



VICEPRESIDENCIA
PRIMERA DEL GOBIERNO

MINISTERIO
DE HACIENDA

SUBSECRETARÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

Recurso nº 1969/2025

Resolución nº 384/2026

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 5 de marzo de 2026

VISTO el recurso interpuesto por D. P.J.R, en representación de INVESTIGACION, PLANIFICACION Y DESARROLLO, S.A., contra el anuncio y encargo a medio propio personificado de las *“Labores de observación a bordo de buques pesqueros y de investigación, destinado al IEO.”*, expediente 34280/25, convocado por la SECRETARÍA GENERAL DE LA AGENCIA ESTATAL CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, M.P. (CSIC); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 4 de noviembre de 2025, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) el anuncio y encargo a medio propio personificado (la sociedad mercantil estatal TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A., S.M.E., M.P -TRAGSATEC)-, siendo el objeto del encargo las *“Labores de observación a bordo de buques pesqueros y de investigación, destinado al IEO.”*. Previamente, la Abogacía del Estado había emitido informe favorable a la resolución de encargo con fecha 3 de noviembre de 2025.

El encargo tiene un valor estimado de 8.165.868,42 euros.

El encargo lleva a cabo de conformidad con lo establecido 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 (LCSP en adelante), y en las normas de desarrollo en materia de contratación.

Segundo. Con fecha de 24 de noviembre de 2025, la recurrente presentó recurso especial en materia de contratación contra el anuncio y acuerdo del encargo. En su recurso, solicita que el Tribunal revoque y deje sin efecto el acto impugnado.

Tercero. Previo requerimiento y traslado del recurso de la Secretaría General de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquél, quien interesa la desestimación del recurso.

Cuarto. La Secretaría General del Tribunal dio traslado del recurso a TRAGSATEC, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimara oportuno, presentase alegaciones sobre el recurso, habiéndolas presentado e interesado la desestimación del mismo.

Quinto. Con fecha 23 de diciembre de 2025, la secretaria general del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución acordando la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de ser impugnado en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1 de la LCSP, último párrafo que determina:

“Asimismo, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación (...) los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso,

cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios”.

El importe del encargo es superior a 3 millones de euros, además de impugnarse su acuerdo de formalización a un medio propio, por lo que supera los 100.000 euros de valor estimado que se establecen para los contratos de servicios, como señala el precepto transcrito.

Por otra parte, conforme señala el artículo 44.2 e) de la LCSP *“La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales”.*

Segundo. La recurrente está legitimada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LCSP, al tratarse de una potencial licitadora, a la que está vedada la posible participación por haberse establecido un encargo a medio propio, pero cuyos intereses legítimos se ven afectados por el encargo impugnado, pues, de hecho, fue adjudicataria en el contrato inmediatamente anterior, con objeto similar, tramitado por procedimiento abierto.

Tercero. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe indicarse que la recurrente interpuso el recurso el 24 de noviembre de 2025, y la formalización del encargo fue publicada en la PCSP el 4 de noviembre de 2025, y por ello dentro del plazo del artículo 50.1 f) de la LCSP, conforme al cual:

“1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

[...]

f) Cuando el recurso se interponga contra un encargo a medio propio por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 32 de la presente Ley, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante”.

Cuarto. En lo que se refiere al fondo del asunto, la recurrente alega, en primer lugar, que el CSIC ha establecido un presupuesto demasiado elevado para el encargo en relación al

precio del contrato de objeto semejante que le fue adjudicado a ella en el año 2021 y que ello ha vulnerado el principio de utilización eficiente de los recursos públicos, al haberse incrementado el presupuesto actual del encargo en un 233% y apunta también a una posible malversación. Aduce que el encargo a un medio propio tiene carácter excepcional al régimen general de la licitación, y que permitir que el medio propio pueda contratar prestaciones parciales con terceros de hasta el 50% del importe del encargo, implica una vulneración de la normativa europea, y constituye una forma de desvirtuar la figura del medio propio. También defiende la existencia de falta de motivación del acto impugnado, que se le ha causado indefensión y la nulidad del encargo por la ausencia de un informe técnico que justifique de forma razonada y suficiente la necesidad del encargo en las condiciones económicas fijadas. Posteriormente, y tras la presentación del recurso ha solicitado la vista del expediente.

Quinto El órgano de contratación en el informe evacuado defiende que el recurrente incurre en un error de interpretación de las cantidades a facturar, así como en un error de cálculo, además de no tener en cuenta el contexto y la coyuntura actuales, y basarse exclusivamente en datos obsoletos. Añade al respecto de los sobrecostos que el presupuesto ha sido elaborado basándose en exclusiva en las tarifas oficiales aprobadas por resolución de 24 de abril de 2025, de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión para la determinación de las tarifas de TRAGSA, por el que se aprueban las tarifas 2025 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 LCSP y se revisan los coeficientes para la actualización de los precios simples en actuaciones no sujetas a impuestos, por lo que su cálculo no es ni subjetivo ni arbitrario.

Opone también que no existe exceso de permisividad en la subcontratación de aspectos de la ejecución, ya que la citada ley permite el máximo del 50% y es lo que ha cumplido el órgano de contratación. Por ello, concluye que procede la desestimación del recurso, al ajustarse el encargo formalizado completamente a derecho, y solicita, asimismo, la imposición de multa al recurrente por mala fe.

Sexto. TRAGSATEC por su parte defiende, con carácter previo, que el recurso contra un encargo debe fundamentarse en el incumplimiento de lo establecido en el artículo 32 de la LCSP y, en este caso, el encargo realizado por el CSIC a TRAGSATEC no está incardinado en esta categoría, ya que dicho encargo sí que cumple con los requisitos establecidos, por lo que la recurrente, a su juicio, plantea una cuestión de oportunidad, no un incumplimiento legal de los requisitos del encargo.

Mantiene que el encargo a un medio propio no tiene carácter excepcional, ni debe ser objeto de justificación concreta sobre su eficiencia y eficacia, pudiendo acudir las entidades que tienen medios propios a la contratación o a realizar un encargo a un medio propio, en caso de que tengan una necesidad a satisfacer, y siempre que se cumplan con los requisitos legales para cada una de las figuras. En cuanto al sobrecoste sostiene que el objeto de los contratos suscritos por el recurrente y el CSIC difiere sustancialmente del encargo a TRAGSATEC, por lo que no resulta admisible la comparativa realizada y que además debe tenerse en cuenta adicionalmente el tiempo transcurrido desde la formalización de dichos contratos y el período en que estaría vigente el encargo.

Sobre la trasposición de la directiva a la norma española de contratación pública, opone que sí lo está, aunque este procedimiento no es el legalmente establecido para tales motivos o pretensiones, y que no es causa para impugnar el encargo realizado a TRAGSATEC, en cuanto, pues, la posibilidad prevista en el encargo de contratar con terceros prestaciones parciales se ajusta estrictamente a lo dispuesto en el artículo 32.7 de la LCSP. Defiende asimismo que la entidad encargante ha justificado la necesidad que debe suplir, y se ha emitido informe favorable respecto al encargo recurrido por la Abogacía del Estado y que no existe falta de motivación del acto impugnado, sino una necesidad acreditada por parte de una entidad pública que en ejercicio de su potestad de auto organización decide suplirla acudiendo a la figura de encargo a medio propio.

Por otro lado, en cuanto al presupuesto del encargo, opone que queda acreditado que el mismo se ha calculado conforme al régimen tarifario aplicable a los encargos y conforme a las tarifas vigentes para TRAGSATEC en el momento de la resolución del encargo, las cuales no son aprobadas internamente, sino por una Comisión externa que realiza un

examen y estudio exhaustivo, fijando las tarifas a nivel nacional para que representen los costes reales totales incluyendo costes directos, indirectos y gastos generales.

Considera también que el recurrente lanza una grave acusación, sin ningún tipo de rigor, sobre la utilización irregular de financiación europea y que tal financiación es legalmente posible para este tipo de actuaciones. Finalmente, concluye que no concurre causa de nulidad o anulabilidad alguna.

Séptimo. En primer lugar, debemos resolver la solicitud de vista del expediente. Para ello debemos partir de lo que señala el artículo 52 LCSP:

“1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

*3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo **de diez días**, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo **de dos días hábiles** al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y **cinco días hábiles** a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente”.*

Asimismo, dispone el artículo 29.3 del Real Decreto 815/2014, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones

en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales :

"Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones".

Por su parte el artículo 16 del citado Real establece que *"Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.*

La solicitud de acceso al expediente podrán hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud".

En cuanto al alcance y límites de este derecho de acceso el artículo 29.2 del propio Real Decreto 814/2015 dispone: *"Los interesados podrán tomar cuantas notas necesiten para formular sus alegaciones y solicitar copia o certificado de aquellos documentos contenidos en el expediente que sean indispensables para ejercer su derecho de defensa, que se expedirán por la Secretaría siempre que los medios disponibles lo permitan y no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos."*

Estos preceptos deben ser puestos en relación con el contenido en el artículo 133 LCSP, que señala:

"1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la

publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

El deber de confidencialidad del órgano de contratación, así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.”

A la vista de lo anterior, este Tribunal ha venido generando una doctrina constante, que viene a señalar:

- a) El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada.
- b) El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada.

c) La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros.

d) En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso.

En nuestro caso el recurrente ha solicitado acceso al expediente el 26 de enero de 2026, esto es fuera del plazo para presentar el recurso, y lo ha solicitado directamente a este Tribunal y no al órgano de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 52 LCSP citado y transcrito procede denegar tal solicitud.

Octavo. En relación con esta figura del encargo a medios propios, señalamos en nuestra resolución nº 696/2022, de 16 de junio (Recurso nº 590/2022 C.A. Principado de Asturias 33/2022):

“Octavo. Expuestas las posiciones de las partes, hemos de comenzar, subrayando que la función de este órgano se ha de limitar a revisar la formalización de los encargos a medios propios, desde el punto de vista de su adecuación al ordenamiento jurídico (artículos 44.2 e) y 57.2 de la LCSP), correspondiendo, en consecuencia, a este Tribunal comprobar únicamente si se cumplen los requisitos que establece el ordenamiento jurídico para poder realizar los encargos y teniendo en cuenta exclusivamente los motivos de impugnación expresamente identificados en el recurso, en aplicación del principio de congruencia.

Atendido lo anterior, los motivos del recurso son los siguientes:

Primero. Falta de justificación para acudir a la figura de encargo a medio propio.

Segundo. La encomienda de gestión es un régimen excepcional. Vulneración de los principios de publicidad y concurrencia que rigen la contratación administrativa.

Tercero. Inadecuación del objeto social de TRAGSA para ejecutar el encargo conferido.

Cuarto. La LCSP incumple la Directiva 2014/24/CE.

Quinto. Vulneración del artículo 11 de la LRJSP, Nulidad de la encomienda.

Sexto. No se controla la eficiencia de la encomienda.

Analizaremos por separado cada uno de ellos, si bien por razones de eficiencia comenzaremos por el segundo motivo, pues nos exige analizar el régimen jurídico de los medios propios y de los encargos en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Noveno. Sostiene la recurrente en el segundo de los motivos de su recurso que la encomienda de gestión es un régimen excepcional y que con la realizada por el Principado de Asturias a favor de TRAGSA, se vulneran los principios de publicidad y concurrencia que rigen la contratación administrativa.

El recurso confunde encomienda de gestión con encargo, dos figuras jurídicas con límites perfilados con mayor precisión en la LRJSP. Sin perjuicio de que entremos con mayor detalle en este tema, al analizar la vulneración del artículo 11 de la LRJSP, que se denuncia como motivo quinto, a efectos del que nos ocupa, consideraremos que lo que en realidad cuestiona es el encargo a TRAGSA, como medio propio destinatario del encargo, pues se cita expresamente el artículo 86 de la LRJSP que regula los medios propios.

Centrada así la cuestión, el recurso ataca el encargo señalando que su elección ha de ser realizada con carácter excepcional, frente a la regla general que ha de ser la contratación pública, cuyos principios han de prevalecer frente a aquella. Partiendo de dicho razonamiento, considera que no se ha motivado en esta ocasión el recurso al encargo: “solo una exquisita motivación se podría entender que se renuncie a los principios de publicidad, concurrencia y eficiente utilización de los fondos públicos utilizados en la realización de obras públicas”. Cita en su apoyo los artículos 1 de la LCSP y 3 y 86 de la LRJSP y cierra su motivación, señalando que la ausencia de informes justificativos de este encargo, conduce a la declaración de su nulidad.

Pues bien, este Tribunal considera que el encargo no es un régimen excepcional, sino una alternativa a la contratación pública y que, conforme a la legislación vigente, acreditada la condición de medio propio de la entidad a quien se realiza el encargo en el momento de su creación o con posterioridad, dicha declaración evita que se exija una motivación ad hoc para cada encargo de los extremos que establece el artículo 86 de la LRJSP.

Los motivos para llegar a dicha conclusión son los siguientes:

I. El encargo a medios propios es una manifestación de la potestad de auto organización de las Administraciones Públicas, indicada en el artículo 31 de la LCSP que señala lo siguiente:

“1. Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual:

a) Mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, mediante el oportuno acuerdo de encargo.”

Este precepto tiene su origen en el apartado 1 del artículo 12 y en el considerando 5 ambos de la Directiva 2014/24/UE, los cuales han sido transpuestos a nuestro ordenamiento jurídico interno en los artículos 31, 32 y 33 de la LCSP. Estos preceptos permiten a un poder adjudicador asignar a otra persona jurídica de Derecho público o privado la ejecución de una obra o la prestación de un servicio o suministro, quedando este excluido del ámbito de aplicación de la Directiva, siempre que se cumplan todas y cada una de las condiciones que en ellos se establecen, en función de la relación jurídica concreta.

Por consiguiente, la decisión de realizar este tipo de ejecución directa, está vinculada primero a la adecuada creación o consideración de una entidad como medio propio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 de la LRJSP y en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32 de la LCSP. En segundo lugar, se exige que el encargo cumpla una serie de

requisitos y condiciones determinantes de su plena validez que se establecen en los apartados 6 y 7 del artículo 32 de la LCSP. En el caso de TRAGSA es, además, necesario tener en cuenta el contenido de lo dispuesto en la DA 23ª de la LCSP.

En ese contexto, los encargos son una opción lícita y en ese sentido se ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En efecto, las resoluciones más recientes, en concreto, el Auto del TJUE (Sala Novena) de 6 de febrero de 2020, partiendo de su “sentencia Irgita” de 3 de octubre de 2019, C-258/18) analiza la adecuación a Derecho Comunitario, Directiva 2014/24, de una legislación nacional que supedite la celebración de una operación interna (encargo en nuestro Derecho) a la demostración de los beneficios específicos que reporta a la sociedad el hecho de acudir a esa figura. Al hacerlo, en dichos considerandos se establece que el artículo 12 de la Directiva faculta a los Estados miembros a excluir una operación del ámbito de aplicación de la Directiva, de la contratación pública y esa decisión implica literalmente una libertad de elección; la Directiva no obliga así a recurrir a un procedimiento de contratación pública ni les obliga a realizar una operación interna:

«31 Como el Tribunal de Justicia señaló en la sentencia de 3 de octubre de 2019, Irgita (C-285/18, en lo sucesivo, «sentencia Irgita», EU:C:2019:829), apartado 41, la Directiva 2014/24 tiene por objeto, como se expone en su considerando 1, coordinar los procedimientos de contratación nacionales por encima de determinado valor.

32 Del apartado 43 de la sentencia Irgita se desprende que el artículo 12, apartado 1, de esta Directiva, relativo a las operaciones internas, y que se limita, por lo tanto, a precisar las condiciones que un poder adjudicador debe respetar cuando desea celebrar una operación interna, solo tiene el efecto de facultar a los Estados miembros a excluir una operación de este tipo del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24.

33 Por consiguiente, esta disposición no puede privar a los Estados miembros de la libertad de privilegiar una forma de prestación de servicios, ejecución de obras o suministro de materiales en detrimento de otras. En efecto, esta libertad implica una elección que se realiza en una fase anterior a la de la adjudicación de un contrato y que no puede, por ello,

estar incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 (sentencia Irgita, apartado 44).

34 La libertad de los Estados miembros en cuanto a la elección de la forma de prestación de servicios mediante la que los poderes adjudicadores subvendrán a sus propias necesidades se deriva también del considerando 5 de la Directiva 2014/24, que establece que «ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva» y confirma, de este modo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anterior a la citada Directiva (sentencia Irgita, apartado 45).»

En ese mismo sentido nos hemos pronunciado, entre otras, en nuestra Resolución nº 1106/2019.

Partiendo de esa premisa, la Administración Pública puede libremente decidir acudir al encargo a un medio propio o a la contratación pública. Ningún reproche ni connotación negativa merece la elección, siempre que esta se haga reuniendo los requisitos exigibles para ello, que, a continuación, expondremos.

II. La regulación del medio propio se establece actualmente en los artículos 86 de la LRJSP y 32 (apartados 2, 3 y 4) de la LCSP y, además, en el caso de TRAGSA es preciso tener en cuenta lo dispuesto en la DA 24ª de la LCSP.

El artículo 86 de la LRJSP aborda la creación o la consideración de una entidad como medio propio. Su redacción vigente 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.”

El apartado 1 de este artículo, establece que las entidades del sector público institucional “podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos” de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador, cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, remisión que ahora debe entenderse referida al artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Para ello, conforme a su apartado segundo es preciso acreditar 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:

Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.

Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.”

La clave está en que dicho artículo, como comenzábamos señalando, no regula los encargos sino la adquisición de la condición de medio propio por parte de una entidad, en el momento de su creación o con posterioridad.

Solo así tiene sentido, la exigencia de que la condición de medio propio forme parte de su denominación social y que forme parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos; comprobación que para los medios propios estatales es exclusivamente competencia de la Intervención General de la Administración del Estado y no de la entidad que realiza el encargo.

La Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), al realizar el control de eficacia y la supervisión de un medio propio, es quien debe 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.

La IGAE realiza ese control (o debiera realizarse) en el momento de creación del medio propio o en un momento ulterior, si la adquisición de dicha condición se produce con posterioridad al momento de creación del ente. Asimismo, el control ha de realizarse periódicamente e incluso en coordinación con la auditoría privada externa cuando esta resulte preceptiva, en los términos que establece la Nota Técnica de la Oficina Nacional de Auditoría 1/2021 sobre la consideración de medio propio en la auditoría de cuentas.

La citada Nota Técnica 1/2021 establece los criterios del control al medio propio “en funcionamiento” tras la modificación de los apartados 2 y 5 del artículo 32 de la LCSP, llevada a cabo por la Disposición final 40ª de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre.

En efecto, pese a la supresión legal del mecanismo de control del medio propio que suponía la obligatoria mención en la Memoria de los requisitos del artículo 32 de la LCSP y de las consecuencias en caso de incumplimiento, la Nota Técnica citada precisa cómo han de reflejarse los incumplimientos en las auditorías. Las consecuencias legales serán ya las propias del incumplimiento de una norma imperativa, ante la redacción de los apartados 2 y 4 del artículo 32 de la LCSP y la doctrina que sobre la cuestión establece la reciente sentencia del TJUE (Sala cuarta) de 12 de mayo de 2022, asunto C-719/20.

III. La interpretación anterior se refuerza 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.

En efecto, el vigente artículo 86.3 de la LRJSP establece que cuando se cree un nuevo medio propio, la comprobación del cumplimiento de los citados requisitos se ha de realizar por la Intervención General del Estado, 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.

IV. Ítem más, a la misma conclusión llegamos con base en lo dispuesto en el Preámbulo V de la Ley 40/2015 y nos hemos pronunciado en nuestra Resolución nº 120/2019.

En el preámbulo de la Ley 40/2015 se señalaba expresamente (la negrita y el subrayado son nuestros):

“Se incorpora al contenido de la Ley la regulación de los medios propios y servicios técnicos de la Administración, de acuerdo con lo que en la actualidad se establece en la normativa

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

En nuestra Resolución nº 1106/2019, de 7 de octubre ya decíamos que:

“Este Tribunal, en Resolución 1156/2018, de 17 de diciembre, ya ha sentado que “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.”

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”.

V. A idéntica conclusión llegamos con base en lo dispuesto en los artículos 44.1 e), 39 y 40 de la LCSP.

El artículo 44.1 e) de la LCSP, al identificar al encargo como acto susceptible de recurso especial, señala que es la formalización de los mismos sin cumplir los requisitos legales.

A continuación, el artículo 39 identifica como motivos comunes de nulidad para toda actuación impugnada los enumerados en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 40 como motivos para la anulabilidad de los encargos el incumplimiento de los requisitos señalados en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32 de la LCSP.

Atendido lo anterior, la infracción del artículo 86 de la LRJSP no puede encuadrarse en los motivos de nulidad o anulabilidad del encargo, de forma que el cumplimiento de los requisitos del artículo 86 de la LRJSP debe concurrir en el medio propio y no en el encargo.

VI. El análisis anterior y las conclusiones serían aplicables a cualquier medio propio. En el caso que nos ocupa, es preciso además tener en cuenta que TRAGSA, a diferencia de otros entes instrumentales, tiene la condición de medio propio personificado reconocida en una norma con rango de ley, concretamente en la citada Disposición Adicional 24ª de la LCSP, condicionándose únicamente los encargos que reciba al cumplimiento de los requisitos del 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, exclusivamente, sin referencia alguna al artículo 86 de la LRJSP, ni a la necesidad de justificar la realización del encargo.

VII. El criterio que se ha expuesto confirma la posición defendida en anteriores resoluciones de este Tribunal, siendo la más reciente la 1106/2019, tras las modificaciones legislativas que se han comentado.

Es, además, el criterio defendido por la IGAE en la Nota Técnica 1/2021, anteriormente citada y en las Resoluciones de ese centro directivo que en ella se citan.

Finalmente, ese el criterio defendido por la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado en sus dictámenes más recientes; por todos el 52/2021 (R-361/2021).

Por todo ello, las consideraciones de la recurrente sobre la necesidad de apreciar y motivar en cada encargo el cumplimiento de los requisitos del artículo 86.2 de la LRJSP, han de ser rechazadas, pues no se puede exigir el cumplimiento de estos requisitos en cada uno de los encargos, es decir que se acredite la eficacia, la eficiencia o la urgencia, sino que los mismos han de cumplirse por el medio propio personificado de manera general para obtener dicha condición, sin perjuicio de que se le someta a un control periódico para verificar que sigue cumpliendo con ellos. Razones por las cuales el motivo debe ser desestimado.

(...)

Los encargos a medios propios se regulan con carácter general en los apartados 6 y 7 del artículo 32 de la LCSP:

“6. 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.*
- b) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos previstos del artículo 63.6. El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo.*
- c) Los órganos de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poder adjudicador en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.3 de esta Ley,*

necesitarán autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo, sea igual o superior a doce millones de euros.

La autorización del Consejo de Ministros a que se refiere el párrafo anterior deberá obtenerse antes de la suscripción del encargo por el órgano competente. Una vez obtenida la autorización, corresponderá a los órganos competentes la aprobación del gasto y suscripción del encargo, de conformidad con lo dispuesto en las respectivas normas.

A efectos de obtener la citada autorización, los órganos competentes deberán remitir al menos los siguientes documentos: el texto del encargo; el informe del servicio jurídico; así como el certificado de existencia de crédito o, tratándose de poderes adjudicadores con presupuesto estimativo, los documentos equivalentes que acrediten la existencia de financiación.

Requerirán igualmente la previa autorización del Consejo de Ministros las modificaciones de encargos autorizados por el Consejo de Ministros, cuando superen el 20 por cien del importe del encargo.

La autorización que otorgue el Consejo de Ministros será genérica para la suscripción del encargo, sin que en ningún caso implique una validación de los trámites realizados, ni exima de la responsabilidad que corresponda a las partes respecto de la correcta tramitación y realización del encargo.

7. A los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido de conformidad con el presente artículo, se le aplicarán las siguientes reglas:

a) El contrato quedará sometido a esta Ley, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas contenidas en el Título I del Libro Tercero de la presente Ley.

b) El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo. No se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiriera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.

No será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente, no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Tampoco será aplicable a los contratos que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información, así como a los que celebren los medios propios cuyas funciones sean el fomento de las telecomunicaciones, el desarrollo de la sociedad de la información y sociedad digital.

Excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución. La justificación de que concurren estas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con éste.”

La infracción por el encargo que nos ocupa de los requisitos que enumeran los citados apartados 6 y 7 del artículo 32, habrían conducido a su anulación con base en lo señalado en el artículo 40 de la LCSP.

La recurrente nada dice al respecto, fundando su oposición al encargo en la existencia de empresas privadas del sector de la construcción y en la necesidad de acreditar en el encargo la concurrencia de las circunstancias señaladas en el artículo 86.2 de la LRJSP.

Pues bien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la LCSP, la existencia de empresas del sector privado capaces de ejecutar las obras objeto de encargo no impide que el Principado de Asturias acuda a la figura del encargo a un medio propio. Téngase en cuenta que, como hemos razonado en el Fundamento de Derecho anterior, el encargo se configura como una manifestación de la potestad auto de organización y como una alternativa a la contratación pública, tanto por nuestro ordenamiento jurídico como por el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE.

Sobre la justificación al realizar el encargo de que concurre urgencia/emergencia o que es una opción más eficiente que la contratación pública, resultando sostenible y eficaz aplicando criterios de rentabilidad económica, reiteramos aquí las consideraciones realizadas en el Fundamento de Derecho anterior, que nos conducían a señalar que este Tribunal considera que el encargo no es un régimen excepcional, sino una alternativa a la contratación pública y que, conforme a la legislación vigente, acreditada la condición de medio propio de la entidad a quien se realiza el encargo en el momento de su creación o con posterioridad, que, además, exige la comprobación, en ese momento, que se trata de una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz (artículo 86.2 a) LRJSP), dicha declaración evita que se exija una motivación ad hoc para cada encargo de los extremos que establece el artículo 86 de la LRJSP.

Por todo ello, procede desestimar este motivo de recurso.

(...)

Tanto el artículo 86.2 de la LRJSP como el artículo 32.2.d) 2º de la LCSP se refieren a la ejecución de encargos por medios propios personificados “de conformidad con su objeto social”.

Las funciones de TRAGSA aparecen legalmente delimitadas en la disposición adicional vigésima cuarta de la LCSP, cuyo apartado primero dispone lo siguiente:

“La «Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P.» (TRAGSA), y su filial «Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A., S. M. E., M. P.» (TRAGSATEC), tienen por función entre otras, la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural, conservación del medioambiente, adaptación y mantenimiento de aplicaciones informáticas, control sanitario animal, atención a emergencias, y otros ámbitos conexos, con arreglo a lo establecido en esta disposición.”

Este apartado es desarrollado en esa misma Disposición Adicional, en los apartados 4 y 5 que señalan textualmente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

TRAGSA y su filial TRAGSATEC también estarán obligadas a satisfacer las necesidades de las entidades del sector público de las que son medios propios personificados en la consecución de sus objetivos de interés público mediante la realización, por encargo de los

mismos, de la planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de asistencias y servicios técnicos en los ámbitos de actuación señalados en el apartado anterior, o mediante la adaptación y aplicación de la experiencia y conocimientos desarrollados en dichos ámbitos a otros sectores de la actividad administrativa.

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

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

(...)

Duodécimo. La LCSP incumple la Directiva 2014/24/CE.

Los encargos a medios propios regulados en el artículo 32 de la LCSP (con los precedentes que constituyeron el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), en la redacción dada por el artículo 34 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública; el artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público (LCSP), y el artículo 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre)), trae causa del Derecho Comunitario, siendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la que definió inicialmente las notas características de esta figura, que se incorporaron a las Directivas Comunitarias y, de éstas, al Derecho interno de los Estados miembros (por todas sentencia del TJUE, Sala cuarta de 12 de mayo de 2022, asunto C-719/20 y las que en ella se citan).

El artículo 32.2 de la LCSP desarrolla los requisitos a los que, con carácter general, se supeditan los encargos conferidos por poderes adjudicadores a medios propios personificados, consistentes en:

- 1) Control directo o indirecto del poder adjudicador que puede conferir encargos sobre el medio propio, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, y plasmado en la existencia de una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas;*
- 2) Realización de más del 80 por ciento de la actividad del medio propio en ejercicio de los encargos conferidos por el poder adjudicador, o por personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo, estableciendo el artículo 32.2.b) reglas aplicables para el cálculo de dicho porcentaje.*
- 3) Cuando el medio propio sea una personificación jurídica privada, exigencia de que todo su capital o patrimonio sea de titularidad pública.*
- 4) Requisitos formales exigidos, con carácter adicional, por el legislador español: i) reconocimiento de la condición de medio propio en los estatutos o normas de creación, previa conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio, y previa verificación por la entidad de la que el medio propio dependa de que éste dispone de medios personales o materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social (esto último, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)); ii) inclusión de determinado contenido en los estatutos sociales del medio propio (concretamente, determinación del poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición, régimen jurídico y administrativo de los encargos, y establecimiento de la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que el medio propio dependa, sin perjuicio de la posibilidad de que se le encargue la ejecución las prestaciones correspondientes a licitaciones que hubieran quedado desiertas).*

Pues bien, el artículo 32 de la LCSP regula en su apartado 4, los encargos realizados a un ente que tiene la condición de medio propio con relación a varios poderes adjudicadores, estableciendo lo siguiente:

“4. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:

a) Que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades.

Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

1.º Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.

2.º Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.

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

(...)

b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores. El cálculo del 80 por ciento se hará de acuerdo con lo establecido en la letra b) del apartado 2 de este artículo.

(...)

c) Que cumplan los requisitos que establece este artículo en su apartado 2 letras c) y d)".

El precepto incorpora la regulación contenida en el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, cuyo apartado 3 se refiere expresamente al control conjunto análogo, en términos coincidentes con los del artículo 32.4 de la LCSP:

"3. Un poder adjudicador que no ejerza sobre una persona jurídica de Derecho público o privado un control en el sentido del apartado 1 podrá, no obstante, adjudicar un contrato público a dicha persona jurídica sin aplicar la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que el poder adjudicador ejerza sobre dicha persona jurídica, conjuntamente con otros poderes adjudicadores, un control análogo al que ejerce sus propios servicios;

b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores;

c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las modalidades de participación de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no suponga el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

A efectos de la letra a) del párrafo primero, los poderes adjudicadores ejercen un control conjunto sobre una persona jurídica si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

i) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante

puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos,

ii) que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, y

iii) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.”

En dicho contexto, la recurrente cuestiona la aplicación del requisito del control en el concreto caso de TRAGSA y el concepto de medio propio.

Comenzando por el requisito de medio propio, la recurrente señala que en modo alguno dicho carácter puede detentarse con base en unos estatutos sociales y vuelve a cuestionar que se tenga dicha condición sin acreditar que se tengan medios propios suficientes y que se realiza la parte esencial de su actividad con el ente o entes que la controlan.

TRAGSA tiene la condición de medio propio reconocida por Ley, la Disposición adicional 24ª de la LCSP así lo establece. Además, la IGAE emitió el informe favorable previsto en el reiteradamente citado artículo 86.3 de la LRJSP con fecha 13 de noviembre de 2017, relativo a los requisitos para ser medio propio.

Para rematar el argumento, ya la sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007 (C-295/05) aborda la cuestión al analizar el control conjunto de los poderes adjudicadores, resolviendo en sentido favorable a TRAGSA, incluso con la legislación previa a la Ley 9/2017.

A continuación, sobre el requisito del control, la recurrente señala como prueba de la ausencia del control conjunto la ínfima participación en el capital social que detenta la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias y, en consecuencia, su incapacidad para ejercer dicho control, pues por sí sola no puede proponer asuntos en el orden del día del Consejo ni impugnar sus acuerdos; tampoco puede proponerlos para su inclusión en el orden del día de la Junta General. Señala asimismo o parece inferirse de su razonamiento

que por sí sola no es decisiva para la adopción de acuerdos, dado que se exige mayoría simple.

A la vista de lo anterior cabe comenzar señalando que el control exigido por las Directivas comunitarias no es el pretendido por la recurrente.

(...)

Posteriormente, el Tribunal Supremo se ha hecho eco y acogido el criterio sentado por el TJUE, al resolver la cuestión prejudicial, en su sentencia de 8 de junio de 2020 (nº Rec. 1873/2016) y el propio TJUE ha mantenido su doctrina en su sentencia de 12 de mayo de 2022, asunto C-719/20.

Procede, por todo lo expuesto, desestimar este motivo de recurso, al considerar que la legislación española vigente no es contraria a la Directiva 2014/24/UE.

(...)

Decimocuarto. En el recurso también se alega la falta de justificación de la eficiencia del encargo conferido a TRAGSA, vinculada a la subcontratación.

Como reiteradamente hemos señalado a lo largo de esta Resolución, el artículo 86.2 de la LRJSP exige que para considerar a una entidad como medio propio y servicio técnico se acredite que el mismo dispone “de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponde con su objeto social”. En el mismo sentido se expresa el artículo 32.2.d) 2º de la LCSP, cuando supedita el reconocimiento de la condición de medio propio a la “verificación por la entidad pública de la 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”.

El apartado 3 del artículo 86 añade que “la declaración de medio propio deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior, y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado (...)”, a

cuyo efecto la IGAE aprobó el 6 de julio de 2017 la Instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la LRJSP.

TRAGSA se refiere en su escrito de alegaciones al informe emitido por la IGAE en aplicación del artículo 88.3 de la LRJSP.

Resumiendo, el control de eficiencia que la recurrente reclama existe en el caso de TRAGSA sin necesidad de que se acredite en cada caso concreto. Como reiteradamente hemos señalado, los requisitos del artículo 86 de la LRJSP han de concurrir y apreciarse en el medio propio por la entidad encargada de su fiscalización y no en cada encargo.

Item más, en el caso de TRAGSA la condición de medio propio viene dada ex lege y no solo por el informe ad hoc sobre el cumplimiento de los requisitos del artículo 86.3 de la LRJSP emitido por la IGAE.

Cuestión distinta es que el encargo y su ejecución deban respetar los requisitos establecidos en el artículo 32.6 de la LCSP y, además, en el caso de TRAGSA, en su Disposición adicional 24ª, en particular, el recurso a la subcontratación conforme a la legislación de contratos y sin superar el máximo del 50%, lo que significa, entre otras, cuestiones que como poder adjudicador, TRAGSA si recurre a ella debe hacerlo respetando los procedimientos y los principios de la Ley 9/2017. Consideraciones estas que nos llevan a calificar el recurso al encargo como procedimiento alternativo a la legislación de contratos, no excepcional.

Dado que la recurrente cuestiona la oportunidad de la subcontratación que contempla el encargo sin invocar motivos de ilegalidad de este, este Tribunal debe desestimar este último motivo de recurso y al hacerlo éste”.

Noveno. De acuerdo con lo razonado en la citada resolución, que resulta plenamente aplicable al caso y conforme a la doctrina de este Tribunal, podemos concluir:

1. La función de este órgano se ha de limitar a revisar la formalización de los encargos a medios propios, desde el punto de vista de su adecuación al ordenamiento jurídico (artículos 44.2 e) y 57.2 de la LCSP), correspondiendo, en consecuencia, a este

Tribunal comprobar únicamente si se cumplen los requisitos que establece el ordenamiento jurídico para poder realizar los encargos y teniendo en cuenta exclusivamente los motivos de impugnación expresamente identificados en el recurso, en aplicación del principio de congruencia.

2. En contra de lo sostenido de contrario, el encargo no es un régimen excepcional, sino una alternativa a la contratación pública en el marco de la potestad de autoorganización y que, conforme a la legislación vigente, acreditada la condición de medio propio de la entidad a quien se realiza el encargo en el momento de su creación o con posterioridad, dicha declaración evita que se exija una motivación ad hoc para cada encargo de los extremos que establece el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). En consecuencia, no se aprecia en el caso que nos ocupa la falta de motivación alegada, habiéndose cumplido todos los trámites legalmente exigidos y siendo un hecho incontrovertido que TRAGSATEC es un medio propio, reconocido, además, como tal, en la propia LCSP (disposición adicional vigésima cuarta).
3. Los encargos a medios propios se regulan con carácter general en los apartados 6 y 7 del artículo 32 de la LCSP, conforme a los cuales:

“6. 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.

b) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos previstos del artículo 63.6. El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo.

c) Los órganos de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poder adjudicador en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.3 de esta Ley, necesitarán autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo, sea igual o superior a doce millones de euros.

La autorización del Consejo de Ministros a que se refiere el párrafo anterior deberá obtenerse antes de la suscripción del encargo por el órgano competente. Una vez obtenida la autorización, corresponderá a los órganos competentes la aprobación del gasto y suscripción del encargo, de conformidad con lo dispuesto en las respectivas normas.

A efectos de obtener la citada autorización, los órganos competentes deberán remitir al menos los siguientes documentos: el texto del encargo; el informe del servicio jurídico; así como el certificado de existencia de crédito o, tratándose de poderes adjudicadores con presupuesto estimativo, los documentos equivalentes que acrediten la existencia de financiación.

Requerirán igualmente la previa autorización del Consejo de Ministros las modificaciones de encargos autorizados por el Consejo de Ministros, cuando superen el 20 por cien del importe del encargo.

La autorización que otorgue el Consejo de Ministros será genérica para la suscripción del encargo, sin que en ningún caso implique una validación de los trámites realizados, ni exima de la responsabilidad que corresponda a las partes respecto de la correcta tramitación y realización del encargo.

7. A los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido de conformidad con el presente artículo, se le aplicarán las siguientes reglas:

a) El contrato quedará sometido a esta Ley, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas contenidas en el Título I del Libro Tercero de la presente Ley.

b) El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo. No se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.

No será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente, no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Tampoco será aplicable a los contratos que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información, así como a los que celebren los medios propios cuyas funciones sean el fomento de las telecomunicaciones, el desarrollo de la sociedad de la información y sociedad digital.

Excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución. La justificación de que concurren estas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con éste.”

4. La legislación española vigente no es contraria a la Directiva 2014/24/UE y en particular el aspecto de la subcontratación del máximo del 50%, y se ajusta a lo dispuesto en el art 32 LCSP.

5. En el caso que nos ocupa el recurrente no funda el recurso en la infracción por el encargo que nos ocupa de los requisitos que enumeran los citados apartados 6 y 7 del artículo 32, lo que, en caso de incumplimiento debidamente acreditado, que no es el caso, habrían conducido a su anulación con base en lo señalado en el artículo 40 de la LCSP, sino que funda su oposición al encargo en otros motivos, como la excepcionalidad de la figura del encargo en relación a los principio de eficiencia en la gestión del gasto público y fondos europeos, el sobrecoste en relación a una licitación del año 2021, la infracción de la normativa comunitaria en materia de subcontratación, falta de motivación así como una posible malversación, infracciones que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal expuesto tampoco se dan el caso que nos ocupa.

En definitiva, el encargo impugnado cumple los requisitos del artículo 32 LCSP, sin que ninguno de los motivos opuestos por el recurrente pueda prosperar.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. P.J.R, en representación de INVESTIGACION, PLANIFICACION Y DESARROLLO, S.A., contra contra el anuncio y encargo a medio propio personificado de las *“Labores de observación a bordo de buques pesqueros y de investigación, destinado al IEO”*.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 multa prevista en el artículo 58.2 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 de 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES