

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 8 de julio de 2021

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO), contra la formalización por parte de la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas de la Comunidad de Madrid del encargo a la Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E, M.P. (TRAGSA), para la prestación del servicio de “Prevención y apoyo a la extinción de incendios forestales e inclemencia invernales de la Comunidad de Madrid, cofinanciable con el Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural (FEAD ER)” para los años 2022 a 2025, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 13 de mayo de 2021, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el Encargo a la Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E, M.P. (en lo sucesivo, TRAGSA) para el servicio de “Prevención y apoyo a la extinción de incendios forestales e inclemencia invernales de la Comunidad de Madrid, cofinanciable con el Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural (FEADER)”

La realización del encargo conlleva un gasto total de 107.066.036,90 euros y plazo de ejecución de 47 meses.

**Segundo.-** El 3 de junio de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ASEMFO contra el encargo realizado a la empresa TRAGSA.

**Tercero.-** El 10 de junio del 2021, el órgano de contratación remitió al expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (en adelante LCSP).

**Cuarto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la empresa TRAGSA, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 21 de junio de 2021, la adjudicataria presenta escrito de alegaciones, oponiéndose a la estimación del recurso, en los términos a los que se hará referencia en el Fundamento de Derecho Sexto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la formalización del encargo fue publicada el 13 de mayo de 2021, interponiéndose el recurso el día 3 de junio de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la formalización de un encargo a medios propios. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44. 2.e) de la LCSP.

**Quinto.-** Solicita la recurrente la práctica de prueba. A tal efecto señala los puntos de hecho sobre los que ha de versar la prueba solicitada, que son los alegados en el cuerpo del presente recurso y, en particular, los siguientes:

1º.- Información y datos sobre las dificultades de gestión del operativo que constituye el objeto de los servicios encargados.

2º.- Información y datos económicos comparativos sobre la secuencia histórica de contratos administrativos licitados con anterioridad en relación con el encargo formalizado.

3º.- Información y datos sobre los procedimientos de licitación pública convocados entre 2012 y 2017, y en particular sobre los siguientes extremos:

- a. Número de licitaciones convocadas e identificación de cada una de ellas.
- b. Concurrencia de empresas ofertantes en todas y cada una de las licitaciones convocadas.
- c. Incidencias o dificultades suscitadas en relación con el cumplimiento los requisitos de solvencia por parte de las empresas del sector.
- d. Reclamaciones y denuncias a que se alude en el Anexo de Condiciones del encargo formalizado.

En la medida en que la prueba tiene por objeto permitir al Tribunal formarse un juicio fundado sobre cuestiones relevantes para la emisión de la resolución, y que el Tribunal considera que los datos solicitados por la recurrente no resultan imprescindibles a tal fin, se deniega la práctica de la prueba solicitada que obligaría, además, a la Administración contratante a efectuar una labor de reelaboración de la que le dispensa la normativa de transparencia aplicable.

**Sexto.-** El recurso se articula sobre los siguientes motivos:

- 1- La falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público para realizar un encargo por un poder adjudicado en favor de un medio propio de la Administración.
- 2- El carácter excepcional del régimen de encargo a un medio propio personificado de la Administración frente al sistema general de contratación pública.

6.1.- Respecto al segundo motivo del recurso, que por razones sistemáticas se analiza en primer lugar, lo fundamenta en el carácter excepcional del sistema de encargo a un medio propio personificado de la Administración.

Señala que el encargo a medios propios personificados es objeto de tratamiento y regulación en la Ley de Contratos del Sector Público por su cercanía con la figura contractual en algunos aspectos, pero no es un contrato público, entre otras cosas porque carece de uno de los requisitos esenciales de cualquier contrato, al faltar en su seno el acuerdo de voluntades que es característico de esta figura. Ello presupone que el encargo a medio propio constituye una verdadera excepción a la calificación de un negocio jurídico como contrato público. Ello exige que el cumplimiento de los requisitos establecidos en la regulación específica para su

aplicación (esto es, las disposiciones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que regulan la materia (en concreto, los artículos 32 y 33, dependiendo del tipo de encargo), así como también de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que tratan la cuestión (artículo 86), deba ser objeto de una interpretación estricta y una motivación adecuada, tal como ha señalado la doctrina jurisprudencial. A su juicio, el acuerdo de formalización del encargo a medio propio adolece de una patente falta de motivación adecuada, pues ni los términos del mencionado, ni las condiciones insertas en el Anexo de Condiciones que se acompaña, exteriorizan las razones que supuestamente sirven de justificación o fundamento de la decisión jurídica que encierra dicho acuerdo.

Por su parte TRAGSA alega 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, apelando a los artículos 31 y 32 de la LCSP.

Vistas las alegaciones de las partes, procede considerar el presente motivo como preliminar, que debe ponerse en relación con el siguiente motivo del recurso que pretenden desacreditar la justificación que debe realizar el órgano de contratación del encargo en cuestión.

Antes de entrar a analizar pormenorizadamente cada uno de los motivos, resulta conveniente analizar la naturaleza jurídica de los encargos a medios propios dentro de la normativa vigente y la doctrina.

A este respecto la resolución 75/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

*“La figura de los encargos a medios propios es una técnica auto-organizativa de cooperación vertical que se regula en el artículo 4.1 n) y 24.6 TRLCSP, y que tiene origen y fundamento europeo. La Directiva 2014/24, en relación a la técnica*

*auto-organizativa de in house providing viene a positivizar la doctrina del Tribunal de Justicia, recogiendo en el apartado 1 del artículo 12 (relaciones entre poderes públicos) los requisitos de la sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999, Teckal (en especial, los considerandos 5, 31 y 34 de la Directiva recuerdan el carácter excepcional de esta opción). Esta técnica auto-organizativa justifica la no aplicación de la normativa contractual al existir una relación jurídico-administrativa cuando concurren unos requisitos: «1.- Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes: a).que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; b).- que al menos el 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador; c).que no exista participación privada en la persona jurídica controlada...»”. (...)*

Por lo tanto, la naturaleza de los encargos del artículo 32 de la LCSP se configura como una técnica auto-organizativa de cooperación vertical, a la que no resulta de aplicación la normativa contractual.

De acuerdo con el artículo 44.2 e) de la LCSP son susceptibles de recurso especial la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

Por su parte, el artículo 40 c) al referirse a las causas de anulabilidad señala: *“Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio”.*

De esta manera, como señala la Resolución 84/2019 del TARC de Andalucía, la función de este Tribunal se ha de limitar a revisar la formalización de los encargos a medios propios desde el punto de vista de su adecuación al ordenamiento jurídico, sin que pueda entrar a conocer de aquellas cuestiones de oportunidad que entrarían dentro del ámbito de libertad de configuración del órgano que realiza el encargo, como es la de optar por la realización del encargo en vez de acudir a una licitación pública, correspondiendo, en consecuencia, a este Tribunal, comprobar únicamente si se cumplen los requisitos que establece el ordenamiento jurídico para poder realizar los encargos sobre la base de los motivos de impugnación que fundamentan el recurso.

A este respecto, hay que señalar que la recurrente no está poniendo en cuestión el cumplimiento de las exigencias legales previstas en el artículo 32 de la LCSP para la consideración de TRAGSA como medio propio personificado, cuestionando únicamente el incumplimiento de los requisitos legales específicos para este encargo concreto, circunstancia que debe analizarse en el siguiente motivo del recurso, dado que la supuesta excepcionalidad no constituye un vicio en sí misma, sino que debe contemplarse en base al cumplimiento de los requisitos legales establecidos para los encargos a medios propios.

6.2.- A este respecto, la recurrente alega que conforme a lo dispuesto en los artículos 32 de la LCSP y 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público no se han cumplido los requisitos legalmente establecidos para que la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas de la Comunidad de Madrid en su condición de poder adjudicador pueda organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de un contrato de servicios (como serían los servicios de prevención y apoyo a la extinción de incendios forestales e inclemencias invernales), a cambio de una compensación tarifaria, a través de una persona jurídica distinta que tenga la consideración de medio propio personificado (como es la empresa TRAGSA), en su condición de medio propio personificado de la Administración Pública.

El incumplimiento de los requisitos legales los fundamenta en las siguientes razones:

a) Se ha producido un cambio del modelo de gestión operativa de los servicios de prevención y extinción de incendios forestales e inclemencias invernales, sin concurrir causas técnicas, organizativas y económicas que lo justifiquen.

A este respecto, señala que el encargo formalizado supone un cambio de modelo de gestión operativa de tales servicios, y un cambio además de indudable trascendencia desde la perspectiva de la libre competencia en el mercado, en la medida en que un sector en el que los servicios de prevención y apoyo a la extinción de incendios forestales e inclemencias invernales se venían prestando por la Administración de la Comunidad Autónoma, en parte por medio de la estructura y recursos de la propia Administración, y en parte en régimen de gestión indirecta, en colaboración con la iniciativa privada empresarial a través de contratos públicos de servicios adjudicados en régimen de licitación pública, se sustrae a ese régimen de apertura y libre competencia mediante el sometimiento a un régimen de encargo a medio propio personificado como es la sociedad mercantil estatal TRAGSA.

A su juicio, no hay causa fundada alguna, ni de orden técnico, ni organizativo, ni tampoco económico, que pueda justificar objetivamente ese cambio del modelo de gestión operativa de los servicios.

b) Falta de justificación de las circunstancias a que se refiere el artículo 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Considera que no se cumplen los requisitos legalmente establecidos para que pueda resultar viable la ejecución directa de prestaciones propias de un contrato de servicios a través de un medio propio personificado de la Administración.



Con carácter general, la Ley 40/2015 establece en su artículo 86, establece las circunstancias que deben concurrir para que una entidad pública del sector institucional pueda ser considerada medio propio y servicio técnico de los poderes adjudicadores. A su juicio no se justifica que la asunción del modelo de encargo a medio propio resulte una opción *“más eficiente que la contratación pública”*, ni que resulte *“sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica”*, para satisfacer las necesidades de la Consejería. Tampoco se alegan razones de urgencia, ni de seguridad pública. Ninguna consideración se hace en este específico sentido en el texto del acuerdo de formalización del encargo, ni tampoco en el Anexo de Condiciones que se acompaña; y, ante esta falta de justificación apreciada de las circunstancias exigidas, no cabe apreciar que concurren las circunstancias exigidas de manera imperativa en el artículo 86.2 de la Ley 40/2015.

- c) Improcedencia de las razones aducidas por la Consejería como supuesta justificación del encargo formalizado a TRAGSA como medio propio.

Respecto a la falta de medios propios suficientes por parte de la Administración de la Comunidad de Madrid, considera que la falta de medios aducida, que no se discute, justifica que la Administración de la Comunidad Autónoma no pueda acometer con medios exclusivamente de la propia Administración la ejecución directa de los servicios, o no pueda hacerlo al menos en su integridad, y de ahí la colaboración que la iniciativa privada empresarial presta a dicha Administración como contratista; pero no justifica en absoluto el cambio de modelo que se opera, atribuyendo la prestación de unos servicios que constituyen el objeto de contratos públicos mediante encargo a un medio propio personificado, en este caso una empresa pública estatal como es TRAGSA, sin concurrir los requisitos legalmente exigidos.

Respecto a las dificultades de gestión de un operativo extenso y disperso en el territorio de la Comunidad de Madrid, señala que las *“dificultades de gestión”*

alegadas, así como *“las necesidades eventuales de refuerzo o disposición de medios extraordinarios”*, pueden justificar la contratación de los servicios conforme al sistema general de contratación pública, pero no el encargo a un medio propio personificado para su prestación al margen del sistema general de contratación.

Con relación las dificultades observadas en las últimas licitaciones convocados por la Comunidad de Madrid para la adjudicación de los contratos de servicios, sostiene que no sirven tampoco para legitimar en modo alguna la decisión adoptada, ni responden a la realidad de los hechos, al menos en los términos en que son formuladas.

Sobre la opción por un modelo de gestión pública, alega que si bien nada cabe objetar a que una Administración pueda optar legítimamente por un modelo operativo de prestación de servicios en régimen de gestión directa por medio de los recursos y personal de la propia Administración, éste no sería el caso planteado, en que lo que se plantea es el recurso a un tercero, ajeno a la Administración de la Comunidad de Madrid, pues el medio propio personificado es una empresa pública estatal, cuyo carácter estatal no queda desvirtuado por el hecho de que las Comunidades Autónomas y otras Administraciones territoriales puedan tomar una participación en el capital social de dicha sociedad mercantil, que no supera el 1 por ciento.

Respecto al presupuesto de ejecución de los servicios objeto del encargo, se corresponde con *“las Tarifas de la administración para los trabajos realizados mediante el medio propio TRAGSA y sus filiales”*, tomando como *“precios unitarios”* los que se *“obtienen de Acuerdo de la Comisión Interministerial para la determinación de las tarifas de TRAGSA publicado según Resolución de 1 de abril de 2020, de la Subsecretaría, por la que se actualizan las tarifas 2019 aplicables a las actuaciones a realizar por TRAGSA y 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".* Sostiene que el presupuesto de ejecución se formula sobre la base de las tarifas de TRAGSA, desconociendo el detalle de medios y recursos empleado para el desarrollo y ejecución del encargo, y sin computar las bajas de los contratistas a la hora de formular sus ofertas en el sistema de contratación pública. No hay, pues, términos comparativos con un posible presupuesto de adjudicación de un contrato. Y, en definitiva, no hay ni tan siquiera un principio de prueba que justifique que la opción más eficiente, sostenible y eficaz.

Por su parte, el órgano de contratación alega que, con relación a la necesidad de acreditar las circunstancias justificativas de acudir a la figura del encargo en el caso concreto de TRAGSA, y a diferencia de otros entes instrumentales, su condición de medio propio personificado se reconoce en una norma con rango de ley, concretamente en la citada Disposición Adicional 24ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, reconocimiento que ya figuraba en leyes anteriores, como en la Disposición Adicional 30ª de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como en el artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

El artículo 86 LRJSP señala que formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos, lo que pone de manifiesto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la LRJSP, es exclusivamente a la Intervención General de la Administración del Estado, cuando realice el control de eficacia y la supervisión de un medio propio, a la que le corresponde valorar si es una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública, o si 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, o bien en el momento de creación del medio propio, o bien en el momento de realizar por la IGAE el control

de eficacia, y no por cada una de las entidades encargantes para cada encargo que realicen.

Considera que, tras la modificación del apartado 3 del artículo 86 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 (sin mención alguna obviamente a ningún encargo concreto) 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. Particularmente, con relación a TRAGSA y TRAGSATEC, éstas disponen fehacientemente de tal acreditación dado que, con fecha de 13 de noviembre de 2017, la IGAE emitió el informe previsto en el artículo 86.3 sobre la declaración de medio propio y servicio técnico de ambas sociedades.

Por su parte, TRAGSA sostiene que, en el ejercicio de esa potestad de auto organización, la Comunidad de Madrid puede libremente decidir cuál es la mejor opción para atender la labor de prevención y extinción de incendios forestales, sin que la gestión realizada en años anteriores le vincule o determine a imposibilidad de adoptar nuevas formas de prestación o gestión de servicios públicos.

Respecto a la ausencia de motivación de la elección del encargo frente a la licitación pública, sostiene que no se requiere esa especial motivación en cada encargo en particular, bastando dejar constancia en el expediente de la existencia de una necesidad a satisfacer que no resulta posible atender directamente por la Comunidad de Madrid, pero que si puede satisfacer a través de un medio propio, por

el que se opta en vez de por una licitación, pero sin ser exigible ninguna explicación adicional.

A su juicio, no resulta procedente que el Tribunal proceda a valorar los motivos concretos que constan en el expediente administrativo, como pretende el recurrente al señalar que se han presentado licitadores en procedimientos anteriores frente a lo que consta en el expediente del encargo sobre la escasa concurrencia, ya que, el Tribunal no puede entrar a valorar o matizar las razones de fondo esgrimidas, ni las razones de oportunidad de la decisión adoptada, ni mucho menos, como se pretende de contrario las valoraciones de los grupos políticos, ni si el servicio se ha prestado correctamente por contratistas anteriores.

El punto 2 del artículo 86 de la LRJSP exige acreditar para el reconocimiento de un medio propio que, *“además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de su 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”.*

Dicho artículo señala que formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos, lo que pone de manifiesto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la LRJSP, es a la Intervención General del Estado, cuando realice el control de eficacia y la supervisión de un medio propio, a la que le corresponde valorar si es una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública, o si 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, o bien cuando se crea el medio propio, o en el momento de realizar el control de eficacia, y no por cada una de las entidades encargantes para cada encargo que realicen.

Esta conclusión también se obtiene, a su juicio, del apartado 3 del artículo 86 de la LRJSP, en el que se indica que a la propuesta de declaración de medio propio deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el artículo 86.2 (opción eficiente y razones de seguridad pública o de urgencia), que será informada por la Intervención General de la Administración del Estado.

Vistas las alegaciones de las partes, procede manifestar que, como se ha señalado anteriormente, dentro del marco normativo citado, este Tribunal no puede entrar a conocer de aquellas cuestiones de oportunidad que entrarían dentro del ámbito de libertad de configuración del órgano que realiza el encargo, como es la de optar por la realización del encargo en vez de acudir a una licitación pública. El hecho de que parte del servicio se viniera contratando con empresas externas, no limita ni condiciona indefinidamente la potestad discrecional de los poderes públicos para modificar el sistema de prestación del servicio. La realización de un encargo a un medio propio es una opción contemplada en el artículo 32 de la LCSP, que permite a los poderes adjudicadores 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, 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, 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.

A este respecto, este Tribunal únicamente puede realizar un control de legalidad, es decir, comprobar si el encargo realizado se adecua a la normativa vigente, sin poner en cuestión la opción adoptada por el órgano de contratación.

La recurrente cuestiona el cumplimiento del artículo 86 de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece:

*“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 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.*

*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. 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 y que, en este supuesto de nueva*

*creación, deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado”.*

A este respecto, resulta pertinente destacar la modificación del apartado 3 del artículo 86 por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021, en los términos transcritos.

De su lectura podría deducirse que 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. No se prevé ese control para cada uno de los encargos que se hagan a quien ya tiene la condición de medio propio.

A este respecto, procede traer a colación la doctrina mantenida por el TACRC entre otras en su Resolución 1106/2019, de 7 de octubre donde afirma:

*“De la lectura del artículo 86 LRJSP resulta que éste habilita dos vías a las entidades del Sector Público a efectos obtener la declaración de medio propio y servicio técnico, tal y como establece el apartado 3 del mismo precepto.*

*La primera de ellas, prevista en el apartado 1, requiere cumplir ‘las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo incumplimiento no ha sido alegado por la recurrente.*

*La segunda vía, alternativa a la anterior, se encuentra prevista en el apartado 2 y exige que para que una entidad del Sector Público sea considerada medio propio acredite ‘disponer de medios suficientes e idóneos’ así como o bien constituir ‘una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica, o bien resultar ‘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'. Estos requisitos son los que la recurrente considera que no concurren en el encargo formalizado a favor de TRAGSATEC.*

*Ahora bien, al contrario de lo que afirma la recurrente, el artículo 86 LRJSP no se refiere a los requisitos de cada encargo singular a un medio propio, sino que contempla los requisitos necesarios para la creación de un medio propio. La declaración de medio propio y servicio técnico es previa a la formalización de un encargo individualizado, siendo requisito sine qua non para ésta última. En este sentido el artículo 32.6 a) LCSP incluso dispone que 'Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas: a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo'.*

*La regulación de los requisitos de los encargos concretos e individuales que se efectúen a los medios propios se desarrolla en la LCSP (artículo 32 en nuestro supuesto), que no contempla la justificación de la idoneidad y eficiencia de cada encargo individualizado, sin que sus preceptos hayan sido invocados en el desarrollo de este motivo de impugnación. Fruto de ello, dicha justificación no se encuentra entre la información a suministrar preceptivamente a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público conforme al artículo 63.6 LCSP antes analizado. (...)*

*En consonancia con lo expuesto, el informe sobre la eficacia y eficiencia de la 'encomienda de gestión encargada a TRAGSA' de 16 de noviembre de 2018 que obra en el expediente remitido como documento número 15 ha de reputarse con una mera eficacia explicativa, dado que la figura que nos ocupa tiene naturaleza de encargo en los términos previamente aludidos.*

*El informe ha de ser contemplado desde el prisma de los encargos a medios propios, pese al error de denominación de la figura que nos ocupa en dicho informe, y no el de las encomiendas de gestión del artículo 11 de la LRJSP, cuya formalización si requiere la justificación de la eficacia de la misma”.*

Criterio semejante mantiene la Abogacía General del Estado, en el informe 52/21, de 7 de mayo, en el que señala:

*“No comparte este Centro Directivo el planteamiento que se hace en los informes de la Abogacía del Estado en la Delegación del Gobierno en Madrid, y que parte de la premisa de que necesariamente –a modo de conditio sine qua non de la legalidad del encargo– ha de justificarse para cada encargo que la elección de esta figura y no la del contrato proporciona más ventajas que este último.*

*La discrepancia respecto del criterio mantenido en dichos informes tiene por fundamento el régimen de los encargos dispuesto por normas legales posteriores a la anterior regulación de esta figura (encomiendas de gestión, en su antigua denominación) contenida en el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), régimen nuevo que matiza, en los términos que seguidamente se exponen, la excepcionalidad de la figura de que se trata, y que implica que el criterio mantenido en los informes de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de junio de 2013 y del Tribunal de Cuentas de 30 de abril de 2015, invocados por Abogacía del Estado en la Delegación del Gobierno en Madrid, haya de entenderse superado.*

*No puede negarse que el encargo a medios propios constituye una excepción al sistema de adjudicación de los contratos públicos a través de los procedimientos encaminados a hacer efectivos los principios de publicidad, concurrencia e igualdad de trato con objeto de hacer efectiva la libre competencia.*

*Así se dijo en la Circular de este Centro Directivo 6/2009, de 19 de julio, parcialmente transcrita en el apartado II del presente informe.*

*Ahora bien, la excepcionalidad de esta figura queda matizada por una doble circunstancia, referida, de una parte, al régimen que de ella ha dispuesto el Derecho*

*de la Unión Europea y, de otra parte, al régimen establecido, con base en el anterior, por la legislación española. (...)*

*La justificación, encargo por encargo, de que la utilización de este instrumento es preferible, por ventajosa, sobre el contrato resultaría coherente si no existiese la exigencia de que se constate, al tiempo de la declaración de medio propio de una determinada entidad y como exigencia básica para ello, que su configuración como tal y de forma global –para una pluralidad sucesiva e indefinida de encargos comprendidos en su objeto– es más eficaz que la utilización de la contratación; existiendo tal exigencia, y esto es precisamente lo que establece el artículo 86 de la LRJSP, carece de sentido la justificación de la conveniencia de cada encargo sobre el contrato”.*

Este Tribunal comparte la doctrina citada, entendiendo que la normativa vigente no contempla un doble control del cumplimiento de los requisitos del artículo 86 de la LRJAP, primero en el momento de creación de un medio propio y posteriormente encargo a encargo. Admitir esa circunstancia, una vez se ha otorgado la consideración de medio propio a una entidad por haber acreditado que es la opción más eficiente, supondría dejar sin eficacia jurídica el artículo 86, pues de nada serviría el control para la atribución de la consideración de medio propio, si luego fuera preciso realizar dicho control en cargo a encargo.

Respecto a la posibilidad de elección de los poderes adjudicadores para realizar encargos o para acudir a una licitación, procede traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 3 de octubre de 2019, dictada en el asunto C-285/18, cuyo objeto era una petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania, para la interpretación (entre otros) del artículo 12 apartado 1 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. La cuestión relevante en sí versa sobre el margen de libertad de los Estados miembros para elegir acudir a un contrato público u optar por realizar un encargo a medio propio. En este sentido, el

Tribunal señala *“no puede interpretarse que el Derecho de la Unión prive 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. 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. Ni la Directiva 2014/24 obliga a los Estados miembros a recurrir a un procedimiento de contratación pública, ni les puede obligar a realizar una operación interna cuando se cumplan las condiciones del artículo 12.1 de la propia Directiva”*.

En definitiva, este Tribunal está de acuerdo con el criterio doctrinal que sostiene que, una vez reconocido un medio propio, no puede exigirse la justificación de su preferencia sobre la contratación administrativa, ya que el encargo a medios propios constituye un recurso ordinario normal en la adquisición, por parte del poder adjudicador, de obras, suministros y servicios.

Especial consideración merece la alegación realizada por el recurrente sobre la opción por un modelo de gestión pública, en el sentido de que si bien nada cabe objetar a que una Administración pueda optar legítimamente por un modelo operativo de prestación de servicios en régimen de gestión directa por medio de los recursos y personal de la propia Administración, esta circunstancia no se daría en el caso que nos ocupa, ya que lo que se plantea es el recurso a un tercero, ajeno a la Administración de la Comunidad de Madrid, pues el medio propio personificado es una empresa pública estatal, cuyo carácter estatal no queda desvirtuado por el hecho de que las Comunidades Autónomas y otras Administraciones territoriales puedan tomar una participación en el capital social de dicha sociedad mercantil, que no supera el 1 por ciento.

Respecto a esta alegación, debe tenerse en consideración en primer término la Disposición Adicional 24.2º de la LCSP del régimen jurídico de TRAGSA que prevé: *“2. TRAGSA y su filial TRAGSATEC tendrán la consideración de medios*

*propios personificados y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, de los Cabildos y Consejos Insulares, de las Diputaciones Forales del País Vasco, de las Diputaciones Provinciales y de las entidades del sector público dependientes de cualesquiera de ellas que tengan la condición de poderes adjudicadores, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el punto 2º de la letra d) del apartado 2 del artículo 32, y en las letras a) y b) del apartado 4 del mismo artículo, y estarán obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que estos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y su filial TRAGSATEC podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.*

*Las relaciones de TRAGSA y su filial TRAGSATEC con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encargos de los previstos en el artículo 32 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.*

*La comunicación efectuada por uno de estos poderes adjudicadores encargando una actuación a alguna de las sociedades del grupo supondrá la orden para iniciarla, sin perjuicio de la observancia de lo establecido en el artículo 32.6.b)”.*

El artículo 32.4º regula los requisitos de este control conjunto, de modo que se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

1. 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.

Tanto la Administración General del Estado como las demás Administraciones Territoriales que son accionistas de TRAGSA participan a través de tanto de la Junta

General como en el Consejo de Administración a través de la designación de consejeros y participan en la toma de decisiones y de líneas estratégicas de la actuación de la Sociedad.

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

Requisitos que se cumplen en el caso que nos ocupa, por lo que no hay duda de que TRAGSA debe considerarse como un medio propio de la Comunidad de Madrid.

Por todo lo anterior, debe considerarse que el encargo realizado es ajustado a derecho, por lo que procede la desestimación del recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## **ACUERDA**

**Primero.-** Denegar el recibiendo a prueba solicitado.

**Segundo.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO)

contra la formalización por parte de la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas de la Comunidad de Madrid del encargo a la Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E, M.P. (TRAGSA) para la prestación del servicio de “Prevención y apoyo a la extinción de incendios forestales e inclemencia invernales de la Comunidad de Madrid, cofinanciable con el Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural (FEAD ER)” para los años 2022 a 2025.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.