicultura) y medioambiental. Dentro de los supuestos señalados en esta clasificación, merecen especial atención, las actuaciones que deben entenderse incluidas dentro del concepto de desarrollo rural, así como los supuestos en los que TRAGSA puede ejecutar obras en

núcleo urbano, con carácter urgente, para la protección de las personas, de los bienes o del medio ambiente.

En cuanto a los servicios que TRAGSA puede ejecutar se pueden clasificar en:
1)Servicios en los sectores agrícola, ganadero, forestal, pesquero (incluida la acuicultura) y medioambiental.
2) Servicios de investigación, desarrollo, innovación y promoción, referidos a los sectores agrícola, ganadero, forestal, pesquero (incluida la acuicultura) y medioambiental.
3) Apoyo y lucha contra incendios forestales.
4) Servicios ganaderos, veterinarios y de seguridad y de sanidad animal, sanidad vegetal y sanidad alimentaria.
5) Servicios objeto de procedimientos de licitación hayan quedado desiertos, así como cuando, adjudicado y formalizado el contrato, debe procederse a su resolución por incumplimiento del contratista.
6) Servicios que sean necesarios para la protección de las personas, bienes, y medio ambiente, en los mismos términos expuestos para las obras.
7) Servicios de mantenimiento, desarrollo, innovación y adaptación de equipos y sistemas que den soportes a las diferentes Administraciones.

El objeto del encargo que analizamos, conforme a la clausula del convenio que sustenta la formalización de aquél, es el servicio de tratamiento de los residuos domésticos en la Planta de recuperación y compostaje de Residuos Sólidos Urbanos de Gádor.

La asociación recurrente defiende que los residuos domésticos no pueden asimilarse a los residuos de origen animal, vegetal y mineral para incluir la gestión de aquéllos dentro del ámbito funcional de TRAGSA y en concreto, en la letra h) del apartado cuarto de la DA 24ª de la LCSP. En apoyo de su tesis acude a la definición de residuos domésticos contemplada en el artículo 2 de la Ley 7/2022, de 8 de abril de residuos y suelos contaminados para una economía circular, y su diferenciación conceptual respecto de los residuos agrarios, vegetales o minerales, cuya gestión y tratamiento sí está incluido propiamente en el ámbito funcional de TRAGSA.

Por su parte, tanto el órgano de contratación como TRAGSA sostienen que como el objetivo final de la eliminación de residuos, en definitiva, es la protección medioambiental, la gestión de residuos sólidos urbanos estaría incluida en dicho concepto genérico y por ende, dentro del ámbito de actuación de TRAGSA, concretamente en la letra a) del apartado cuarto antes transcrito, que va referida a la realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios agrícolas, ganaderos, forestales, de desarrollo rural, de conservación y protección del medio natural y medioambiental. Asimismo, TRAGSA invoca que, en cualquier caso, podría acometer el encargo, al tener experiencia en gestión de residuos animales, vegetales y minerales, y poder aplicar su experiencia a otros sectores de la actividad administrativa, como se indica en el penúltimo párrafo del apartado 4 de la DA 24ª de la LCSP.

Pues bien, tratándose el objeto del encargo de un servicio de tratamiento de residuos domésticos, lo primero que hay que despejar es su posible incardinación dentro del ámbito funcional de TRAGSA definido en el apartado cuarto letra h) de la DA 24ª de la LCSP, que delimita la recogida, transporte, almacenamiento, transformación, valorización, gestión y eliminación de productos a los de origen animal, vegetal y mineral.

El artículo 2 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, antes mencionada, define los residuos domésticos como «residuos peligrosos o no peligrosos generados en los hogares como consecuencia de las actividades domésticas. Se consideran también residuos domésticos los similares en composición y cantidad a los anteriores generados en servicios e industrias, que no se generen como consecuencia de la actividad propia del servicio o industria.

Se incluyen también en esta categoría los residuos que se generan en los hogares de, entre otros, aceites de cocina usados, aparatos eléctricos y electrónicos, textil, pilas, acumuladores, muebles, enseres y colchones, así como los residuos y escombros procedentes de obras menores de construcción y reparación domiciliaria.

Tendrán la consideración de residuos domésticos, los residuos procedentes de la limpieza de vías públicas, zonas verdes, áreas recreativas y playas, los animales domésticos muertos y los vehículos abandonados.

En este sentido, la propia definición de los residuos domésticos que ofrece la ley 7/2022, invocada por la asociación recurrente, es indicativa, sin género de dudas, de que los residuos sobre cuyo tratamiento y gestión recae el objeto del encargo no son asimilables a los de origen animal, vegetal o mineral, y por tanto, no cabría la equiparación a los mismos. De igual forma, este Tribunal aprecia que habría que rechazar la pretensión de incardinación de aquéllos dentro de la amplitud genérica del concepto de la conservación y protección del medio natural y medioambiental, a que se refiere la letra a) del apartado cuarto de la DA 24ª puesto que, más allá de que pudieran estar circunscritas o no al medio rural las actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios a ejecutar por TRAGSA que en aquélla se describen, lo cierto es que la protección medioambiental en sí misma, como medida y objetivo señalado en la referida Ley, y principio inspirador de las obligaciones que impone a los gestores de residuos (artículo 25) no es, a juicio de este Tribunal, un argumento válido para sostener la adecuación al ámbito funcional y al objeto social de TRAGSA determinado legalmente y en los estatutos de la entidad.

Descartado lo anterior, resta analizar si, de conformidad con lo señalado en los estatutos de TRAGSA, el objeto del encargo podría encontrar acomodo en la letra j) en la nueva redacción de los Estatutos que dispone que TRAGSA podrá actuar en cualquier obra o servicio, cuando se considere la vía de urgencia, que independientemente de su ámbito territorial o de la tipología de la actuación, será en los siguientes supuestos:

- Procedimientos de licitación que hayan quedado desiertos, por no haberse presentado ninguna oferta o por ser irregulares las presentadas.

- Contratos respecto de los que por un incumplimiento del contratista -cuando esta situación de incumplimiento se constate fundadamente- se haya incoado un procedimiento de resolución.

Pues bien, en la memoria justificativa del convenio obrante en el expediente administrativo (Páginas 353 a 355) se indica lo siguiente:

«Ante el agotamiento de la vida útil de parte de las instalaciones de Planta de Recuperación y Compostaje de Residuos Sólidos Urbanos de Gádor y plantas de transferencia anexas, así como, de la finalización del periodo concesional inicialmente previsto de 20 años, teniendo presente el estudio de

alternativas aportado por la Diputación Provincial, el 15 de febrero de 2021 ambos Consorcios y la Diputación Provincial de Almería suscribieron un convenio para cooperar en la implementación de la necesaria renovación de las instalaciones y del servicio, y a tales efectos se decidió la elaboración y, en su caso, contratación de la:
- Redacción de proyecto de obra.
- Dirección de obra.
- Tramitación de autorizaciones ambientales.
- Coordinación de seguridad y salud laboral.
- Elaboración de informe propuesta sobre el modelo jurídico de gestión del servicio, informe sobre la determinación del valor estimado de servicio y viabilidad económica del contrato para la gestión de los residuos, acompañado de informe técnico económico necesario para la aprobación de la exacción correspondiente, así como de propuesta de pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, y borradores del reglamento del servicio y ordenanzas correspondientes.
VI.- Ante la próxima finalización del contrato de concesión de servicios públicos vigente hasta el 30 de septiembre de 2022, la Excma. Diputación Provincial de Almería, el CRP y el CRS II, son conscientes de la necesidad de mantener el servicio de tratamiento de residuos domésticos de la planta actual por el tiempo necesario hasta la finalización de la redacción el nuevo proyecto, obtener las correspondientes autorizaciones ambientales, adjudicar, ejecutar la obra y poner en marcha el nuevo servicio» (el subrayado es nuestro).

Las razones expuestas se limitan a constatar la próxima finalización del contrato de concesión de servicios públicos adjudicado a la UTE PONIENTE ALMERIENSE, y la necesidad, obvia por otra parte, de mantener el servicio de recogida de tratamiento de residuos. No obstante, a juicio de este Tribunal no se justifican en el expediente ninguno de los dos supuestos habilitantes, esto es, que se hubiese quedado desierto una licitación anterior, ni que se haya incoado un procedimiento de resolución del contrato anterior por incumplimiento del contratista. Antes al contrario, al aludirse en la citada memoria a un convenio firmado el 15 de febrero de 2021 entre los Consorcios y la Diputación Provincial de Almería para cooperar en la implementación de la necesaria renovación de las instalaciones y del servicio, y en su caso, la contratación de la redacción de proyecto de obra; la dirección de obra; la tramitación de autorizaciones ambientales; la coordinación de seguridad y salud laboral, entre otros, lo que se evidencia es una falta de diligencia por parte de las entidades consorciadas para la tramitación con la suficiente anticipación del expediente de contratación que, en su caso, de haber concurrido los supuestos habilitantes, y haber quedado acreditados de manera suficiente, hubieran permitido acudir al encargo.

En definitiva, no se aprecia la concurrencia de los presupuestos habilitantes de la urgencia que hubieran posibilitado el encargo, con incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 32.2 d) de la LCSP, procediendo la estimación del motivo. »

Aplicando las consideraciones anteriores, dada la identidad sustancial del motivo de impugnación procede su estimación.

OCTAVO. Fondo del asunto: sobre la falta de justificación de las circunstancias excepcionales que habilitan el encargo.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

FCC alega la improcedencia manifiesta del encargo ante la falta de justificación de que el recurso a los medios propios sea más eficiente, sostenible y eficaz sin que en el expediente se hayan concretado posibles razones de seguridad pública o de urgencia, derivadas, por ejemplo, de una declaración de desierto de la licitación anterior.

En el recurso incide en que, al ser el encargo un supuesto de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, aumentan las exigencias que deben cumplir estas entidades para evitar adjudicaciones directas que menoscaban el principio de libre competencia, debiendo observarse los requisitos del artículo 32 de la LCSP y de la DA 24ª. Sobre tal base, concluye que el cumplimiento de tales requisitos no está acreditado en la encomienda del servicio objeto del encargo, al no establecer el presupuesto inicial, ni concretar el plazo máximo de ejecución más allá de la referencia genérica al periodo que media "*hasta la adjudicación del contrato para la construcción de la nueva planta y de prestación del servicio de explotación de la misma"* lo que conlleva un incumplimiento manifiesto del artículo 32.6 de la LCSP, y acarrea la anulación de la encomienda del servicio y de la formalización del encargo.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del órgano alega que el convenio suscrito entre la Diputación y los Consorcios para habilitar a TRAGSA como medio propio para la prestación del servicio se justifica en su parte expositiva como un mecanismo para la prestación del servicio de forma transitoria hasta la implementación de los instrumentos y procedimientos legales exigidos para la realización de una nueva licitación y contratación del servicio. Invoca, al respecto la Resolución 84/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales así como la Resolución 309/2021 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid. Por ello, solicita la desestimación de las alegaciones efectuadas sobre la falta de justificación de las circunstancias del encargo.

3. Alegaciones de TRAGSA.

En sus alegaciones, TRAGSA imputa a la entidad recurrente una interpretación errónea de la legislación reguladora de los encargos a medios propios, señalando que la LCSP configura la posibilidad de acudir al encargo como una manifestación de la potestad de auto organización de las entidades públicas, sin que pueda predicarse en contra, ni su carácter excepcional, ni que acudir a esta figura ponga en entredicho los principios previstos en la legislación sobre contratos, ni el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

Al respecto, invoca la jurisprudencia comunitaria con relación al margen de libertad de los Estados miembros para elegir acudir a un contrato público u optar por celebrar una operación interna, y defiende la viabilidad de los convenios de aportación de medio propio en la referida potestad de auto organización de las entidades del sector público que se predica de manera indubitada de los artículos 31 y 32 de la LCSP. En ese sentido, invoca la Resolución de 25 de julio de 2018 de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de julio de 2018, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos en el ámbito de los contratos del sector público y encargos a medios propios, que en el punto 8.2, al referirse a los encargos, solo alude a la verificación por la Intervención del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32 de la LCSP, sin que, en ningún apartado se refiera a la necesidad de verificar o explicar porque se utiliza un medio propio en vez de acudir a un procedimiento de licitación.

TRAGSA sostiene que el encargo a un medio propio no tiene carácter excepcional, ni debe ser objeto de justificación, pudiendo las entidades que tienen medios propios (en este caso, la Diputación Provincial de

Almería) acudir a la contratación o a realizar un encargo a un medio propio, en caso de que tengan una necesidad a satisfacer. En este sentido, considera relevante el Informe de la Abogacía General del Estado 52/21 (R-361/2021) de 7 de mayo de 2021, que dictamina que una cosa es que los encargos a medios propios sea una excepción a la aplicación de las normas de contratación pública y otra cosa es que sea algo excepcional.

En relación con la necesidad de justificar el recurso al medio propio que defiende la recurrente, TRAGSA alega que tal afirmación deriva de una incorrecta interpretación del artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público(en adelante, LRJSP) y que la regulación del régimen jurídico de TRAGSA con la declaración de medio propio personificado reconocido legalmente, debe ponerse en relación con lo dispuesto en el mencionado artículo 86 de la LRJSP, y por tanto, al ser la LCSP una norma posterior, solo cabe interpretar que lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 86 no es de aplicación a TRAGSA con el alcance que se pretende dar de evaluación individualizada de cada encargo.

Por tanto, según el razonamiento que efectúa, la LCSP mantiene la condición de TRAGSA como medio propio personificado y servicio técnico, condicionando únicamente los encargos que les confieran al cumplimiento de los requisitos del punto 2° de la letra d) del apartado 2 del artículo 32, y en las letras a) y b) del apartado 4 del mismo artículo, exclusivamente, sin referencia alguna al artículo 86 de la LRJSP, ni a la necesidad de justificar la realización del encargo. Además, considera que tras la modificación del apartado 3 del artículo 86 operada por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021, la comprobación del cumplimiento de los citados requisitos se ha de realizar por la Intervención General del Estado sólo en el momento de creación del medio propio, debiendo quedar reflejado en la memoria justificativa de la referida creación que es una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública, o que resulta necesaria su existencia 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, de forma que la concurrencia de los dos requisitos transcritos se verifique, en ese momento, y no para cada uno de los encargos que se hagan a quien ya tiene la condición de medio propio . Invoca además, entre otras, la reciente Resolución nº 696/2022, de 16 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

4. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las posiciones de las partes expuestas, procede entrar a analizar el segundo motivo de impugnación en el que se denuncia en síntesis, la falta de justificación en el expediente concreto que nos ocupa de las excepcionales circunstancias que habilitan para acudir a la técnica del encargo a medios propios, al considerar la asociación recurrente que el recurso a esta técnica debe ser excepcional por ir en detrimento de los principios de libre competencia, transparencia y publicidad así como de las libertades comunitarias, abogando por una interpretación estricta del cumplimiento de los requisitos exigidos.

En el análisis de la cuestión, tal y como analizamos en la Resolución 500/2022 de este Tribunal hemos de partir, en primer lugar, de una consideración previa en torno a la articulación de ambos sistemas, el de contratación pública y el de encargos en el Derecho de la Unión Europea. En aquella Resolución analizabamos idéntico motivo de impugnación al ahora planteado en los siguientes términos:

> ***"4. Consideraciones del Tribunal.***
>
> *Vistas las posiciones de las partes expuestas, procede entrar a analizar el segundo motivo de impugnación en el que se denuncia en síntesis, la falta de justificación en el expediente concreto que nos ocupa de las excepcionales circunstancias que habilitan para acudir a la técnica del encargo a*

medios propios, al considerar la asociación recurrente que el recurso a esta técnica debe ser excepcional por ir en detrimento de los principios de libre competencia, transparencia y publicidad así como de las libertades comunitarias, abogando por una interpretación estricta del cumplimiento de los requisitos exigidos.

En el análisis de la cuestión, hemos de partir, en primer lugar, de una consideración previa en torno a la articulación de ambos sistemas, el de contratación pública y el de encargos en el Derecho de la Unión Europea.

A. Previa: sobre la articulación de ambos sistemas, de contratación y el de encargos en el Derecho de la Unión Europea. La libertad de la elección de la forma de gestión de servicios por la normativa nacional de los Estados miembros y la falta de condicionamientos para los encargos en la normativa europea de contratación.

Se hace necesario abordar al efecto la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2019, asunto Kauno miesto savivaldybe (C-285/18), en cuanto a la posibilidad de someter la operación interna a un parámetro de subsidiariedad. La Sentencia permite comparar los artículos 12 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18, y 31 a 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Abordando una cuestión un tanto lejana (un asunto suscitado en Lituania), la Sentencia deja claro que la Directiva «no puede privar a los Estados miembros de la libertad de privilegiar una forma de prestación de servicios, ejecución de obras o suministro de materiales en detrimento de otras. En efecto, esta libertad implica una elección que se realiza en una fase anterior a la de la adjudicación de un contrato y que no puede, por ello, estar incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24» (considerando 42).

El contexto de la cuestión prejudicial de la que resultó la Sentencia suponía que un poder adjudicador realizó un encargo, frente al cual recurrió el contratista de servicios. Este manifestaba que la existencia de un contrato de servicios impedía la realización del encargo. El Tribunal de instancia anuló el encargo, de tal modo que el poder adjudicador interpuso un recurso de casación. Éste se amparaba en la jurisprudencia lituana pues la misma considera legales los encargos que cumplan los requisitos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, asunto Teckal (C-107/98), siempre que, además, se garantizase la continuidad, la calidad óptima y la disponibilidad de los servicios, y que el encargo no quebrase la igualdad de trato de otros operadores económicos ni la facultad de éstos de competir para prestar los servicios de que se trata. El Tribunal que debía resolver la casación formula la cuestión prejudicial, dado que consideraba que el concepto de encargo tiene carácter autónomo, y que es propio del Derecho de la Unión, de tal modo que dudaba de si pudiera no resultar admisible su alteración por la legislación lituana, por adición de requisitos nuevos, por los Estados miembros, quebrando el efecto armonizador de la Directiva. (Como pudiere ocurrir con los arts. 31 a 33 de la LCSP).

La cuestión prejudicial planteaba, en primer lugar, si debía interpretarse el artículo 1, apartado 2, letra a), de dicha Directiva 2014/24 en el sentido de que el concepto de operación interna está comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y si el contenido y la aplicación de dicho concepto no se puede ver afectado por el Derecho nacional de los Estados miembros, en particular, por limitaciones en cuanto a la celebración de tales operaciones. En segundo, lugar, y en lo que aquí interesa, señalaba que en caso de respuesta negativa, (es decir, si el concepto de operación interna está comprendido, parcial o plenamente, en el ámbito de aplicación del Derecho nacional de los Estados miembros), si debía interpretarse la Directiva 2004/18 en el sentido de que los Estados

miembros disponen de una facultad discrecional para poder establecer limitaciones o requisitos adicionales para la conclusión de operaciones internas, y siendo así si pueden ejercer esa facultad discrecional a través de disposiciones legales positivas, claras y concretas en materia de contratación pública.

En este sentido, la cuestión prejudicial, trata de encontrar respuestas que enlazan con el objeto del presente recurso especial, y en concreto respecto del régimen jurídico de la elección por los Estados miembros de la forma de gestión de servicios, la contratación y el régimen de encargos. El Tribunal de Justicia cuando resuelve en la Sentencia reformula la cuestión planteada, de modo que establece como cuestión principal determinar «si el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional por la cual un Estado miembro supedita la celebración de operaciones internas, en particular, al requisito de que la adjudicación de un contrato público no permita garantizar la calidad, disponibilidad, o la continuidad de los servicios que han de prestarse» (considerando 40).

El Tribunal aborda la cuestión en el considerando 41 mencionando que «la Directiva 2014/24 tiene por objeto, como se expone en su considerando 1, coordinar los procedimientos de contratación nacionales por encima de determinado valor». Prosigue la argumentación en el considerando 43 reflejando que el artículo 12.1 de la Directiva 2014/14 «se limita así a precisar las condiciones que un poder adjudicador debe respetar cuando desea celebrar una operación interna», facultando «a los Estados miembros a excluir una operación de este tipo del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24».

Sin embargo, el Tribunal continúa advirtiendo en el considerando 44 que «no puede privar a los Estados miembros de la libertad de privilegiar una forma de prestación de servicios, ejecución de obras o suministro de materiales en detrimento de otras. En efecto, esta libertad implica una elección que se realiza en una fase anterior a la de la adjudicación de un contrato y que no puede, por ello, estar incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24». Lo fundamenta, además, señalando que es la propia Directiva la que en su considerando 5 establece que «ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva» (considerando 45). Afirma que la Directiva 2014/24 no obliga a los Estados miembros a recurrir a un procedimiento de contratación pública, pero tampoco les puede obligar a realizar una operación interna cuando se cumplen las condiciones previstas en su artículo 12.1 (considerando 46). Es más, el Tribunal, aun fuera del alcance de la cuestión, se preocupa en destacar cómo "la libertad que se da a los Estados miembros se pone de relieve más claramente en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO 2014, L 94, p. 1), a tenor del cual: «La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos»" (considerando 47).

La regla general, por tanto, -señala en el considerando 48- que es la libertad de los Estados miembros en cuanto a la elección de la modalidad de gestión que consideren más adecuada para la ejecución de obras o la prestación de servicios, libertad que, siendo amplia, al decir del Tribunal no puede considerarse ilimitada, sino condicionada, como otras materias, por «las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, como la igualdad de trato, no

discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia (véanse, por analogía, las sentencias de 9 de julio de 1987, CEI y Bellini, 27/86 a 29/86, EU:C:1987:355, apartado 15; de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, apartado 60, y de 10 de septiembre de 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, apartado 38)».

De este modo, y dentro de este margen de libertad, lo más concluyente se encuentra en el considerando 49 para la resolución del presente recurso especial y es que, más allá de lo que resulta obligado conforme al ordenamiento de la Unión, y siempre dentro del mismo, «un Estado miembro puede imponer a un poder adjudicador condiciones no previstas en el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 para que celebre una operación interna, en concreto a fin de garantizar la continuidad, una calidad óptima y la disponibilidad del servicio» (considerando 49).

Finalmente llega a las siguientes conclusiones:

- «A la vista de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión, letra a), que el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una regla nacional por la que un Estado miembro supedita la celebración de una operación interna, en particular, a la condición de que la adjudicación de un contrato público no permita garantizar la calidad de los servicios prestados, su disponibilidad o su continuidad siempre que la opción en favor de un modo de prestación de servicios en particular, y realizado en una fase anterior al de la adjudicación del contrato público, respete los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia» (considerando 50).

- Como consecuencia de ello, «las condiciones a que los Estados miembros supediten la celebración de operaciones internas deben establecerse mediante normas precisas y claras del Derecho positivo en materia de contratación pública, que deben ser suficientemente accesibles y previsibles en su aplicación a fin de evitar cualquier riesgo de arbitrariedad, lo que corresponderá comprobar, en el presente caso, al órgano jurisdiccional remitente» (considerando 57).

Una primera consideración de la que parte este Tribunal a la vista de dicha Sentencia es la libertad que reconoce al legislador nacional. La segunda consideración nos lleva a cuestionarnos de qué modo el legislador nacional español ha previsto que pueda controlarse la celebración de una operación interna, "en particular" que permita garantizar la calidad de los servicios prestados, su disponibilidad o su continuidad respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

Ello nos lleva a realizar una primera conclusión, y es que debe estimarse conforme a dicha interpretación, a sensu contrario, que la libertad se ejerce a través de la regulación propia nacional de cada Estado de los encargos. En este sentido, la garantía de ajustarse una actuación de un medio propio, siendo acorde a esos principios es la justificación que se realice de los requisitos necesarios determinados en la legislación aplicable. Las condiciones a las que alude el considerando 57 se encuentran en nuestra legislación en la regulación contenida en los artículos 86 LRJSP y 32 LCSP.

B. Sobre pronunciamientos anteriores de este Tribunal sobre esta cuestión concreta.

Debemos comenzar alegando que este Tribunal al respecto ya ha expresado su parecer sobre el régimen contemplado en el artículo 86 de la LRJSP, concluyendo que no solo es exigible para la declaración como medio propio de las entidades, sino para determinar la procedencia o no de un determinado encargo a un medio propio personificado. Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas Resoluciones (v.g Resolución 41/2019, de 19 de febrero de 2019) en las que, al respecto, nos manifestábamos en los siguientes términos:

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

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

Por su parte, el artículo 86 dispone:
"Artículo 86. Medio propio y servicio técnico.
1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.
2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:
a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.
b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.
Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.
En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M.P.».
3. A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico.".
A la vista de esta regulación resulta claro, como alega TRAGSATEC, que el cumplimiento de los requisitos contemplados en la 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 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).”

Conforme a dicho criterio, reiterado en la Resolución 84/2019, de 21 de marzo, y 95/2019, de 28 de marzo, este Tribunal, después de determinarse que, de acuerdo con la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, el régimen jurídico previsto en la Ley 40/2015 para los medios propios se aplica no solo a aquellos medios propios de ámbito estatal, sino 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, ha venido dictaminando que 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.

No obstante, este Tribunal es conocedor de que este pronunciamiento es previo a la modificación del artículo 86 de la LRJSP producido a través de la disposición final 34.2 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, por lo que habrá de abordarse si esta modificación supone cambio o no en la posición expuesta.

C. Posición del Tribunal Supremo y de distintos Tribunales Superiores de Justicia, anteriores y posteriores a la modificación del artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) a través de la disposición final 34.2 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

El criterio sostenido por este Tribunal partía de la base de que el Tribunal Supremo se había pronunciado igualmente sobre esta cuestión, concretamente en la Sentencia de 20 de septiembre de 2018, Sala de lo Contencioso, Sección 5ª, señalando:

“La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída desde la Sentencia Teckal de 1999 (as. C-107/1998) ha ido estableciendo una serie de requisitos que deben concurrir para que en la contratación pública y por aplicación de la doctrina sobre la contratación in-house la licitación no sea obligatoria, aunque el cocontratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador.

En nuestro país la nueva Ley de Contratos del Sector Público añade dos nuevos requisitos para poder acudir a la figura del medio propio, con los que se pretende acotar más esta figura: «1.º conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio; 2.º verificación por parte de la entidad pública de la que dependa el ente de que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social». El segundo requisito viene exigido ya, para el sector público estatal, por el artículo 86 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que exige acreditar que la entidad dispone «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». Con esta exigencia se trata de evitar que el ente instrumental tenga que recurrir en exceso, por carecer de los medios necesarios para llevar a cabo el encargo, a la subcontratación, pudiéndose dar por esta vía situaciones de fraude de la legislación de contratación pública, como ha puesto de relieve el Tribunal de Cuentas, al configurarse la encomendataria «como una mera entidad intermedia con cuyo concurso se habilita un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público, al sustituir un eventual contrato

administrativo (si lo hubiera celebrado directamente la Administración) por uno privado (celebrado por un ente instrumental sometido al derecho privado)».

A estos dos requisitos añade la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, para el ámbito del sector público estatal, el de justificar que recurrir al medio propio: «a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte] 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». La Ley de Régimen Jurídico del Sector Público exige por tanto motivar con una razón económica (y por ello cuantificable) o con una razón de interés general el recurrir a esta técnica. En esta necesidad de motivación del encargo se encuentra además implícita la necesaria delimitación de su objeto.

La concurrencia de una de estas razones, así como de que el medio propio dispone de medios suficientes e idóneos para efectuar las prestaciones propias de su sector de actividad, se somete por el artículo 86 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público a dos tipos de controles: a) Un control previo, en virtud del cual «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».

b) Un control permanente, dado que la ley dispone que la comprobación de la concurrencia de estos requisitos «formará parte del control de eficacia de los medios propios o servicios técnicos» que corresponde realizar, en los términos expuestos, al Ministerio del que dependan o al que se adscriban. Las entidades y organismos públicos que revistieran la condición de medio propio antes de la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público deberán a este precepto, acreditando, por tanto, el cumplimiento de estas prescripciones, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley, que tuvo lugar el 2 de octubre del 2016 (disp. adic. sexta).

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 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.

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 las 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)…».

En el mismo sentido, puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de septiembre de 2021, (Sec. 5ª, nº 3719/2021, rec. 11/2019) que, partiendo de la anterior Sentencia del Tribunal Supremo, resolvía el recurso interpuesto contra la Resolución núm. 249/2018 dictada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, de 28 de noviembre de 2018, por la que se desestimaba el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la formalización del encargo a medios propios realizado por el Ayuntamiento de Girona respecto del servicio de atención domiciliaria a favor de una entidad instrumental, y llegaba a la siguiente conclusión:

"Así, lo relevante para poder prestar un servicio de forma directa a través de un medio propio es que ofrezca una mayor eficacia en comparación con la gestión indirecta por un tercero. Además, esa posibilidad debe ser objeto de una interpretación restrictiva en tanto en cuando limita la contratación pública".

El criterio del año 2019 de este Tribunal vino igualmente sostenido previamente por la Resolución 61/2019, de 22 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en la cual se expone:

"Para concluir, resulta obligado insistir en la advertencia que realizada por el Consejo de Cuentas de Castilla y León, en su Informe de 8 de marzo de 2016, ya citado, cuando señalaba que "La encomienda de prestaciones de naturaleza contractual a medios propios y servicios técnicos creados al efecto, supone una modalidad organizativa y de actuación administrativa que excepciona los principios contractuales públicos contemplados en el artículo 1 del TRLCSP, con especial incidencia en la anulación del principio de concurrencia, y las correspondientes consecuencias que se producen sobre el mercado.
- La decisión de renunciar al mercado y acudir a otras fórmulas que implican el aumento de tamaño del sector público, y normalmente del gasto, debe fundamentarse por tanto en circunstancias suficientemente acreditadas que así lo justifiquen.
- Obviamente, dicha justificación no puede ser exclusivamente el cambio de régimen jurídico y de procedimiento aplicable a la prestación, que es indisponible para el órgano administrativo y que implica menores garantías para los intereses públicos.
- La justificación de la elección de la encomienda como modalidad de gestión, en lugar de la licitación pública, debe por tanto constar expresamente en el expediente; constancia que no puede referirse a un aspecto meramente formal o documental, con vagas referencias de los órganos gestores a la insuficiencia de medios personales o materiales no probadas, o a la necesidad de acelerar o flexibilizar el encargo por razones de urgencia no acreditada".

Cumple manifestar que dicha Resolución resultó recurrida por TRAGSA, siendo confirmada la Resolución por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 229/2021 de 2 de marzo de 2021, que expresamente dice:

"Por otro lado, la excepcionalidad del sistema del encargo a medio propio respecto de los sistemas generales de contratación pública y sus principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores y de salvaguarda de la libre competencia, libre concurrencia y de la selección de la oferta económicamente más ventajosa, exige que el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa para su aplicación debe ser objeto de una interpretación estricta y una motivación adecuada.

La interpretación que sostiene la parte recurrente haría innecesario el resto de los apartados cuatro y cinco dela disposición 24ª de la LCSP y del propio objeto social de Tragsa porque, llevándola al extremo, bastaría esta referencia para que Tragsa pudiera realizar todo tipo de actuaciones con independencia de sectores, medidas o tipo de actuación de que se trate ya que el concepto de "mejora de los servicios y recursos públicos" es tan amplio que comprendería cualquier actuación de la Administración".

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos Sec. 1ª, S 22-02-2019, nº 55/2019, rec. 130/2015), se pronuncia en iguales términos parafraseando a la Sentencia aludida del Tribunal Supremo de 2018.
Por otra parte, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sec. 5ª, S 20-05-2022, nº 1921/2022, rec. 27/2019) ha expresado que:

"Finalmente, y para dar respuesta a las cuestiones planteadas en el proceso, debemos indicar que la controversia sobre la mejor rentabilidad o eficiencia del servicio, ampliamente debatida en estos autos y examinada en la resolución del TCCSP que se impugna, debe analizarse en sede de cambio de modelo de gestión, de indirecta a directa, y no tanto en la formalización del encargo a medios propios que es la actividad impugnada en este proceso. En este punto, como se indicaba en la Sentencia de esta Sala y Sección número 3719/2021, de 17 de septiembre, la prestación del servicio por medio propio exige el requisito de que esa prestación sea más eficiente que la gestión indirecta en los términos establecidos en el art. 86 de la LRJSP (EDL 2015/167833), por lo que la Administración debe acreditar esa mayor eficacia antes de atribuir a un medio propio la gestión del servicio.

Al respecto, la falta de requisitos legales para la formalización del encargo a medio propio implica que la cuestión sobre la mayor rentabilidad o eficiencia no pueda deslindarse de la condición de SUMAR como operador de mercado, de manera que no se trata tanto de valorar si la oferta que presenta es más ventajosa que la que existía anteriormente, lo cual en el caso podría apreciarse, sino de determinar si la oferta presentada no puede ser mejorada en un proceso de concurrencia competitiva, no apareciendo de forma inequívoca en este caso que el servicio ofertado pueda ser prestado en condiciones más ventajosas que las de mercado".

Conviene señalar que si bien el párrafo tercero del artículo 86 de la LRJSP, se modificó por la disposición final 34.2 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 ha establecido que: «<u>En el supuesto de creación de un nuevo medio propio y servicio técnico deberá acompañarse la propuesta de declaración de una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior</u> y que, en este supuesto de nueva creación, deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado », debemos decir que la redacción anterior señalaba que «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», ello conlleva aclarar el momento en el que la Intervención General del Estado debe realizar dicha comprobación que será el de la creación. Sin embargo, ello no lleva a concluir que una vez verificado suponga que cualquier encargo realizado en el futuro suponga la concurrencia automática de los supuestos que legitiman la realización de un encargo, es decir:

a) Que vaya a ser una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica, o bien 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.

En este sentido, y siguiendo la línea jurisprudencial y doctrinal relacionada con anterioridad no puede afirmarse, de acuerdo con los criterios de interpretación del artículo 3.1 del Código Civil, que el motivo de la modificación no haya sido sino aclarar el momento en el que la Intervención General debe

realizar esa comprobación de la concurrencia de los dos requisitos, en un momento previo a la creación. Pero de ello, no se deriva, como parece pretenderse, que una vez que esto se verifique, en ese momento, no deba hacerse ya para cada uno de los encargos que se hagan, so pretexto de tener ya la condición de medio propio, pues ello nos llevaría a una conclusión imposible de sostener conforme al concepto de encargo, que es que, a falta de razones de urgencia o seguridad pública, declarada una entidad como medio propio, siempre y en todo momento sería más eficiente "en términos de rentabilidad económica" un encargo a un medio propio declarado, que cualquier adjudicación de una contratación pública abierta a los licitadores. De conformidad con el concepto de encargo que se encuentra en los artículos 32 LCSP y de medio propio ex art.86 LRJSP es consideración de este Tribunal manifestar que no será posible acreditar ex ante, que, desde el momento mismo de la creación de un nuevo medio propio, todo encargo a futuro será siempre más eficiente, pues ello desdibujaría conceptualmente la figura jurídico-administrativa del encargo, tal y como está regulado en la actualidad.

La prudencia en este tipo de declaraciones o soluciones, con efectos generales y con vocación de producir efectos en el futuro a modo de precedente administrativo, debe ser un factor igualmente determinante a tener en cuenta, pues ello puede dar lugar además a perpetuar la conculcación de determinadas obligaciones que deben preservar los gestores públicos, como las que derivan del artículo 7 de Ley Orgánica 2/2012 de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, el cual declara en sus apartados 2 y 3 que:

"2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público.
3. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera."

De este modo, la interpretación sistemática y teleológica de este precepto conjuntamente con el artículo 86.3 de la LRJSP no permite deducir que una gestión eficiente con relación a los encargos, y en lo que se refiere a la constatación de ser una opción más eficiente que la contratación pública pueda hacerse mediante una declaración genérica de medio propio, con independencia de conocer cuál o cuáles, será o serán las actuaciones concretas a desarrollar mediante esta figura jurídica.

Por ello, y a modo de conclusión para cumplir los requisitos materiales previstos en la LCSP para poder ser medio propio, además de acreditar de forma inexcusable la existencia de «medios suficientes e idóneos» para la realización de las prestaciones encomendadas en el sector de actividad que se corresponde con el objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación (art. 86 LRJSP), deberá, además, justificar que resulta más eficiente, sostenible y eficaz, con aplicación de criterios de rentabilidad económica, que la contratación pública, o bien que resulta necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio (art. 86.2 LRJSP). De este modo todo ello se somete a un doble control. Un control de carácter previo, de manera que a la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el art. 86.2 LRJSP, y deberá ser informada ahora solo en el supuesto de creación de un nuevo medio propio por la Intervención General de la Administración del Estado (art. 86.3 LRJSP tras su modificación por Ley 11/2020, de 30 de diciembre). Y de otra, un control permanente, puesto que la comprobación de la concurrencia de los requisitos más atrás señalados formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos. Todo ello por exigencia de nuestro legislador en virtud del art. 86 LRJSP,

determinado por las Disposiciones finales 4.ª y 1ª, las cuales devienen básicas y aplicables a todas las Administraciones públicas, a todo el sector público.

D. Sobre el alcance de los dictámenes alegados por una de las partes.

Interesa TRAGSA en aras a defender su posición en el trámite de alegaciones el criterio jurídico sostenido en el dictamen denominado "A.G. ENTES PÚBLICOS 52/21 (R-361/2021)", de 7 de mayo de 2021, de la Abogacía General del Estado. Debe ponerse de manifiesto, en primer lugar, que el mismo se emite con ocasión de abordar los reparos efectuados por la Abogacía del Estado en Madrid (informes n.º AE 159/2021 y nº AE 161/2021) a propuestas de encargos a TRAGSATEC.

Al respecto, y a modo de encuadramiento del ámbito en el que se produce el pronunciamiento, se ha de mencionar que dicho informe emanaría como consecuencia de opiniones discrepantes dentro de la propia Abogacía del Estado, por entender que "no se justifica suficientemente los motivos por los que se opta por la figura excepcional del encargo al medio propio en lugar de contratar la asistencia técnica en el mercado, y cuáles son las razones para concluir que el encargo es económicamente más ventajoso". Es decir, parte de otros criterios interpretativos dentro de la propia Abogacía del Estado en un sentido contrario al que finalmente resuelve la discrepancia. La cuestión quedaría resuelta como consecuencia de la aplicación del principio de jerarquía dentro de la organización administrativa, es decir, queda resuelta por un órgano jerárquico superior del que depende la Abogacía del Estado de Madrid. Ello se menciona en cuanto a los efectos que dicho criterio pueda tener ad extra, pues el hecho de que en el seno interno de la Abogacía General del Estado dicha cuestión pueda haber quedado dilucidada, no supone que sus efectos, los del Dictamen, trasciendan de su propio ámbito particular, es decir, aparte del examen del propio criterio, debemos abordar, dado que así se alega, cuál es el alcance verdadero de dicho Dictamen invocado por TRAGSA en este procedimiento del recurso especial.

En cuanto al criterio sostenido por TRAGSA (fundado en dicho Dictamen), este Tribunal, valorando la consistencia de sus argumentos y el ámbito del que emana dicho Dictamen, considera que el mismo no llega a rebatir las argumentaciones que hemos abordado en la anterior consideración, las cuales damos por reproducidas, bastando decir, a modo de resumen, que la modificación operada del artículo 86.3 de la LRJSP solo conlleva aclarar el momento en el que la Intervención General del Estado debe intervenir preceptivamente y realizar dicha verificación, que será en el momento de la creación. Sin embargo, ello no lleva a concluir, que en la configuración de los encargos a medios propios y en cuanto al control de los requisitos de los mismos, la simple alusión a la verificación por la Intervención General del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32, suponga que no haya de justificarse que cuando se realiza un encargo no haya de adverarse por el órgano competente y justificarse que cada encargo reúne esta naturaleza conforme a su conceptuación en los artículos 32 LCSP y 86 LRJSP (sobre todo el apartado 2). Lo contrario sería permitir que una vez verificada la condición de medio propio cualquier encargo realizado por el poder adjudicador en el futuro suponga la concurrencia automática de los supuestos que legitiman la realización de un encargo con independencia de la actuación, alcance, tiempo, condiciones, contexto económico interno del medio propio, o contexto económico externo, etc., en las que se produzca el encargo. Además, interesa resaltar que no se atisba en dicho Dictamen crítica alguna a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2018 citada, de tal modo que podamos advertir un argumento que permita apartarnos del criterio ya adoptado por el Alto Tribunal. Es decir, ni queda rebatido ni explicado en qué modo altera la regulación actual del 86.3 LRJSP la conceptuación del encargo, tal y como lo aborda la Sentencia de 2018 anteriormente abordada. Tampoco cómo afecta conceptualmente el nuevo apartado 3 del art. 86 de la LRJSP al concepto de encargo del art. 32 de la LCSP. Consideramos que estimar que la nueva redacción del artículo 86.3 LRSP suponga la eliminación del control de los requisitos que ha de cumplir cada encargo no puede deducirse, ni siquiera del contexto de la modificación de la norma (cuyo preámbulo omite cualquier referencia a dicho modificación).

De este modo, cumple señalar además que la modificación operada en el artículo 86.3 de la LRJSP estaba ya vigente cuando se ha procedido a la resolución de determinados recursos por los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla León y Cataluña, reafirmándose estos Tribunales en la tesis anteriormente mantenida por este Tribunal Administrativo. Además, como decimos, no ha supuesto en dichos fallos una reconsideración del concepto del encargo y de las condiciones de su desenvolvimiento, encargo a encargo. Nada obsta por tanto a que, conforme a la legislación vigente, exista una obligación de verificación por la Intervención General del Estado de la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 86 de la LCSP al momento de creación del medio propio, y que igualmente exista la constatación conforme a la legislación básica del art. 86 LRJSP de manera individualizada de la eficiencia "en términos de rentabilidad económica" (cuando el encargo se realice por ese motivo), para cada uno de los encargos que se haga a quien tiene ya la condición de medio propio.

Por otro lado, y dado que lo pone en valor la propia TRAGSA en sus alegaciones al recurso especial, y partiendo de las consideraciones que ya se han realizado sobre el fondo del asunto, debe concretarse el valor de dicho Dictamen en sí en el presente procedimiento. Es decir, TRAGSA no se limita a defender la solidez de dicha argumentación, sino que viene a reproducir las consideraciones del informe de la Abogacía General del Estado. Es decir, no solo por el criterio jurídico de sus postulados, sino también por el órgano del que emana el Dictamen, de tal modo que pudiere parecer que han de ser tenidos en cuenta por los efectos que el mismo pudiere tener.

Al respecto, partiendo de la hipótesis de que esta hubiera sido la intención de TRAGSA en sus alegaciones, este Tribunal considera que, sin perjuicio del criterio que emana de un órgano administrativo del que se predica su excelencia, se ha de recordar, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional entre otras, sentencias 172/1994, 222/1994 y 230/1998 en las que se declara "que el principio « iura novit curia » excusa al órgano jurisdiccional de ajustarse a los razonamientos jurídicos aducidos por las partes siempre que no se altere la «causa petendi», ni se sustituya el «thema decidendi», pues ha de pronunciarse sobre lo solicitado motivando debidamente su decisión, lo que no supone que la motivación jurídica de la sentencia deba replicar a cada uno de los argumentos aducidos ni sea exigible que responda exhaustivamente a todas las alegaciones realizadas por los litigantes, ya que la congruencia requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación, pero no de los argumentos jurídicos que no integran la pretensión, ni constituyen, en rigor, cuestiones, sino el discurso lógico-jurídico de las partes".

A mayor abundamiento, a efectos de dejar zanjada la hipótesis de pretender que dicho dictamen pudiera, por otra parte, haber sido aportado como pericial, por los intensos conocimientos que pudieran desprenderse del mismo, por la materia tan específica a la que se refiere, es decir, el estudio de las circunstancias de los encargos con relación a los medios propios, debemos abordar cierta jurisprudencia que determina el valor concreto de este tipo de informes en procedimientos judiciales (procedimiento cuasi jurisdiccional en nuestro caso). En este sentido, es de especial interés abordar la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 2022, (sec. 4.ª, n.º 202/2022, rec. 5631/2019), la cual aborda la naturaleza y el valor probatorio de los informes o dictámenes de la Administración que figuren, ya sea en el expediente administrativo o bien que hayan sido aportados en sede judicial como pericial, y que sean elaborados por funcionarios o técnicos de la Administración. Se pronuncia en concreto sobre si éstos deben ser tenidos como informes de parte y ser valorados como tales o, si por el contrario al proceder de funcionarios de los que se presume objetividad tienen un plus de fuerza probatoria frente a los informes de parte.

La cuestión casacional que resuelve dicha Sentencia es precisamente la "naturaleza y valor probatorio de los informes de la Administración obrantes en el expediente administrativo más los aportados en sede judicial como pericial, todos elaborados por funcionarios o técnicos de la Administración, y, en particular, si deben ser tenidos como informes de parte y ser valorados como

tales o, si por el hecho de proceder de funcionarios de los que se presume objetividad tienen un plus de fuerza probatoria frente a los informes de parte".

Partiendo de que el procedimiento del recurso especial, no deja de ser un procedimiento administrativo consideramos aplicable la Sentencia cuando esta señala que: «en el Derecho Administrativo no hay normas específicas sobre los medios de prueba, ni sobre su valoración. Así, en el art. 77 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas se dice que «los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil». Y con respecto a la prueba en el proceso, el art. 60 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contiene reglas sobre el momento y el modo de pedir el recibimiento a prueba, e incluso sobre algunos aspectos de su práctica; pero sobre los medios de prueba y su valoración se limita a remitirse a la Ley de Enjuiciamiento Civil. El apartado cuarto del citado art. 60, en efecto, dispone que «la prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil».

De este modo en el presente recurso especial para determinar la naturaleza y la fuerza probatoria de los informes y dictámenes emanados por la Administración se debe estar a la legislación procesal civil, de tal modo que los informes y dictámenes serán subsumibles, señala la Sentencia, en el medio de prueba, oficialmente, denominado «dictamen de peritos» siempre y cuando ostenten las características que recoge el art. 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, siempre que «sean necesarios conocimientos (…) técnicos (…) para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos» y que las personas llamadas como peritos «posean los conocimientos correspondientes».

A continuación, precisa que los informes periciales, vengan de donde vengan, han de ser valorados bajo la sana crítica:

"Tampoco es dudoso que, en el ámbito del Derecho Administrativo, tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional, los dictámenes periciales deben valorarse tal como ordena el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, «según las reglas de la sana crítica".

Continúa señalando, una primera consideración que condiciona la imparcialidad del dictamen, y es que en esos dictámenes habrá de tenerse especialmente en cuenta para valorar conforme a la sana crítica que "no es lo mismo que un informe o dictamen emanado de la Administración se haga valer como medio de prueba en un litigio entre terceros o en un litigio en que esa misma Administración es parte. En este último supuesto, no tiene sentido decir que el informe o dictamen goza de imparcialidad y, por ello, merece un plus de credibilidad: quien es parte no es imparcial. Además, cuando esto ocurre, el dato es relevante, pues exige no eludir la proveniencia puramente administrativa del informe o dictamen, examinando hasta qué punto ello ha podido influir en las conclusiones periciales".

La segunda consideración a tener en cuenta es la dependencia entre el informante y el órgano informado, de este modo señala que "no todos los expertos al servicio de la Administración se encuentran en una misma situación de dependencia con respecto al órgano administrativo llamado a decidir. Por mucha que sea la capacitación técnica o científica de la concreta persona, no es lo mismo un funcionario inserto en la estructura jerárquica de la Administración activa que alguien que -aun habiendo sido designado para el cargo por una autoridad administrativa- trabaja en entidades u organismos dotados de cierta autonomía con respecto a la Administración activa".

Por último, señala que los informes no se someten al proceso con carácter pericial y se ven privados de aclaraciones. Así expresa "ello ocurre destacadamente cuando las partes no tienen ocasión de pedir explicaciones o aclaraciones (arts. 346 y 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 60 de la Ley de la

Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Dichos informes no tendrán más valor que el que tengan como documentos administrativos, y como tales habrán de ser valorados".

Por lo tanto, concluye, que en estos casos el valor de dichos dictámenes dependerá únicamente de la "solidez" del mismo, no pudiéndose "otorgar implícitamente el carácter de prueba tasada o legal a los dictámenes e informes provenientes de la Administración".

Al respecto se puede observar que tanto la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, (entidad de Derecho Público adscrita al Ministerio de Hacienda y Función Pública) y la Administración General del Estado ostentan la mayoría de la participación de TRAGSA. En este sentido, cumple mencionar que la Abogacía General del Estado (Dirección del Servicio Jurídico del Estado) es el órgano directivo de los servicios de asistencia jurídica al Estado y otras instituciones públicas, con las competencias y funciones contempladas en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y en el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, y en concreto el asesoramiento jurídico, la representación y defensa en juicio, ante cualesquiera jurisdicciones y órdenes jurisdiccionales a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos, así como el de los demás organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal. De este modo es reciente la publicación en el Boletín Oficial del Estado, de la Resolución de 30 de junio de 2022, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio de asistencia jurídica entre la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado y la Empresa de Transformación Agraria, SA, S.M.E., M.P. (TRAGSA). A modo de conclusión de esta consideración realizada a mayor abundamiento, estaríamos en su caso, (en el supuesto que citar al citado Dictamen como prueba pericial por los específicos conocimientos técnicos en materia de medios propios) ante el supuesto previsto en la jurisprudencia citada, no pudiendo tener mayor alcance que el de informe aportado de parte, en este supuesto concreto, si es que, como decimos, ésta hubiera sido su finalidad.

Por último, cumple añadir, también a mayor abundamiento, (dado que no resulta de aplicación a este caso), una consideración de los requisitos de cada encargo que ha sido desarrollada en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía recientemente en una nueva regulación del artículo 53 bis de la Ley 9/2007, de 9 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA). No resulta de aplicación al caso concreto, pues el encargo se predica de una Diputación Provincial que no se encuentra dentro del ámbito subjetivo de dicha Ley. Sin embargo, por la analogía de los preceptos, y por la reciente modificación operada resulta de interés realizar la siguiente consideración.

La modificación se ha operado en virtud de lo dispuesto en la disposición final 2.2 de la Ley 3/2020, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021, dedicado a los "Encargos de los poderes adjudicadores y no adjudicadores a medios propios personificados". En este sentido, si comparamos la redacción del artículo 86 de la LRJSP, dedicado al "Medio propio y servicio técnico" con el artículo 53.bis de la LAJA, dedicado a los "Encargos de los poderes adjudicadores y no adjudicadores a medios propios personificados", podemos apreciar que la redacción de dichos artículos es prácticamente idéntica. Cumple mencionar al respecto que conforme a la Disposición Final Decimocuarta de la LRJSP el artículo 86 tiene carácter básico, y que el artículo 53 bis de la LAJA vendría a aportar una mayor seguridad jurídica a los encargos que se realicen. Este precepto viene a establecer en el apartado 5 que el encargo "se regirá en su otorgamiento y ejecución por lo dispuesto en la resolución que la establezca, sometiéndose en todo caso a las siguientes condiciones y trámites:
a) Se formalizará mediante resolución dictada por la persona competente de la entidad ordenante, que deberá incluir, además de los antecedentes que procedan, la determinación de las actuaciones a realizar, la forma y condiciones de realización de los trabajos, su plazo de ejecución, su importe, la partida presupuestaria a la que, en su caso, se imputa el gasto, así como sus anualidades y los importes de cada una de ellas, la persona designada para dirigir la actuación a realizar y, finalmente, los compromisos y obligaciones que deberá asumir la entidad que reciba el encargo, justificándose,

en todo caso, la necesidad o conveniencia de realización de los trabajos a través de esta figura, mediante la acreditación de alguna de las circunstancias indicadas en los párrafos a) y b) del apartado 2 de este artículo.

Dos conclusiones cumple realizar al respecto, en primer lugar, que dicha modificación operada en la Ley autonómica supone sin lugar a dudas que, en el ámbito de la Junta de Andalucía, el requisito establecido en la letra a) del apartado 5 del artículo 53. bis de la LAJA es de aplicación a los encargos que se realicen a todo medio propio, incluido a TRAGSA y su filial TRAGSATEC, es decir, resulta de aplicación a todo acuerdo de encargo con independencia de cuál sea el medio propio. En segundo lugar, que teniendo en cuenta su aplicación a TRAGSA y a su filial TRAGSATEC dicha regulación legal, (que complementa la regulación con un procedimiento y trámites concretos, que suponen como debe adverarse la acreditación de los requisitos para formalizar cada encargo), no ha sido puesta en entredicho hasta la fecha.

Procede, por lo expuesto, y a la vista de los argumentos esgrimidos la estimación del motivo del recurso, en el sentido de que el encargo, en lo que a esta cuestión se refiere debería contener en su expediente una adveración de los requisitos del artículo 86 LRJSP y 32 LCSP en los términos examinados."

Idéntica suerte ha de correr el motivo de impugnación planteado en el presente recurso.

NOVENO. Fondo del asunto: sobre la ilegalidad de las tarifas a percibir por TRAGSA.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

FCC esgrime que la fijación del precio del servicio que figura en la cláusula segunda del convenio a través del cual se ha formalizado el encargo no atiende al coste efectivo del mismo, como dispone el apartado siete de la DA 24ª de la LCSP, exponiendo que no consta en el expediente que ese importe se corresponda con el precio efectivo ni que se hayan aprobado las tarifas correspondientes conforme al procedimiento reglamentariamente establecido en el artículo 6 del Real Decreto 69/2019.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del órgano rebate la alegación calificándola de incorrecta limitándose a indicar que el anexo II del convenio recoge un estudio pormenorizado de costes del servicio, realizado conforme a las tarifas establecidas por TRAGSA, que ha sido consensuado con el medio propio y del que resulta el precio del servicio fijado en la cláusula segunda.

3. Alegaciones de TRAGSA.

En su escrito expone de manera somera el régimen económico previsto en el apartado 7º de la DA 24ª de la LCSP, y en los artículo 7.1 y 8 del Real Decreto 69/2019, y defiende que en el convenio cuestionado, como en todas las actuaciones realizadas por TRAGSA, la compensación a recibir por ésta ha sido calculada conforme a su sistema de tarifas, lo que resulta patente de la lectura de los artículos 34, 36 y 37 del Anexo I (Memoria técnica) . Con fundamento en lo anterior, concluye que TRAGSA va a recibir la cantidad total que corresponda a las unidades ejecutadas y su valoración conforme a su sistema de tarifas, que responden a los costes reales totales en los que incurra, e insiste en que las tarifas no son fijadas unilateralmente por TRAGSA, sino por una Comisión independiente que fija las mismas en atención a los costes reales del medio propio.

4. Consideraciones del Tribunal.

El objeto de controversia se centra en la falta de concreción y justificación del importe de las tarifas, al considerar FCC que el convenio publicado no sustenta, ni en su clausulado, ni en la documentación anexa información que permita acreditar que la tarifa fijada en la cláusula segunda se corresponde con el coste efectivo de la actividad ejecutada.

Frente a ello, tanto el órgano de contratación como TRAGSA solicitan la desestimación del motivo de impugnación alegando que el anexo II del convenio (Memoria económica) recoge un estudio pormenorizado de los costes del servicio, realizado conforme a las tarifas establecidas por TRAGSA, que ha sido consensuado con el medio propio, y conforme a un sistema de tarifas que no son fijadas unilateralmente por TRAGSA, sino por una Comisión independiente que las fija en atención a los costes reales del medio propio.

Sobre la cuestión controvertida este Tribunal en la Resolución 500/2022, de 21 de octubre, se ha pronunciado en los siguientes términos:

> *«Con relación al régimen económico de la entidad TRAGSA y sus tarifas, interesa traer a colación, en primer lugar, el contenido del apartado séptimo de la DA 24ª de la LCSP que establece lo siguiente:*
>
> *"7. El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por TRAGSA y por su filial TRAGSATEC se determinará aplicando a las unidades directamente ejecutadas por el medio propio las tarifas correspondientes 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.*
>
> *Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados directamente por el medio propio*
>
> *La elaboración y aprobación de las tarifas se realizará por las Administraciones de las que el grupo es medio propio personificado, con arreglo al procedimiento establecido reglamentariamente ."*
>
> *Por su parte, los artículos 6 y 7 del Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero establecen, por un lado el régimen económico y por otro, las tarifas, respectivamente. Por lo que aquí nos interesa, el primero de estos preceptos establece:*
>
> *"1. TRAGSA y su filial TRAGSATEC percibirán por la realización de las obras, trabajos, asistencias técnicas, consultorías, suministros y prestación de servicios que les encarguen las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente real decreto, las siguientes compensaciones:*
>
> *a) El importe del presupuesto elaborado de acuerdo con el procedimiento que se señala en los apartados 2, 3, 4 y 5 del presente artículo, en el caso de las unidades o componentes de las mismas directamente ejecutadas por TRAGSA Y TRAGSATEC, lo que servirá de justificante del importe de los costes reales totales de la actuación de que se trate, no siendo necesario aportar ningún otro.*

b) El importe satisfecho por TRAGSA y TRAGSATEC, ajustado en los términos que se señalan en los artículos 14.4 y 14.5 del presente real decreto, en el caso de las unidades o partes de las mismas ejecutadas por empresarios particulares mediante subcontratación

2. El presupuesto de ejecución material de las actuaciones encargadas a TRAGSA o a su filial TRAGSATEC, será el agregado de las siguientes magnitudes:
a) El importe que representen los costes directos totales calculados mediante la aplicación a las unidades de ejecución de las respectivas tarifas fijadas conforme el artículo siguiente, excluidos los costes indirectos y los gastos generales.
b) El importe resultante de aplicar sucesivamente a los costes directos totales el porcentaje que representen los costes indirectos y los gastos generales.
3. El presupuesto de ejecución por Administración será el resultado de incrementar el presupuesto de ejecución material por la aplicación del porcentaje que represente el IVA o equivalente, así como las tasas y los impuestos que la sociedad estuviere obligada a satisfacer por dicha actuación.

4. Cuando determinadas unidades no tengan aprobada una tarifa fijada conforme el artículo siguiente, su coste podrá valorarse a partir del correspondiente al de los elementos que integren otras unidades con tarifa aprobada y que también formen parte de la unidad de que se trate. En el supuesto de que tampoco pudiera aplicarse el procedimiento descrito anteriormente, su coste será el que figure en el presupuesto aprobado por la Administración, siendo los costes así determinados válidos solamente para la actuación concreta a que se refiera el encargo, en concepto de precios de usuario

5. En todos los casos, cuando el objeto del encargo, a tenor de lo que se establece en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea considerado prestación de servicios y en consecuencia este impuesto o su equivalente no resulten deducibles, los precios simples de las tarifas se incrementarán con los coeficientes para la actualización de dichos precios que estén vigentes a la formalización del encargo, aprobados por Acuerdo de la Comisión para la Determinación de Tarifas. Estos coeficientes también serán de aplicación a las unidades valoradas mediante precios de usuario específicos por no disponer de tarifa aprobada".

El apartado uno del artículo siete prevé que "Las tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales totales, tanto directos como indirectos, y gastos generales".

El anexo II del convenio (Memoria económica) obrante en las páginas 324 y ss del expediente administrativo, al referirse a las tarifas aplicables y sujeción al IVA, el apartado 1.2 establece que la tarifa a aplicar en el presente supuesto es la tarifa TRAGSA 2022 no sujeta a IVA, publicada por Resolución de 6 de abril de 2022, de la Subsecretaría de Hacienda (B.O.E. de 11 de abril de 2022), que establece un Coeficiente de Recuperación de Impuestos (CAPS) del 1,0852%.

Por lo que respecta a los costes del servicio, el apartado 1.6 contempla la siguiente previsión:

"Los Consorcios de Residuos necesitan conocer el coste real de las operaciones necesarias para llevar a cabo el Servicio de Tratamiento de Residuos de la Planta de Compostaje y Recuperación de Gádor, para ello, TRAGSA elaborará una contabilidad con dichos costes, hasta el nivel de Coste Directo sin el CAPS, que estará a disposición de los Consorcios de Residuos de forma que puedan utilizarlo en futuras licitaciones del Servicio.

Para la elaboración de dicha contabilidad, TRAGSA presentará cada uno de los justificantes de los gastos en que incurra, tanto si están incluidos en el presupuesto del encargo, como si corresponden a otras operaciones que previamente hayan sido aprobadas por el Director Técnico de la actuación".

Por su parte, en la referida memoria económica se establece, tras efectuar el desglose del presupuesto por capítulos y partidas, un resumen general de aquel y de los costes del servicio con el siguiente detalle:

«RESUMEN GENERAL DEL PRESUPUESTO
CAP. RESUMEN IMPORTE

1 PLANTA TRANSFERENCIA EL EJIDO 1.101.653,97
2 PLANTA DE TRANSFERENCIA ROQUETAS-VICAR 855.372,79
3 PLANTA DE TRANSFERENCIA DE ABLA - LAS TRES VILLAS 29.982,47
4 PLANTA DE TRANSFERENCIA FUENTE VICTORIA - FONDÓN 31.900,71
7 PLANTA DE TRANSFERENCIA DE TABERNAS 23.871,71
8 PLANTA DE TRANSFERENCIA DE SORBAS 20.151,36
9 PLANTA DE TRANSFERENCIA DE NIJAR 122.834,69
10 TRANSPORTE DE RESIDUOS PLANTAS TRANSFERENCIA SECTOR II 335.971,59
11 PLANTA DE RECUPERACIÓN Y COMPOSTAJE DE GÁDOR 4.397.219,04
Costes Directos Totales 6.918.958,33
7,50 % Costes Indirectos s/6.918.958,33 518.921,87
6,25 % Gastos Generales s/7.437.880,20 464.867,51
Total Presupuesto de Ejecución Material 7.902.747,71
Total Presupuesto de Ejecución por Administración 7.902.747,71
Asciende el presupuesto de Ejecución por Administración a la expresada cantidad de SIETE MILLONES

NOVECIENTOS DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS con SETENTA Y UN CÉNTIMOS»

Con relación a la falta de justificación de la cuantificación de las tarifas que es propiamente el objeto de impugnación, hemos de tener en consideración la Resolución de 6 de abril de 2022, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión para la determinación de tarifas de TRAGSA , por el que se actualizan las tarifas 2019 aplicables a las actuaciones a realizar por la misma y por TRAGSATEC para aquellas entidades respecto de las cuales tenga la consideración de medio propio personificado y servicio técnico en los términos previstos en la disposición adicional vigésimo cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y se revisan los coeficientes para la actualización de los precios simples en actuaciones no sujetas a impuestos (BOE núm. 86 de 11 de abril de 2022).

En el citado Acuerdo se menciona los artículos 6, 7, 8 y 9 del Real Decreto 69/2019 y el régimen económico de actuación de TRAGSA y su filial TRAGSATEC, así como el mecanismo de modificación del sistema de tarifas, que son fijadas, tal y como sostiene el órgano de contratación en su informe, por una Comisión con las funciones de elaboración de nuevas tarifas, modificación de las existentes y determinación de los procedimientos, mecanismos y fórmulas aplicables que deban tenerse en cuenta para su revisión, así como de aprobación de las mismas. Dicha Comisión aprobó, en el referido Acuerdo, la actualización de las tarifas 2019 tanto de los precios simples como de los porcentajes de costes indirectos y de gastos generales, con el resultado publicado en el BOE.

Expuesto lo anterior, no puede darse la razón a la asociación recurrente que se limita a denunciar la falta de justificación de la cuantificación de las tarifas. En este sentido, ha de convenirse con el órgano de contratación y con TRAGSA que el anexo II de la memoria económica contempla un presupuesto detallado del coste del servicio y del importe del presupuesto de ejecución conforme a las magnitudes que se señalan en los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 6 del Real Decreto 69/2019.

Procede, por ello, la desestimación del motivo».

El motivo, por tanto, no puede prosperar, debiendo desestimarse.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la entidad **FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.** contra la formalización de encargo por la Diputación Provincial de Almería al medio propio Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P. (TRAGSA) del «Servicio de tratamiento de residuos domésticos en la Planta de Recuperación y Compostaje de Residuos Sólidos Urbanos de Gádor, desde el 1 de octubre de 2022 y hasta la adjudicación del contrato para la construcción de la nueva planta y de prestación del servicio de explotación de la misma» (Expte 2022/D31100/710-095/00004), tramitado por la Diputación Provincial de Almería, por los motivos recogidos en los Fundamento de Derecho Sexto, Séptimo y Octavo de la presente resolución, lo que determina la anulación del en cargo formalizado.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión adoptada.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE 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.