

**RECURSO 46/2019
RESOLUCIÓN 61/2019**

Resolución 61/2019, de 22 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Confederación Nacional de la Construcción contra la formalización del encargo a la Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P., para la ejecución de las obras del “proyecto de ejecución para la finalización de las obras de urbanización de la fase I del Parque Tecnológico de Burgos y sus infraestructuras asociadas”, por parte del Instituto para la Competitividad Empresarial de Castilla y León.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- El 22 de febrero de 2019 la Presidenta del Instituto para la Competitividad Empresarial de Castilla y León (en adelante ICE) resuelve:

“1. Aprobar el expediente para la ejecución de las obras del `Proyecto de ejecución para la finalización de las obras de urbanización de la Fase I del Parque Tecnológico de Burgos y sus infraestructuras asociadas´.

»2. Acordar la ejecución de las obras del `Proyecto de ejecución para la finalización de las obras de urbanización de la Fase I del Parque Tecnológico de Burgos y sus infraestructuras asociadas´, a través de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, Sociedad Mercantil Estatal, Medios Propios (TRAGSA), con un plazo de ejecución de 24 meses, en los términos recogidos en la Memoria elaborada por el Departamento de Suelo Empresarial del Instituto para la Competitividad Empresarial de Castilla y León.

»3. Publicar la presente Resolución en el perfil de contratante de la Junta de Castilla y León / Instituto para la



Competitividad Empresarial de Castilla y León, así como notificar el contenido de la misma a la empresa TRAGSA.”

El importe total del encargo asciende a 18.958.732,95 euros.

El encargo se formaliza el 25 de febrero y se publica el 7 de marzo en el perfil de contratante.

Segundo.- El 28 de marzo D. José Pablo Martínez Marqués, en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción, presenta un recurso especial en materia de contratación contra la resolución por la que se realiza a TRAGSA dicho encargo. Alega que no está justificado acudir a dicha figura para la realización de las obras que constituyen el objeto del encargo y que éste no se adecúa al objeto social y funciones de TRAGSA. Solicita “la suspensión del procedimiento” (ha de entenderse referida a la suspensión del encargo).

Adjunta copia del apoderamiento, de la Resolución de aprobación del encargo, de la memoria de actuaciones relativas al encargo y de la Resolución 120/2019, de 18 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dictada en un asunto similar.

Tercero.- El mismo día 28 de marzo se admite a trámite el recurso especial presentado y se le asigna el número de referencia 49/2019.

Cuarto.- El 1 de abril se requiere al ICE para que en el plazo de dos días hábiles remita el expediente y el informe preceptivo.

Quinto.- El 4 de abril se recibe en este Tribunal el expediente y el informe del ICE.

Sexto.- Por Acuerdo 30/2019, de 17 de abril, se accede a la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente.

Séptimo.- El 17 de abril de 2019 se concede trámite de audiencia a TRAGSA, que presenta alegaciones y solicita la desestimación del recurso.



II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- El procedimiento del recurso especial se ha tramitado conforme a lo previsto en el capítulo V, título I del Libro Primero (artículos 44 y siguientes) de la LCSP.

3º.- El recurso se ha interpuesto frente a la formalización de un encargo para ejecutar unas obras, cuyo valor supera los tres millones euros, susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con los artículos 44.1.a) y 44.2.e) de la LCSP.

4º.- El recurso se ha presentado en plazo previsto en el artículo 50.1.f) de la LCSP, esto es, dentro de los 15 días siguientes al de la publicación del encargo en el perfil de contratante, que ha tenido lugar el 7 de marzo.

5º.- La recurrente está legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una organización empresarial sectorial representativa de intereses afectados.

6º.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente impugna el encargo realizado, por el Instituto para la Competitividad Empresarial de Castilla y León a TRAGSA, para la ejecución de las obras del “proyecto de ejecución para la finalización de las obras de urbanización de la fase I del Parque Tecnológico de Burgos y sus infraestructuras asociadas”.

Con carácter previo ha de señalarse que la función de este Tribunal debe limitarse a analizar si la formalización del encargo es o no conforme a derecho, es decir, comprobar si se cumplen los requisitos que establece el ordenamiento jurídico para poder realizar los encargos sobre la base de los motivos de impugnación que fundamentan el recurso. No es, por tanto, labor de este Tribunal pronunciarse sobre la oportunidad del encargo, sino solo sobre su adecuación al ordenamiento jurídico (en el mismo sentido, Resolución 84/2019, de 21 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).

Por otra parte, en la medida que la recurrente no cuestiona la condición de medio propio de TRAGSA, que es el principal contenido del artículo 32 de la LCSP, no se efectuará ninguna observación sobre esta cuestión.

El recurso se fundamenta en los siguientes motivos, a cuyo análisis se procede a continuación: I. Falta de justificación de la procedencia de la figura de la encomienda y de su idoneidad para satisfacer la necesidad de la Consejería; II. Incumplimiento del artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP); III. Excepcionalidad de la encomienda de gestión frente al procedimiento de contratación; y IV. Falta de adecuación de los trabajos objeto del encargo al objeto social y funciones de TRAGSA.

I. Falta de justificación de la procedencia de la figura de la encomienda y de que ésta sea idónea para satisfacer la necesidad de la Consejería.

I.A) Posiciones de las partes.

La recurrente rechaza el argumento del ICE de que, frente a la licitación de un contrato, la encomienda es más eficiente y eficaz y necesaria por razones de urgencia, ya que la encomienda “supone un gasto desorbitado y en ningún caso garantiza ni una mejor ejecución, ni que las obras estén terminadas dentro del plazo previsto”.



1. En cuanto al precio, señala que se valora y ejecuta siguiendo las tarifas de TRAGSA, sin computar la baja del contratista, por lo que se carece de un precio de mercado que pueda servir como presupuesto de adjudicación y se pueda comparar con las tarifas de TRAGSA. Alude a que la baja media en los contratos, por ejemplo, de la Comunidad de Madrid durante el año 2017 fue de un 16,67 %, con bajas medias del 37,06 % en los contratos de obras, por lo que “una adjudicación del contrato administrativo de ejecución de las obras del Parque Tecnológico habría supuesto, con la baja media, un precio de adjudicación de, como mucho, de 12.400.000 euros más IVA (2.600.000 euros). Frente a esto, la encomienda a TRAGSA, al precio por ella fijado se ha realizado por casi 19.000.000 euros”, es decir unos 5.000.000 euros más (incremento mínimo del 20 % en el coste de ejecución de los trabajos).

2. En cuanto a la mayor eficacia en el plazo de ejecución, alega que, dado que la fecha prevista para la finalización de los trabajos es diciembre de 2021, el plazo de tres años de ejecución de las obras puede cumplirse por TRAGSA pero también por cualquier empresa constructora; y apunta que dicho plazo podría incluso haberse minorado si la obra se hubiera licitado “obviando el criterio del precio y con el criterio de una mayor reducción del plazo de ejecución como criterio principal”.

3. Finalmente, considera que tampoco cabe justificar la encomienda en razones de urgencia, a la vista del tiempo de tramitación de ésta y del plazo de ejecución de las obras. Señala que desde octubre de 2018 (fecha en que se acordó la resolución del anterior contrato) hasta la fecha de la encomienda ha habido tiempo suficiente para licitar un nuevo contrato y comenzar la ejecución de las obras, por lo que “habría sido mucho más operativo acudir al procedimiento abierto de la LCSP incluyendo, como uno de los criterios de adjudicación un mayor porcentaje de reducción del plazo en la entrega del proyecto o en la ejecución del contrato”; que “Otro hecho indicativo de que no era necesario acudir a la encomienda, es que cuando se licita el contrato de servicios para la redacción del proyecto el ICE acude a un procedimiento de la LCSP” y que “no se entiende, en ningún caso,

que un contrato de obra de 3 años de duración se justifique por razones de urgencia”.

El ICE argumenta lo siguiente:

1. No se está utilizando la figura de la encomienda de gestión regulada en la LRJSP sino la del encargo, prevista en el artículo 32 de la LCSP. Señala que “Este desconocimiento de la normativa actualmente aplicable explicaría asimismo otras alegaciones erróneas recogidas en su escrito (...)”.

No existe infracción de la LCSP “sino que se está utilizando una posibilidad expresamente prevista en las mismas, previo cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto”. Afirma que ello ha quedado justificado en el expediente del encargo, en el que consta el cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas, entre ellas también el artículo 48.ter de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, relativo a las encomiendas de gestión por la Administración de la Comunidad de Castilla y León de prestaciones reguladas en la normativa de contratación del sector público.

2. En cuanto a la eficiencia en el gasto, señala que las tarifas de TRAGSA se calculan de manera que representen los costes reales de realización (y se actualizan anualmente), recoge un cuadro comparativo entre los costes del encargo y los costes de contratar con un tercero y adjunta un informe comparativo de las tarifas TRAGSA 2018 respecto al precio de mercado, en el que se concluye que dichas tarifas son un 6,98 % inferiores al coste total de ejecución del mercado.

3. En cuanto a la mejor ejecución y garantía de cumplimiento del plazo si se realiza el encargo, la Memoria elaborada por el Departamento de Suelo Empresarial recoge varias actuaciones en el área de urbanización incluidas en los informes anuales de TRAGSA de los ejercicios 2015 a 2017. Ello permite concluir que el encargo a TRAGSA de las obras “es un procedimiento eficiente para su realización, dado que la empresa pública dispone de la experiencia y medios adecuados para



ejecutar de manera correcta las obras a encargar, optimizando además el uso de recursos personales y materiales necesarios”.

En relación con el cumplimiento del plazo de ejecución, señala que el ICE vigilará dicho extremo al igual que en los contratos; que la fijación de la reducción de plazo como criterio de adjudicación no garantiza el cumplimiento adecuado -como la experiencia ha permitido constatar- y que no es cierto que se haya tardado seis meses en tramitar el encargo. Expone que, resuelto el contrato de obras el 31 de octubre de 2018, se procedió de forma inmediata a la redacción, mediante contrato menor, del proyecto de ejecución de obras, que fue objeto de supervisión a finales de diciembre de 2018, momento a partir del cual comenzó la tramitación del encargo, que se realizó en un plazo inferior a 60 días, incluyendo la preceptiva autorización previa de la Junta de Castilla y León por superar los 2.000.000 euros; por lo que concluye que el plazo de tramitación ha sido inferior en varios meses al que hubiera sido necesario para licitar y adjudicar un contrato de obras.

4. Finalmente, puntualiza que el plazo de ejecución de las obras no es de tres años, como indica la recurrente, sino de dos años, y afirma que la adjudicación del servicio de redacción del proyecto de obras, mediante un contrato menor “tuvo por finalidad reducir los tiempos necesarios para ejecutar las obras del Parque Tecnológico”, “debido al retraso que esta actuación acumula”, objetivo que ha motivado la realización del encargo a TRAGSA.

Por su parte, TRAGSA alega lo siguiente:

1. En cuanto al menor coste, “a diferencia de las empresas a las que representa la recurrente que pergeñan sus presupuestos conforme a precios de mercado, el importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por TRAGSA y por su filial TRAGSATEC se determina aplicando a las unidades directamente ejecutadas las tarifas TRAGSA. Dichas tarifas se calculan de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirán de justificante de la inversión o de los servicios realizados directamente por el medio propio (apartado 7 DA 24ª LCSP)”. Señala que la memoria justificativa elaborada por el Departamento

de Suelo Empresarial del ICE “ha acreditado fehacientemente el cumplimiento de los requisitos exigidos para la realización del encargo, ya que hace una comparativa pormenorizada en varios supuestos entre importe de licitación y adjudicación obteniendo un resultado de una baja del 24,29 %, estando `las tarifas TRAGSA un 6,98 % por debajo del coste total de ejecución”; lo que evidencia que el presupuesto aplicando las tarifas TRAGSA es más económico.

2. En cuanto a la urgencia, reitera las alegaciones efectuadas por el ICE en cuanto al plazo de tramitación (inferior a 60 días, no seis meses como afirma la recurrente) y el plazo de ejecución (dos años, no tres años como se indica en el recurso).

I.B) Criterio de este Tribunal.

Como advierte el ICE, la recurrente parece incurrir en confusión entre los encargos a medios propios, regulados en los artículos 32 y 33 de la LCSP y 86 de la LRJSP, y las encomiendas de gestión administrativa, previstas en el artículo 11 de la LRJSP. Por ello, es preciso hacer una somera referencia a la distinción entre ambas figuras.

El Consejo de Cuentas de Castilla y León, en su Informe de 8 de marzo de 2016 -relativo a fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público de la comunidad autónoma, en coordinación con el Tribunal de Cuentas-, señaló que la encomienda regulada en la ley de contratos (denominada en la LCSP encargo a medios propios personificados) “persigue relaciones de contenido materialmente contractual, esto es, la ejecución de una obra, la realización de un suministro o la prestación de un servicio, a cambio de una contraprestación económica”, mientras que las encomiendas de gestión administrativas, “tras la doctrina *in house providing* elaborada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, entre otras sentencias en la Sentencia Teckal, tienen como ámbito propio aquellas actividades o actuaciones que por su contenido son ajenas a la legislación de contratación pública y no guarden relación con ella”.



Tal diferenciación resulta con claridad del artículo 11.1 de la LRJSP, que circunscribe la encomienda de gestión administrativa a las “actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público” y añade que “las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta”, lo que concuerda con el artículo 6.3 de la LCSP, con arreglo al cual “quedan excluidas del ámbito de la presente Ley las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público”.

Ha de citarse también el artículo 86.2 de la LRJSP, que establece que “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”.

De ello se infiere que podrá acudir al encargo, frente a la contratación pública, cuando concurra una de estas dos circunstancias: una mayor eficiencia, sostenibilidad y eficacia del encargo aplicando criterios de rentabilidad económica, o razones de seguridad pública o urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Expuesto lo anterior, la recurrente alega que el encargo realizado no es eficiente ni por razón del precio ni atendiendo al



plazo de ejecución, además de no concurrir razones de urgencia que lo justifiquen.

En cuanto al precio, la memoria recoge un estudio comparativo entre los costes de encargar la ejecución de las obras a TRAGSA y los derivados de contratar la obra a un tercero a través de un procedimiento de licitación, en el que concluye que los gastos, IVA incluido, en el caso de licitar los trabajos serían superiores a los derivados del encargo. Dicho documento expone que “las tarifas TRAGSA se calculan de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas sirve de justificante de la inversión o de los servicios realizados directamente por el medio propio” y describe el procedimiento de aprobación y actualización de tales tarifas. Se adjunta a la memoria un informe comparativo de las tarifas TRAGSA 2018 respecto al precio de mercado, fechado en mayo de 2018, sobre una muestra de 448 expedientes de contratación con un importe de licitación de 1.296.844.072,54 euros y un precio de adjudicación de 981.851.984,94 euros (lo que supone una baja del 24,29 %). En dicho informe se concluye que “Las tarifas TRAGSA 2018 se encuentran un 6,98 % por debajo del coste total de ejecución del mercado”.

No obstante, el estudio comparativo refleja que, excluido el 21 % de IVA que debe abonarse al contratista, los costes de ejecución de las obras por TRAGSA son superiores a los que resultarían de contratar con un tercero. Así:

- En el caso de TRAGSA los costes directos de ejecución ascienden a 16.405.964,82 euros. Si a dicha cantidad se suman los costes indirectos (8 %) y los gastos generales (7 %) resulta un presupuesto de ejecución de 18.958.732,95 euros.

- En caso de contratar con un tercero, el presupuesto de ejecución de la obra sería de 14.563.575,22 euros. Si a dicha cuantía se suman los gastos generales (16 %) y el beneficio industrial (6 %) resulta un presupuesto de ejecución 17.767.561,77 euros, inferior por tanto al de TRAGSA. Es solo cuando se añade el importe correspondiente al 21 % de IVA cuando el presupuesto de TRAGSA es más económico.

De lo anterior se desprende que la suma del coste de ejecución material de las obras, del beneficio industrial y de los gastos generales (de un licitador) es inferior al presupuesto consignado en la Memoria para el encargo, por lo que difícilmente puede considerarse justificada la eficiencia económica en la que pretende motivarse el encargo. Por otra parte, el hecho de que la actividad encargada al medio propio no esté sujeta al IVA no puede esgrimirse, por sí solo, como argumento de la mayor eficiencia económica del encargo, máxime cuando esa es la única circunstancia que determina la decisión de no acudir a una licitación pública (restringiendo la competencia) y de exceptuar, por tanto, los principios que deben regir la actividad contractual del sector público.

En relación con el plazo, la recurrente incurre en imprecisiones en cuanto al plazo de tramitación del encargo y el plazo de ejecución de las obras. De acuerdo con los datos obrantes en el expediente, desde la primera supervisión del proyecto hasta la aprobación del encargo ha transcurrido un plazo inferior a dos meses y el plazo de ejecución de las obras no es de tres años sino de dos años. Por lo que tal motivo de impugnación no puede ser acogido.

Respecto a la urgencia, circunstancia que puede motivar la realización de un encargo y que se ha alegado por TRAGSA en conexión con su objeto social, su análisis se aborda en el epígrafe IV de este fundamento de derecho.

II. Incumplimiento del artículo 11 de la LRJSP, ya que “las encomiendas de gestión no pueden tener por objeto una prestación de un contrato regulado en la LCSP como es el contrato de proyecto y obra. Ni siquiera por razones de urgencia, ya que este procedimiento está, también, previsto en la contratación administrativa”.

La recurrente insiste de nuevo en la confusión entre la encomienda de gestión y el encargo, por lo que han de reiterarse los argumentos expuestos en el apartado I de este fundamento de derecho, en cuanto a la diferenciación entre la encomienda de



gestión administrativa y los encargos a medios propios, que determinan que este motivo del recurso deba desestimarse, en la medida que los encargos a medios propios, como el objeto del presente recurso, no se rigen por el artículo 11 de la LRJSP.

En cualquier caso, la formalización del encargo se ha publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, en el apartado “Documentos” del perfil del ICE, dando cumplimiento así a los artículos 32.6.b) y 63.6 de la LCSP, que exigen la publicación de la formalización del encargo en la plataforma de contratación que corresponda y en el perfil de contratante.

III. Excepcionalidad de la encomienda de gestión frente al procedimiento de contratación.

III. A) Posiciones de las partes.

La recurrente señala que la encomienda de gestión es un régimen excepcional frente al procedimiento de contratación, ya que constituye una excepción a los principios de publicidad, concurrencia y eficiente utilización de los fondos públicos que rigen la contratación pública. Tal excepcionalidad exige que el uso de esta figura esté debidamente motivado “y más al tener una altísima incidencia en el gasto público, ya que al eliminar la competencia el precio, para este caso, ha supuesto un sobrecoste de más de 5.000.000 de euros para el ICE.

Alega que “El ICE no ha aportado, para un gasto de casi diecinueve millones de euros, ningún informe o estudio que acredite, con la suficiente especificación y concreción, por un lado, la existencia de las necesidades a satisfacer en relación a la carencia de medios técnicos idóneos para afrontar las obras directamente como poder adjudicador, y por otro una mayor idoneidad de la encomienda de gestión frente a las formas de cubrir las necesidades de ejecutar un contrato de proyecto y obra mediante los procedimientos establecidos en la LCSP. No existe ningún elemento que permita constatar que la opción de la encomienda de gestión es la más idónea por razones de economía o de eficiencia, o por motivos de urgencia o sostenibilidad tal y

como se establece en el artículo 86.2 de la [Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público]”.

El ICE señala que en la Memoria del encargo y en el informe emitido está plenamente justificada la realización del encargo.

Por su parte, TRAGSA alega que la normativa en ningún momento atribuye al encargo el carácter excepcional que alega la recurrente, “sino que lo contempla como una posibilidad más dentro de las previstas por la normativa que regula la contratación del sector público”, que el ICE ha empleado, en ejercicio de su potestad de autoorganización, para la ejecución de las obras.

III. B) Criterio de este Tribunal.

Frente a lo alegado por TRAGSA, es claro el carácter excepcional de la figura del encargo a medios propios.

El Consejo de Cuentas de Castilla y León, en el Informe de 8 de marzo de 2016, citado, ha señalado que “nuestra legislación siempre ha admitido la posibilidad de que la propia Administración lleve a cabo un encargo de obra, suministro o servicio concreto y específico, cuando disponga de los medios materiales o técnicos necesarios para ello. Ahora bien, esta figura constituye una excepción a las reglas generales del Derecho Comunitario en materia contractual, cuya finalidad es garantizar los principios de igualdad, transparencia en los procedimientos de licitación pública, concurrencia y no discriminación.

»Por ello, para que dicha excepción resulte aplicable es necesario que los entes, organismos o entidades encomendados cumplan una serie de requisitos, esto es, que sean considerados medios propios y servicios técnicos del poder adjudicador, lo cual implica:

»- Que el poder adjudicador ejerza sobre dicha entidad un control análogo al que realiza sobre sus propios servicios. En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden



conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

»- Que la entidad realice la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador que la controla.

»- Si se trata de sociedades, se exige, además, la titularidad pública de la totalidad de su capital.

»- Deben establecerse unas tarifas que el encomendante ha de satisfacer al encomendado, aspecto fundamental, ya que no debe olvidarse que en virtud de este negocio jurídico se excluye de la licitación pública la prestación objeto de la encomienda, lo que supone a su vez, como ya se ha señalado, una excepción a los principios que rigen la contratación pública como el de publicidad, concurrencia, transparencia y no discriminación, sin olvidar que en todo caso las entidades públicas deben adecuar su gestión económico financiera al cumplimiento de la eficacia en la consecución de los objetivos fijados y de la eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos”.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado también ha destacado la excepcionalidad de esta figura en su Informe 29/18, de 5 de abril, en el que, reiterando el criterio expuesto en su Informe 2/2012, de 7 de junio, afirma que “la doctrina de los medios propios o contrataciones ‘in house’ se configura así como una excepción a la aplicación de los principios de igualdad de trato, no discriminación, libre concurrencia, transparencia y publicidad, así como a las libertades comunitarias. Por ello el TJUE ha reiterado en sus pronunciamientos que el cumplimiento de los requisitos exigidos por esta doctrina debe ser objeto de una interpretación estricta (Sentencia Stadt Halle apartado 46, entre otras)”. En el mismo sentido el Informe 26/2017, de 13 de julio, de la misma Junta Consultiva, o el Informe 2/2015, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra.

Tal criterio se ha reiterado recientemente en la Sentencia 1404/2018, de 20 de septiembre de 2018, de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 5ª) del Tribunal Supremo, y en la Sentencia 55/2019, de 22 de febrero de 2019, de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sala de Burgos) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, cuando señalan: “En consecuencia, los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, Parking Brixen (apartados 63 y 65). Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia (así se advierte en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia», de julio de 2013 y el Informe núm. 1003 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión).”

Igualmente, el Tribunal de Cuentas, en sus Informes 1088, de 30 de abril de 2015, sobre las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas y 1197, de 22 de diciembre de 2016, sobre la utilización de la encomienda de gestión, ha afirmado la excepcionalidad de la encomienda de gestión (actualmente, encargo) al señalar que “la característica determinante del recurso a la encomienda de gestión es que su empleo constituye una excepción a la aplicación de la legislación reguladora de la contratación pública y por ello esta figura ha sido paulatinamente perfilada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en aplicación de las Directivas Comunitarias reguladoras de la contratación pública, lo que, a su vez, ha provocado sucesivas modificaciones de nuestra legislación para adaptarse a las exigencias comunitarias a este respecto”.

Como se ha indicado, la excepcionalidad de los encargos exige que su realización esté debidamente motivada.

Ya se ha expuesto en el epígrafe I que la Memoria del encargo y el informe comparativo de las tarifas TRAGSA 2018 respecto al precio de mercado, fechado en mayo de 2018, que adjunta a aquella, realizan un estudio y análisis que permite concluir que las tarifas TRAGSA 2018 se encuentran un 6,98 % por debajo del coste total de ejecución del mercado; observaciones y conclusiones que, al no haberse desvirtuado por las genéricas alegaciones de la recurrente, permitirían considerar acreditada la mayor rentabilidad económica del encargo.

El requisito relativo a la urgencia de las obras y su adecuación al objeto social de TRAGSA, se analiza a continuación.

IV. Falta de adecuación de los trabajos objeto del encargo al objeto social y funciones de TRAGSA.

IV. A) Posiciones de las partes.

El recurrente afirma que la actividad de TRAGSA está limitada a los ámbitos agrícola, ganadero, forestal, conservación del medio natural, acuicultura y pesca, y no a la ejecución de obras en parques tecnológicos, por lo que el encargo supone una infracción de la LCSP y de su normativa de constitución y constituye un vicio de nulidad, puesto que TRAGSA carece de capacidad para realizar la prestación encargada. Cita, al efecto, la Resolución 120/2019, de 18 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El ICE rechaza tal alegación y argumenta que la posibilidad de que TRAGSA acometa las obras está plenamente justificada en la Memoria, sobre la base de un informe de la Abogacía del Estado de 18 de julio de 2014, relativo a un encargo a TRAGSA para la realización de asfaltado de viales, en el que se concluye que estos trabajos “se encuadran dentro del objeto social de TRAGSA, en cuanto contribuye a la mejora de los servicios y recursos públicos”. Cita también otros informes anteriores del mismo órgano.

TRAGSA señala que, aunque la disposición adicional 24ª de la LCSP enumera sus funciones, son sus estatutos sociales



-recientemente modificados para adaptarlos a la LCSP- los que relacionan las actividades incluidas en su objeto social y el recurrente no alude “bien intencionadamente, bien por desconocimiento a las funciones introducidas en el objeto social de TRAGSA a raíz de la modificación estatutaria mencionada respecto a la posibilidad de ejecución de todo tipo de obras”. En concreto, con relación a la función prevista la letra j) del apartado 4 de la D.A. 24ª (“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”), la nueva redacción de los estatutos añade lo siguiente: “En relación con cualquier obra o servicio, se considerará la vía de urgencia, independientemente de su ámbito territorial o de la tipología de la actuación, en los siguientes supuestos: (...) Contratos respecto de los que por un incumplimiento del contratista -cuando esta situación de incumplimiento se constate fundadamente- se haya incoado un procedimiento de resolución”. Concluye, así, que “teniendo en cuenta que previamente la actuación objeto de encargo fue adjudicada mediante procedimiento de licitación a la mercantil Corsan Corviam Construcción, S.A., resolviéndose dicho contrato con la adjudicataria por incumplimiento de esta, queda acreditado que la actuación (...) se encuentra claramente dentro de las actividades previstas en el objeto social de TRAGSA”, por lo que puede ser objeto de encargo en su condición de medio propio del ICE.

IV.B) Criterio de este Tribunal.

Expuesto lo anterior, este Tribunal procede a su análisis:

a) Sobre la posibilidad de que encargar a TRAGSA la realización de obras en zonas urbanas al amparo del apartado 4.a) de la disposición adicional vigesimocuarta de la LCSP.

Dicho apartado establece que TRAGSA prestará, “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”.

Este Tribunal comparte el criterio recogido en la mencionada Resolución 120/2019, de 18 de febrero, que declara que la expresión “todo tipo de actuaciones para la mejora de los servicios y recursos públicos” “se refiere, y no cabe descontextualizarla, a la frase que, en el mismo párrafo la precede: `todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestaciones de servicios agrícolas, 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’, siendo también significativo que las únicas obras que ese mismo epígrafe a) autoriza a ejecutar a TRAGSA son obras de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español `en el medio rural’. Es por ello que la expresión `servicios y recursos públicos debe entenderse referida a los servicios y recursos públicos vinculados a los sectores de la agricultura, la ganadería, la silvicultura, desarrollo rural y conservación del medio ambiente”.

De acuerdo con tal criterio, que este Tribunal comparte, ha de concluirse que el encargo realizado no puede considerarse incluido en las funciones previstas en el apartado 4.a) de la disposición adicional vigesimocuarta de la LCSP.

b) Sobre la posibilidad de que pueda encargarse a TRAGSA la ejecución de las obras, al amparo de la función prevista en la letra j) de la disposición adicional vigesimocuarta de la LCSP (“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”).



El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la citada Resolución 120/2019, señala que, “por voluntad expresa del legislador, el objeto social de TRAGSA se circunscribe a los sectores enumerados en los distintos apartados de la disposición adicional vigésima cuarta.4 de la LCSP (relativos al ámbito rural, forestal y agrario), que no contiene referencia alguna a las obras de construcción o reforma de edificios en zonas urbanas. Una enumeración tan detallada y minuciosa del objeto social de TRAGSA como la que el legislador ha establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la LCSP no puede verse ampliada por vía interpretativa para incluir la ejecución de obras en sectores totalmente ajenos a los expresamente contemplados en dicha disposición y sin relación alguna con ellos, máxime si se tiene en cuenta que cuando el legislador ha querido establecer excepciones a dicho ámbito rural, lo ha hecho expresamente. Dicho de otro modo, la posibilidad de que TRAGSA ejecute obras en zonas o núcleos urbanos es un supuesto de tal singularidad y trascendencia (dada la vinculación legal de TRAGSA a las actuaciones en el entorno rural) que, de haber estado presente en la mente del legislador, debería haber sido recogido expresamente en la extensa y minuciosa relaciones de funciones de la disposición adicional vigésima cuarta de la LCSP, que ninguna mención expresa contiene al respecto”.

La función atribuida en la letra j) de la citada disposición adicional, relativa a la realización de tareas “para las que se le requiera por la vía de la urgencia o de emergencia” fue incluida en el texto a raíz de la enmienda nº 782 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, a la disposición adicional vigésima quinta del proyecto, cuya motivación se limitaba a señalar: “Mejora técnica para mejorar el régimen jurídico de TRAGSA Y TRAGSATEC, garantizando su continuidad y pervivencia”; justificación que en modo alguno revela cuál pudiera haber sido la voluntad del legislador al introducir tal inciso.

Ahora bien, dado que dicha letra parece posibilitar encargos a TRAGSA para la realización de cualquier tarea cuando concurren supuestos de urgencia o emergencia, ello exigirá no solo que la urgencia o la emergencia estén debidamente justificadas sino

también que dichas tareas se encuentren dentro del objeto social de la entidad delimitado en sus estatutos.

Tal remisión al objeto social resulta del artículo 2.1, párrafo segundo, del Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, y de sus filiales (vigente en la fecha de formalización del encargo), cuando señala que se podrán encomendar a TRAGSA los trabajos y actividades que, “encontrándose dentro del marco funcional de los apartados 1, 4 y 5 de la [actual disposición adicional vigesimocuarta de la LCSP] y del objeto social de las mismas, precisen para el ejercicio de sus competencias y funciones, así como los que resulten complementarios o accesorios, de acuerdo con el régimen establecido en este real decreto”. En el mismo sentido, el artículo 3 del Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P. (TRAGSA) y de su filial Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A., S.M.E., M.P. (TRAGSATEC), que deroga aquel.

Conforme a lo anterior, la nueva redacción del artículo 2, letra j), de los estatutos de TRAGSA establece como actividad incluida en su objeto social “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”, y delimita a continuación lo que ha de considerarse “urgencia” a los efectos de su objeto social, al precisar que “En relación con cualquier obra o servicio, se considerará la vía de urgencia, independientemente de su ámbito territorial o de la tipología de la actuación, en los siguientes supuestos:

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

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



Por tanto, los estatutos sociales restringen a dos los supuestos en los que puede invocar la urgencia para realizar encargos a TRAGSA en relación con cualquier tipo de obra o servicio: licitaciones desiertas y resolución contractual por incumplimiento del contratista. Fuera de dichos casos, no podrá justificarse el encargo en tal motivo.

Sobre la base de lo anterior, y frente a lo alegado por TRAGSA, ha de concluirse que no concurre el segundo de los supuestos que podría justificar el encargo por motivos de urgencia. Y ello porque la resolución del contrato de obras anterior se acordó a instancia del contratista, al concurrir como causa “La suspensión definitiva de las obras, acordada por la propiedad [es decir, el órgano de contratación, según resulta de los pliegos], así como la suspensión temporal de las mismas por un plazo máximo de un año, también acordada por aquélla”. Tal circunstancia excluye que la resolución se haya producido por el incumplimiento del contratista (aspecto que tampoco se ha alegado por el ICE) y, por tanto, que concorra el supuesto de urgencia a que se refieren los estatutos sociales del TRAGSA.

Sin perjuicio de lo anterior, la mera reducción del plazo de tramitación no puede justificar, por sí solo, la urgencia para acudir al encargo, ya que podría haberse acudido, en su caso, a la tramitación de urgencia prevista en el artículo 119 de la LCSP, y además tampoco constan en el expediente los motivos que justifiquen la urgencia en el reinicio y ejecución de las obras.

En consecuencia, debe estimarse también este motivo del recurso.

Para concluir, resulta obligado insistir en la advertencia que realizada por el Consejo de Cuentas de Castilla y León, en su Informe de 8 de marzo de 2016, ya citado, cuando señalaba que “La encomienda de prestaciones de naturaleza contractual a medios propios y servicios técnicos creados al efecto, supone una modalidad organizativa y de actuación administrativa que excepciona los principios contractuales públicos contemplados en el artículo 1 del TRLCSP, con especial incidencia en la anulación del principio de concurrencia, y las correspondientes consecuencias que se producen sobre el mercado.



»La decisión de renunciar al mercado y acudir a otras fórmulas que implican el aumento de tamaño del sector público, y normalmente del gasto, debe fundamentarse por tanto en circunstancias suficientemente acreditadas que así lo justifiquen.

»Obviamente, dicha justificación no puede ser exclusivamente el cambio de régimen jurídico y de procedimiento aplicable a la prestación, que es indisponible para el órgano administrativo y que implica menores garantías para los intereses públicos.

»La justificación de la elección de la encomienda como modalidad de gestión, en lugar de la licitación pública, debe por tanto constar expresamente en el expediente; constancia que no puede referirse a un aspecto meramente formal o documental, con vagas referencias de los órganos gestores a la insuficiencia de medios personales o materiales no probadas, o a la necesidad de acelerar o flexibilizar el encargo por razones de urgencia no acreditada”.

Conforme a tal criterio, este Tribunal considera que los motivos alegados para formalizar el encargo o bien no están suficientemente justificados, o bien no concurren, y no permiten, por tanto, acudir a esta figura y excepcionar el principio de concurrencia que preside la legislación contractual. Por tanto, procede estimar el recurso y anular el encargo formalizado.

En su virtud, y al amparo de lo establecido en los artículos 59 LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Confederación Nacional de la Construcción contra la formalización del encargo a la Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P., para la ejecución de las obras del “proyecto de ejecución para la finalización de las obras de



urbanización de la fase I del Parque Tecnológico de Burgos y sus infraestructuras asociadas”, por parte del Instituto para la Competitividad Empresarial de Castilla y León.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del encargo.

TERCERO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

CUARTO.- El ICE deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta Resolución.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

(Documento firmado electrónicamente)

Fdo.: Agustín S. de Vega