



Recurso nº 1084/2018

Resolución nº 1156/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 17 de diciembre de 2018

VISTO el recurso especial interpuesto por D.J.M.H.D.A. en representación de la ASOCIACION ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA) contra el encargo de la Dirección General del Agua del Ministerio para la Transición Ecológica a TRAGSA de las *“Obras correspondientes al proyecto de recuperación ambiental del río Segura tramo comprendido entre los Sotos de los Alámos y la Hijuela. T.M de Molina de Segura y Alguazas (Murcia)”* Expediente 07.400-0466/2111, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Dirección General del Agua, por delegación del Secretario de Estado de Medio Ambiente, formalizó el 10 de abril de 2018 el documento de encargo a la empresa TRAGSA del *“Proyecto de recuperación ambiental del río Segura tramo comprendido entre los Sotos de los Alámos y la Hijuela. T.M de Molina de Segura y Alguazas (Murcia)”* Expediente 07.400-0466/2111”

La formalización se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 26 de septiembre de 2018 y su rectificación el 27 de septiembre, con un plazo de ejecución de 24 meses y un importe de 965.000€

Segundo. La tramitación se llevó a cabo de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP) y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Tercero. Disconforme con la citada formalización el recurrente interpuso el 2 de octubre recurso especial en el que hacía constar que los motivos que lo fundaban eran el incumplimiento por de lo previsto en el artículo 11 de la Ley 40/2015, al no concurrir razones de eficacia, verse afectado el principio de la libre competencia, ausencia de

medios propios suficientes de la Sociedad TRAGSA para su ejecución y ausencia de control por parte de la Dirección General del Agua sobre la empresa a la que se efectúa el encargo.

Posteriormente en alegaciones complementarias, una vez examinado el expediente, de fecha 7 de noviembre de 2018 se reafirma en que no concurren razones de urgencia de interés general ni tampoco razones de eficacia que sostengan el encargo efectuado.

Cuarto. El órgano de contratación emitió un primer informe de fecha 22 de octubre en el que afirmaba que se cumplían todos los requisitos legales necesarios en la tramitación y adjudicación del expediente.

Posteriormente emitió un segundo informe de fecha 12 de noviembre en el que afirma que el régimen de aplicación es el previsto en la LCSP y no en el artículo 11 de la Ley 40/2015, aunque en todo caso entiende que se dan los requisitos de urgencia de interés general y eficacia y explicita los motivos que le conducen a esa conclusión, y por otro lado considera que no procede la suspensión del encargo acordada.

Quinto TRAGSA presentó escrito de alegaciones de fecha 20 de noviembre de 2018 en el que afirma que régimen jurídico de aplicación es el previsto en la LCSP y no en el artículo 11 de la Ley 40/2015, que no es excepcional y que puede comprender prestaciones propias de los contratos. Que la suficiencia de medios no puede ser objeto de recurso pues de acuerdo con el artículo 40 de la LCSP solo lo es lo previsto en el artículo 32 2º, 3º y 4º de la LCSP. Tras exponer el régimen jurídico de TRAGSA analiza el control que conjunto que los distintos poderes adjudicadores de los que es medio propio ejercen sobre la sociedad, que el 91% de su actividad lo que desarrolla para estos poderes adjudicadores y que en todo caso cuenta con medios suficientes e idóneos para el desarrollo de su actividad.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, resolvió el 2 de noviembre de 2018, conceder la medida provisional consistente en la suspensión del expediente de encargo de acuerdo con lo previsto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, decisión que fue revocada el 5 de diciembre de 2018, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia

contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP).

Segundo. De acuerdo con el artículo 44.2 e) pueden ser objeto de recurso la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

Si bien la admisibilidad del recurso había sido cuestionada en el TRLCSP habiendo dictado este Tribunal resoluciones de inadmisión en el supuesto de las encomiendas de gestión, como puede ser la 201/2018, de 2 de marzo, no era una cuestión pacífica, de hecho el Tribunal Administrativo de Contratos de Aragón en su resolución 75/2017, de 4 de julio, había admitido el recurso formulado contra el Convenio que formalizaba una encomienda de gestión para la prestación de un servicio.

Con la regulación prevista en la nueva LCSP no hay dudas sobre la impugnabilidad de la formalización de estos encargos, si bien lo que se examinará es el alcance de la misma.

Tercero. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 50.1 f) LCSP.

Cuarto. En relación a la legitimación, según el artículo 48 de la LCSP, *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o

laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”

La Asociación Española de Parques y Jardines (ASEJA), de acuerdo con el artículo 3 a) de sus Estatutos contempla como ámbito de actuación: “El *ámbito de actuación de ASEJA, se podrá extender, sin limitación alguna, a las siguientes actividades y/o sectores: a) A todas las actividades empresariales o profesionales relacionadas con la organización, planificación, ejecución, adecuación, corrección, desarrollo, construcción, conservación y mantenimiento de parques y jardines y/o trabajos complementarios en espacios ajardinados, arbolados y con todo tipo de elementos vegetales, así como a la gestión de la fauna que pudiera estar asociada y/o relacionada con el hábitat ajardinado, arbolado o vegetal que se construya, conserve, mantenga o sea preexistente y sea de interés estudiarla y conservarla, abarcando ésta actividad, a todo el territorio del Estado Español. (...)*”.

Y por otro lado el artículo 4.2 de los citados Estatutos le atribuye la “*La representación colectiva, participación, gestión y defensa más amplia de los intereses económicos y profesionales de sus miembros ante los Poderes Públicos, y cualesquiera otras entidades o personalidades, públicas o privadas, nacionales, extranjeras o internacionales.*”.

Por lo expuesto procede reconocer la legitimación de la recurrente para la interposición del recurso.

Quinto. Con relación al fondo del asunto las alegaciones del recurrente se refieren tanto al incumplimiento por de lo previsto en el artículo 11 de la Ley 40/2015, al no concurrir razones de eficacia, verse afectado el principio de la libre competencia, ausencia de medios propios suficientes de la Sociedad TRAGSA para su ejecución y ausencia de control por parte de la Dirección General del Agua sobre la empresa a la que se efectúa el encargo. Posteriormente en alegaciones complementarias, una vez examinado el expediente, de fecha 7 de noviembre de 2018 se reafirma en que no concurren razones de urgencia de interés general ni tampoco razones de eficacia que sostengan el encargo efectuado.

Tanto el órgano de contratación como TRAGSA se oponen a la calificación contractual del encargo efectuado y consideran que se cumple los requisitos previstos legalmente y discrepan del alcance del control de legalidad que deba efectuarse del encargo adjudicado.

Ahora bien para centrar el análisis es preciso examinar en primer término la naturaleza y régimen jurídico de los encargos.

El Tribunal de Aragón en la resolución 75/2017 ya se refirió a esta cuestión: *“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...» (...)Esto significa que 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”.

La Abogacía General del Estado en algunos de sus informes ha examinado también el régimen jurídico de los encargos: *“El artículo 32 de la LCSP contiene una extensa regulación de los encargos a medios propios personificados (antes, encomiendas de gestión) conferidas por los poderes adjudicadores, sin perjuicio (como así se dice expresamente en el apartado 1, in fine, de dicho precepto legal) de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).*

La LCSP mantiene y desarrolla los requisitos que, con base en la jurisprudencia comunitaria (Sentencia Teckal, de 18 de noviembre de 1999, C-107/98; sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, de 11 de enero de 2005, C-26/03; sentencia Parking Brixen, de 13 de octubre de 2005, C-458/03; sentencia Molding Elimi, de 10 de noviembre de 2005, C-29/04; sentencia ANAV, de 6 de abril de 2006, C-410/04; sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, de 11 de mayo de 2006, C-340/04; sentencia ASEMFO, de 19 de abril de 2007, C-295/05; sentencia Augusta, de 8 de abril de 2008, C-337/05; sentencia Pressetext Nachrichtenagentur, de 19 de junio de 2008, C- 454/06; sentencia Coditel Bravant, de 13 de noviembre de 2008, C-324/07; sentencia Hamburgo, de 9 de junio de 2009, C-480/06; sentencia SEA Srl, de 10 de septiembre de 2009, C-523/07; sentencia Acoset, de 17 de octubre de 2009, C-196/08; sentencia Econord, de 29 de noviembre de 2012, C-182/11 y 183/11; sentencia Piepenbrock, de 13 de junio de 2013, C-386/11, entre otras), ya recogía el artículo 24.6 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) al regular las encomiendas de gestión, hoy “encargos a medios propios”. Concretamente, los encargos conferidos a medios propios personificados por parte de poderes adjudicadores exigen, en la LCSP, la concurrencia cumulativa de los siguientes requisitos(...)”

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 y que difiere de la figura jurídica de la encomienda de gestión que regula el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector

Público, que exige como requisitos que concurren razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Por lo tanto estos dos requisitos no son objeto de examen para verificar la adecuación y cumplimiento de los requisitos legales de los encargos de la LCSP.

Sexto. De acuerdo con el artículo 44.1 e) son susceptibles de recurso especial la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

El hecho de que el artículo 40 c) al referirse a las causas de anulabilidad se ciña en el caso de los encargos a que éstos no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio, como afirma TRAGSA en sus alegaciones, no debe suponer que el control deba entenderse limitado únicamente a estos apartados. Procede por tanto el examen de acuerdo con lo previsto en el artículo de que el encargo cumple los requisitos legales, que a estos efectos son todos aquellos que regula el artículo 32 en toda su extensión.

Los requisitos son los siguientes:

1º) la conceptualización propia del encargo de acuerdo con lo previsto en el artículo 32.1, los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, 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.

A continuación se analizará la concurrencia del resto de requisitos previstos en el artículo 32.

2º) El requisito del control (artículo 32.2.a), o exigencia de que el poder adjudicador ejerza sobre el medio propio un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios. El referido control se concreta en la LCSP en la posibilidad de que el

poder adjudicador ejerza una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y decisiones significativas del medio propio.

Así expresó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 29 noviembre 2012 qué debe entenderse por control análogo: “Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control (sentencias, antes citadas, *Parking Brixen*, apartado 65, *Coditel Brabant*, apartado 28, y *Sea*, apartado 65). En otros términos, la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control estructural y funcional (sentencia *Comisión/Italia*, antes citada, apartado 26). El Tribunal de Justicia exige también que dicho control sea efectivo (sentencia *Coditel Brabant*, antes citada, apartado 46). (...) si una administración pública se convierte en socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público, el control que las administraciones públicas que son socios de dicha sociedad ejercen sobre ella puede ser considerado análogo al control que ejercen sobre sus propios servicios cuando es ejercido conjuntamente por tales administraciones públicas (sentencia *Sea*, antes citada, apartado 63). (...) cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una administración pública se adhiere a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia – según el cual, para que tales administraciones públicas queden dispensadas de la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de conformidad con las normas del Derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios– se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión”.

La recurrente considera que la Dirección General del Agua que efectúa concretamente este encargo es la que debe ostentar ese control sobre TRAGSA para que este requisito se entienda cumplido, sin embargo no es esta la interpretación que se detrae de la jurisprudencia del TJUE.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en la resolución arriba citada recopiló estos criterios de interpretación de los que destacamos: *“El requerido control análogo existirá no solo en función del porcentaje de participación en el capital social — criterio de participación que es condición sine qua non, tal y como se señaló en la STJUE de 19 de abril de 2007, Asemfo—, sino en función de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente que realiza el encargo, sin que exista en estos casos verdadera autonomía contractual (STJUE de 21 de julio de 2005, Padania Acque). Eso explica que varias entidades pueden disponer de control análogo sobre un mismo ente propio, como ha declarado el TJUE en su sentencia de 13 de noviembre de 2008, Coditel, (apartados 50, 52 y 54) afirmando que lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo, no siendo indispensable que el control sea individual (apartado 46).*

En todo caso, la consecuencia del control análogo es la de la obligatoriedad de aceptar y ejecutar los encargos por el ente que los recibe, y no lo contrario (en correcta interpretación de la doctrina fijada en la Sentencia de 11 de mayo de 2006, Cabotermo). Control análogo que es de carácter funcional y no formal — no basta con la mera declaración legal—, que obliga a acreditar que efectivamente existe ese poder de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la Sociedad al que se refería la citada Sentencia TJUE de 13 octubre de 2005 (Parking Brixen). Así lo corrobora la STJUE de 10 de septiembre de 2009, Wasser, al indicar que: «Sin perjuicio de la comprobación por el órgano jurisdiccional remitente de la efectividad de las disposiciones estatutarias de que se trata, cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, cuando:

– la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas, y

– a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad».

De lo descrito se constata que una de las cuestiones más controvertidas es determinar, pues, cuándo, al margen de la participación en el accionariado, hay control análogo, ya que «...lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo...» (Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Coditel, apartado 46).

Esta cuestión tiene interés para poder determinar cuándo puede ser válido un control conjunto en supuestos de cooperación vertical. La STJUE de 29 de noviembre de 2012, *Econord Spa*, que mantiene la misma línea que las dos precedentes (Sentencias de 10 de septiembre, *Sea Srl* y 13 de noviembre de 2008, *Coditel*) admite la posibilidad de un control análogo colectivo sobre un medio propio siempre que haya una participación tanto en el capital como en los órganos de dirección.

En todo caso, aún admitiendo la posibilidad teórica de control conjunto, el control sobre el medio propio debe ser efectivo. (...)”

En el caso que nos ocupa 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).

Asimismo, TRAGSA y su filial TRAGSATEC tendrán la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos de las entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador y podrán recibir sus encargos, siempre y cuando se cumplan los requisitos que establece el artículo 33.”

Este control conjunto se ha visto reflejado en el artículo 2 bis de los Estatutos Sociales de la citada mercantil.

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.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.

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.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.

Requisito que ha ya quedado expuesto anteriormente.

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

No existe actuación contraria a los intereses de los encargantes por parte de TRAGSA.

Por otro lado el TJUE ya tuvo en su momento ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en la sentencia de 19 abril 2007 TRAGSA C-295/07: *“(55)... es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, de conformidad con las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque el contratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan (véanse las sentencias de 18 de diciembre de 1999, Teckal, C-107/98, apartado 50; de 11 de enero de 2005, Stand Halle y RPL Lochau, C-26/03, apartado 49; de 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03, apartado 38; de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria,, C-29/04, apartado 34, y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, apartado 33).(...)* En lo que se refiere al primer requisito, relativo al control de la autoridad pública, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por si solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei). En el asunto principal resulta de los autos,..., que el 99% del capital social de Tragsa pertenece al Estado español,..., y que cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1% de dicho capital. A este respecto, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las Comunidades Autónomas, con respecto a las cuales Tragsa debe ser considerada un tercero. En efecto, del artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997 y de los artículos 3, apartados 2 a 6, y 4, apartados 1 y 7, del Real Decreto 371/1999 parece derivarse que Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas. De esta normativa nacional también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las Comunidades autónomas como medio propio instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español,



Tragsa no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas Comunidades no tienen naturaleza contractual.(...) por consiguiente, parece que Tragsa no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen parte de su capital. En cuanto al segundo requisito, conforme al cual Tragsa debe realizar lo esencial de su actividad con el ente o entes públicos a los que pertenece, de la jurisprudencia resulta que, cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de esos entes territoriales, sino con dichos entes considerados en conjunto (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 70). En el asunto principal, como resulta de los autos, Tragsa realiza por término medio más del 55% de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35% con el estado. De lo anterior resulta que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan”.

3º. El requisito de la actividad (artículo 32.2.b y 32.4., b)), que implica que la parte esencial de la actividad del medio propio, que la LCSP concreta en un porcentaje superior al 80%, se lleve a cabo en ejercicio de cometidos conferidos por el poder adjudicador, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo. El artículo 32.2.b) de la LCSP regula la forma de computar el referido porcentaje de actividad del 80%: “A estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo”, añadiendo que “Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador que hace el encargo, o debido a la reorganización de las actividades de este, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del

nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio”.

Consta certificación en el expediente de que el porcentaje de actividad desarrollada por TRAGSA para los poderes adjudicadores en el período 2005-2017 es del 91%, sin que sea preceptivo que sea efectuado el 80% en favor de la Dirección General del Agua, atendiendo al principio de personalidad jurídica única de la Administración General del Estado y de las demás Administraciones Públicas (artículo 3.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público)

4º. Exclusión de capital privado en el medio propio que sea una personificación jurídico- privada (artículo 32.2.c y 32.4, c): cuando el ente destinatario del encargo sea una persona jurídico- privada, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública. Requisito que se cumple en este caso y que ya reconoce el propio recurrente.

5º. Requisito formal: el artículo 32.2.d) y 32.4,c) de la LCSP mantiene y desarrolla el requisito adicional ya establecido por el legislador español en el artículo 24.6 del TRLCSP, de que la condición de medio propio se reconozca expresamente en sus estatutos o normas de creación. Los estatutos o actos de creación deberán concretar los poderes adjudicadores de los que es medio propio, el régimen jurídico y administrativo de los encargos, y la imposibilidad de participar en las licitaciones convocadas por los poderes adjudicadores de los que la entidad sea medio propio personificado.

Como se ha adelantado anteriormente esta circunstancia se ha hecho constar en los Estatutos de la mercantil en su artículo 2 bis.

A la vista de todo lo expuesto anteriormente se observa que de acuerdo con el artículo 44.2 e) de la LCSP el control que puede efectuar este tribunal respecto a la formalización de encargos a medios propios es el referido al cumplimiento de los requisitos legales, entendidos en los términos y extensión arriba expuestos. Concluyéndose que en este supuesto de acuerdo con lo previsto en el artículo 32 de la LCSP el encargo formalizado a TRAGSA se considera ajustado a derecho.

Por lo expuesto procede la desestimación del recurso interpuesto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso especial interpuesto por D.J.M.H.D.A. en representación de la ASOCIACION ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA) contra el encargo de la Dirección General del Agua del Ministerio para la Transición Ecológica a TRAGSA de las *“Obras correspondientes al proyecto de recuperación ambiental del río Segura tramo comprendido entre los Sotos de los Álamos y la Hijuela. T.M de Molina de Segura y Alguazas (Murcia)”* Expediente 07.400-0466/2111.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.