

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

En Madrid, a 15 de julio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Ingeniería Forestal, S.A. (INFOSA) 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 (FEADER) 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 INFOSA contra el encargo realizado a la empresa TRAGSA.

Tercero.- El 10 de junio del 2021, el órgano de contratación remitió el 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 16 de junio de 2021, presenta escrito de alegaciones, oponiéndose a la estimación del recurso, en los términos a los que se hará referencia en el Fundamento de Derecho Quinto.

Quinto.- Mediante acuerdo de 18 de junio de 2021, se concedió vista del expediente al recurrente. Con fecha 9 de julio de 2021 presentó ampliación del recurso, del que se dio traslado al órgano de contratación y a TRAGSA para la presentación de alegaciones, que llevaron a cabo con fecha 13 de julio.

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 de 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 una empresa potencial licitadora cuyos intereses legítimos se pueden ver 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.- El recurso se articula sobre los siguientes motivos:

- 1- Marco de excepcionalidad del sistema de encargo a medio propio.
- 2- Desacreditación del intento de justificar el abandono de la licitación que daría paso al encargo a medios propios.
- 3- Vulneración del principio de eficacia, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.
- 4- Vulneraciones del artículo 32 LCSP y artículo 86 LRJSP. Medios materiales.
- 5- Sobre la publicación del encargo, cofinanciable con el Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural (FEADER).

5.1 Respecto al marco excepcional del sistema de encargo propio, la recurrente se limita a traer a colación Sentencia de 2 de marzo de 2021, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que

confirma la anulación de un encargo ex art. 32 LCSP por parte del correspondiente Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, en la que se afirmaba que *“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”*.

Así mismo, hace referencia al Informe 29/2018, de 5 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Por su parte, el órgano de contratación no realiza alegaciones específicas al respecto.

Por su parte, TRAGSA alega que la totalidad del recurso se basa fundamentalmente en esgrimir el carácter excepcional del encargo frente a la licitación pública, lo cual no tiene en la actualidad apoyo legal alguno.

A este respecto, realiza un análisis de naturaleza jurídica de los encargos a medio propios. 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. Con relación a la posibilidad de elección de los poderes adjudicadores para realizar encargos o para acudir a una licitación, trae 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 celebrar una operación interna (*in house providing*). 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”*.

También trae a colación la Resolución de 25 de julio de 2018 de la Intervención General de la Administración del Estado, 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.

Vistas las alegaciones de las partes, procede considerar el presente motivo como preliminar, que debe ponerse en relación con los siguientes motivos 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.

5.2 Entrando en el análisis del motivo referido a la falta de justificación del abandono de la licitación para dar paso al encargo a medios propios, la recurrente sostiene que, si este encargo se ejecutara, supondría un cambio de modelo en la prestación de servicios de prevención y apoyo a la extinción de incendios forestales, tras 20

años de licitaciones a empresas por parte de la Comunidad de Madrid, lo que a su juicio exige una motivación adecuada. La Cláusula Segunda del ANEXO es un claro ejemplo de inadecuada e improcedente justificación (motivación) del encargo que conllevaría el cambio de modelo de prestación de servicios. A este respecto, destaca que es incierto que en las últimas licitaciones hubiera escasa concurrencia. Así mismo, señala que *“En estos últimos años, la Comunidad de Madrid no puede poner un pero a la coordinación del actual esquema de prestación del servicio. Al contrario, lo ha reconocido públicamente por el actual Gobierno”*. También muestra su desacuerdo respecto a que *“En los últimos años se han tomado decisiones de gasto inadecuadas en torno al plan INFOMA”*, considerando que en ningún momento de la justificación figura consideración alguna de la comparación de costes entre anteriores licitaciones y el presente encargo. No se hace esa comparación, porque el gasto público del encargo sería netamente mayor. Finalmente muestra su disconformidad con la afirmación contenida en la Memoria que afirma *“Esta decisión se fundamenta, entre otras cosas, en que la empresa pública TRAGSA cuenta con personal y medios cualificados habiendo acreditado experiencia en el desarrollo de este tipo de servicios en distintas ocasiones y puntos de la geografía española...”*.

A su juicio, el grueso del personal que prestaría el servicio vía encargo no lo aporta TRAGSA, sino que proviene de la subrogación de los trabajadores que actualmente prestan el servicio.

Por su parte, el órgano de contratación señala que se ha producido un cambio en el objeto del servicio que hasta la fecha se centraba en cuestiones acotadas a los ámbitos de la prevención y el apoyo a la extinción de incendios, para aprovechar el potencial de la empresa pública TRAGSA en la movilización y gestión de recursos (propios y externos) de forma que se mejore la potencia operativa del Cuerpo de Bomberos de la Comunidad de Madrid respecto de las emergencias en las que se participe y en el contexto de la activación de un Plan de Protección Civil para el que sea requerido. Además, la oportunidad del encargo permite implementar sobre él una serie de mejoras como disponibilidad de Unidades Forestales Mecanizadas

(UFM) durante todo el año, disponibilidad de un camión volquete con grúa para apoyar la retirada de residuos de la UFM si no pudiesen eliminarse mediante triturado o quema, incorporación de 8 camiones de tipología nodriza (Bomba Nodriza Pesada, BNP) con al menos 8.000 litros de agua de capacidad cada uno para dotar de mayor operatividad al dispositivo de extinción permitiendo el trabajo en tándem con las autobombas que el dispositivo ya disponía y la introducción además de un sistema de posicionamiento de los vehículos y control de la disponibilidad de los recursos en tiempo real que hasta ahora no existía y que nos permitirá facilitar la gestión de los recursos en los grandes incendios e incrementar la seguridad del personal durante los mismos además de aportar mayor transparencia en los datos.

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.

A su juicio, 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”.*

Asimismo, 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 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 ese 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.

Por todo ello, procede la desestimación del presente motivo.

5.3 Respecto al siguiente motivo referente a la vulneración del principio de eficacia, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, el recurrente alega que la ejecución del encargo implicaría una vulneración del principio de eficacia, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos que rige la actuación de cualquier Administración Pública. Invoca a este respecto, además del artículo 1 LCSP, el artículo 3 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, y los principios allí recogidos, que deben ser respetados en cualquier acto administrativo,

también en un encargo a medios propios: principio de eficacia, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

Señala que de acuerdo con sus cálculos, la diferencia entra la adjudicación 2019 (sin helicópteros) y el encargo en 2023 arrojaría un incremento del coste anual de un 47%. Invoca el Informe de 5 de octubre de 2020 de la Intervención General de la Comunidad de Madrid y el artículo 17 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid. Los costes de personal suben de media un 30,41%, a lo que habría que incrementar un 7% de costes indirectos y un 7,5% de costes generales que se le abonan a TRAGSA.

Señala que en la página 6 del Documento 6-EA (Memoria comparativa) recoge que los costes salariales son 16.891.897,94 euros. Estamos ante un error gravísimo de multiplicación. La Administración establece sus costes de personal en 16.891.897,94 euros, cuando haciendo bien las sumas y multiplicaciones el resultado real es de 18.161.048,69 euros. Es decir, *“se han dejado por el camino”* 1.269.150,75 euros en su comparación. Los precios suben de media un 30,41%, a lo que habría que incrementar un 7% de costes indirectos y un 7,5% de costes generales que se le abonan a TRAGSA sobre los precios unitarios suponiendo una subida total del coste de personal de 44,91%, sobre los precios actuales.

Así mismo cuestiona la presupuestación de otros medios como los helicópteros, vehículos pesados (bfp y bnp), hora de tractor de unidad forestal mecanizada año completo, maquinaria ligera modo campaña (122 días anuales, se presupuestan el 6% de las horas previstas), errores en los vehículos de servicio en modo campaña y otras omisiones.

Por su parte, el órgano de contratación señala que en el presente encargo, cambia el objeto del servicio que hasta la fecha se centraba en cuestiones acotadas a los ámbitos de la prevención y el apoyo a la extinción de incendios, para aprovechar el potencial de la empresa pública TRAGSA en la movilización y gestión

de recursos – propios y externos – de forma que se mejore la potencia operativa del Cuerpo de Bomberos de la Comunidad de Madrid respecto de las emergencias en las que se participe y en el contexto de la activación de un Plan de Protección Civil para el que sea requerido.

Además, la oportunidad del encargo permite implementar sobre él una serie de mejoras:

- Disponibilidad de Unidades Forestales Mecanizadas (UFM) durante todo el año. A tal efecto se ha previsto la necesidad de tener 4 UFM de lunes a viernes durante el modo prevención y el periodo de transición (como ha venido haciéndose hasta ahora) y 2 UFM de lunes a domingo en modo campaña. Estas 2 unidades que trabajarán de forma continuada durante la campaña de verano, nos permitirán potenciar las actuaciones de prevención con especial énfasis en las que se ejecutan en zonas de Interfaz urbano forestal, así como realizar una primera intervención de aseguramiento del entorno tras un incendio con vistas a evitar emergencias derivadas, como el descarrilamiento del ferrocarril que se produjo en 2020 por la escorrentía del terreno derivada de las lluvias posteriores al incendio forestal de Robledo de Chavela.
- Disponibilidad de un camión volquete con grúa para apoyar la retirada de residuos de la UFM si no pudiesen eliminarse mediante triturado o quema.
- Se incorporarán 8 camiones de tipología nodriza (Bomba Nodriza Pesada, BNP) con al menos 8.000 litros de agua de capacidad cada uno para dotar de mayor operatividad al dispositivo de extinción permitiendo el trabajo en tándem con las autobombas que el dispositivo ya disponía.
- La disponibilidad de los vehículos se ha organizado de forma que las tarifas se apliquen durante todo el año porque así ha sido prevista su amortización. De esta forma se nos permite tener disponibilidad del vehículo en todo momento y sin que el uso del vehículo genere sobrecoste alguno.

- Habida cuenta de la utilidad que estos recursos han supuesto, el encargo se diseña haciendo uso de 6 patrullas de vigilancia nocturnas y otras 6 patrullas de vigilancia diurnas, dos más que las actuales.
- Se introduce además un sistema de posicionamiento de los vehículos y control de la disponibilidad de los recursos en tiempo real que hasta ahora no existía y que nos permitirá facilitar la gestión de los recursos en los grandes incendios e incrementar la seguridad del personal durante los mismos además de aportar mayor transparencia en los datos.
- El Plan de Formación del personal se adapta a los contenidos y carga horaria correspondientes al certificado profesional SEAD0411_2 (Operaciones de Vigilancia y Extinción de Incendios Forestales y Apoyo a Contingencias en el Medio Natural y Rural) que se pretende para todo el personal adscrito al servicio con carácter anual. Además, se define y garantiza una adecuada formación de acceso al dispositivo (formación de nuevo ingreso, 70h) y una formación continuada tasada en 60h anuales por recurso que se impartirá aprovechando el tiempo de alerta del personal en sus bases y, en su caso, los días en los que se prevean pocas posibilidades de ignición por contar con una meteorología favorable.

Así mismo, alega que el Convenio Colectivo del sector de Prevención y Extinción de Incendios Forestales de la Comunidad de Madrid prevé que cuando se produzca el cambio de prestatario del servicio de Prevención y Extinción de Incendios Forestales, el personal adscrito a los contratos por parte de las empresas salientes pasará a formar parte de TRAGSA como nueva prestataria del servicio, manteniendo las condiciones establecidas en el Convenio Colectivo de aplicación. Así, incorporado todo el personal bajo una única estructura, en este caso la empresa pública TRAGSA, permitirá llevar a cabo una gestión eficaz y eficiente del personal subrogado de empresa que, en el marco operativo jerárquico que requiere la resolución de una emergencia, parece estar mejor incardinado a través de una relación jurídica interna basada en la autoridad de quien emite una orden ejecutiva que el medio propio está obligado a cumplir.

Respecto a los errores en costes de personal alegados por la recurrente, señala en primer lugar, que es cierto que puede llevar a confusión el haberse añadido una columna diferente en dicha tabla mencionada, pero ello no afecta, en ningún caso, a los cálculos globales definitivos. Por otra parte, hay que señalar que el documento en el que se produce este hecho, forma parte de una memoria interna complementaria comparativa de costes, cuyo dato final es correcto y acorde con el resto del expediente. Respecto a esta cuestión, señalar que con la comparativa en gastos de personal viene a suceder algo parecido a lo ya indicado anteriormente y, si bien, el error material mencionado en la transcripción de una columna diferente, imputa a los costes del encargo 11 meses en lugar de la anualidad completa, también es cierto que debe considerarse no solo la aplicación de los distintos impuestos (con un diferencial de un 7% de incremento del gasto para los contratos) sino también el hecho de que con TRAGSA se certificará lo que se realice, sin aplicar ninguna prerrogativa – que no penalización – como la expuesta; que supone cargar con el coste de los primeros 7 días de cada baja o ausencia. INFOSA calcula una subida del 43,6 % cuando los costes reales de personal quedarían, en todo caso, por debajo del 10 % respecto a una posible licitación.

Así mismo, presenta alegaciones sobre el resto de argumentos esgrimidos por el recurrente en su ampliación al recurso, concluyendo que los razonamientos que la ampliación del recurso esgrime aludiendo a errores en los cálculos y otras supuestas incongruencias del encargo, reflejan claramente que la empresa no ha estudiado toda la documentación con el detalle que esta requiere.

Por su parte, TRAGSA alega, como se señaló anteriormente que de acuerdo con los artículos 85 y 86 de la LRJAP 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.

En cuanto a los errores en el coste del personal, señala que la recurrente realiza la comparación sin tener en cuenta el IVA, y partiendo de los importes de hace 5 años. Se refiere a un incremento del 43,6% en costes de personal, pero si se tienen en cuenta el IVA y los costes indirectos y gastos generales de TRAGSA, el incremento sería del 22%, y contando la subida salarial, ascendería a un 18%, disminuyendo a menos de un 10%, si consideramos la repercusión del absentismo (un 4,9% anual, muy lejos del que se da en este tipo de servicios).

Es importante resaltar que TRAGSA solo facturará los jornales reales que realice, de forma que, si falta un día una persona, ese jornal no lo certifica.

Además, la recurrente calcula los costes de personal sin reflejar la última subida salarial de 2020 (en los últimos 10 años no se había revisado los salarios), lo que supondría un aumento de esta partida en caso de haberse convocado una nueva licitación.

Por otro lado, solo compara las tarifas diurnas, cuando INFOSA maneja distintas tarifas para el día o la noche, siendo las nocturnas más elevadas que las de TRAGSA.

Todo esto nos lleva a que el importe total de mano de obra de TRAGSA, no sea equiparable con el de las empresas salientes, máxime teniendo en cuenta que la recurrente cobra los siete primeros días de baja, mientras que TRAGSA lo descuenta desde el primer día.

Vistas las alegaciones de las partes, resulta pertinente traer a colación 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 el siguiente sentido *“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”*.

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 *“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.

La justificación de la idoneidad y eficiencia de cada encargo individualizado tampoco se exige por el apartado 4 del artículo 91 de la Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que contempla el

contenido de los encargos a medio propio que se formalicen en la Comunidad Autónoma de Cantabria, en los siguientes términos:

(...)

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”.

En el mismo sentido, se pronuncia 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 (TRLCSP), 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.

En cualquier caso, en el caso que nos ocupa, la comparativa de costes realizada por el recurrente se realiza en base a unas cantidades a tanto alzado, sin tener en cuenta que el objeto del encargo engloba otros aspectos, como se ha hecho referencia anteriormente, que no estaban incluidos en el anterior contrato.

Tampoco se debe olvidar que TRAGSA fue creada especialmente para dar continuidad a su decisivo papel instrumental en las actuaciones urgentes o de emergencia, con motivo de catástrofes o calamidades de cualquier naturaleza, fundamentado en la potencia y capacidad de movilización de sus medios operativos, lo que hace de dicha empresa un medio idóneo para la prestación del objeto del encargo realizado.

Por todo lo anterior, el motivo debe ser desestimado.

5.4 Respecto de siguiente motivo de impugnación, la recurrente alega vulneraciones del artículo 32 LCSP y artículo 86 LRJSP, en cuanto a los medios materiales.

A este respecto, señala que los apartados 2 del artículo 32, en el apartado d) establece:

“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:

(...) 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”.

A este respecto, afirma que en junio de 2020, TRAGSA solicitó proceder a la licitación destinada a la adquisición de 27 camiones para el servicio de extinción de

incendios en los montes de la Comunidad de Madrid. Esa licitación fue autorizada pero no ejecutada. En febrero de 2021, TRAGSA volvió a activar esta licitación con la misma finalidad. El importe de los 27 camiones que habría adquirido TRAGSA para el servicio de extinción de incendios en los montes de la Comunidad de Madrid asciende a 8.935.800,39 euros, esa cantidad representa casi un 10% del importe total del encargo. Esta circunstancia revela la falta de medios de la entidad destinataria del encargo y la desvirtuación del mismo.

Por su parte, TRAGSA sostiene que la concurrencia de una causa de anulabilidad del artículo 40 LCSP, por inobservancia de los requisitos establecido en el apartado d) del artículo 32.2, va referido al momento de la declaración de medio propio, confundiendo de nuevo esa verificación con el hecho de que el medio propio, para la ejecución de un encargo concreto, pueda dotarse de nuevos medios, o tenga que reemplazar los existentes, o que, por motivos organizativos, decida subcontratar parte de los mismos hasta el 50 por ciento, como permite el artículo 32.7 de la LCSP.

Este Tribunal muestra su conformidad con lo alegado por TRAGSA, ya que entender que se produce una vulneración del artículo 32, susceptible de ser invocada como causa de anulabilidad del artículo 40, porque en un determinado momento el medio propio adquiera o contrate medios adicionales o se subcontraten con el límite del 50 por 100 a los existentes en su patrimonio, carece de sentido en cuanto supondría privar del poder de dirección al medio propio en la organización de sus medios humanos y materiales.

Por ello, el motivo debe ser desestimado.

5.5 Con relación al último motivo de impugnación referente la publicación del encargo, la recurrente alega que en el Anexo del Encargo recoge que *“el presupuesto de ejecución material por Administración aparece detallado en la memoria explicativa adjunta, con indicación de los precios simples con los*

coeficientes aprobados...” Esa memoria explicativa no se adjunta y ha sido solicitada expresamente.

A este respecto, este Tribunal mediante Acuerdo de 18 de junio dio vista del expediente en el que se encuentra la citada memoria.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Ingeniería Forestal, S.A. 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 (FEADER)" 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.