



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

RE 087/2017

Acuerdo 75/2017, de 4 de julio de 2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por D. Gerardo Oliván Bellosta, concejal del Excmo. Ayuntamiento de Huesca, frente a la decisión del Pleno Municipal del Ayuntamiento de Huesca de 31 de mayo de 2017, que aprueba la encomienda de gestión del servicio de limpieza viaria del municipio de Huesca al Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Agrupación núm. 1 de Huesca, a través de su medio propio, la empresa pública GRHUSA.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de junio de 2013 se formalizó el contrato de gestión del servicio público que tenía como objeto la limpieza viaria de la ciudad de Huesca, con un plazo de ejecución de 4 años, desde el 1 de julio de 2013 al 30 de junio de 2017.

La prestación de la limpieza viaria se ha venido realizando de una forma mixta, ya que aproximadamente el 50% del servicio se prestaba, y se sigue prestando, por personal municipal, y el otro 50% correspondía a la empresa adjudicataria FCC. El contrato público estaba ligado a un plan de empleo, que preveía diferentes ampliaciones de la concesión a lo largo de los 4 años, conforme el personal municipal cubriera vacantes de otros servicios municipales.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

SEGUNDO.- Con las ampliaciones previstas y realizadas a lo largo de la vida del contrato, actualmente FCC destina 31 trabajadores (22 a tiempo completo y 9 a tiempo parcial, con jornada de 15,40 horas semanales), además de la maquinaria prevista.

La prestación directa por parte del Ayuntamiento se realiza con 23 empleados públicos (funcionarios de carrera, funcionarios interinos, laborales fijos e interinos), y diversa maquinaria.

TERCERO.- El Pleno Municipal de 31 de mayo de 2017, aprobó la encomienda de gestión del servicio de limpieza viaria del municipio de Huesca al Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Agrupación núm. 1 de Huesca, a través de su medio propio, la empresa pública GRHUSA (participado íntegramente por el Consorcio), y que en su primera fase abarca determinadas zonas del municipio y el periodo comprendido entre el 1 de julio al 31 de diciembre de 2017, publicándose la formalización del Convenio en BOP Huesca de 12 de junio de 2017.

El Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Agrupación núm. 1 de Huesca es una entidad administrativa de régimen local, formada por las Comarcas del Alto Gállego, de la Jacetania y de la Hoya de Huesca, además de por el Ayuntamiento de Huesca que, aunque integrado en la Hoya de Huesca, por su importancia dentro del Consorcio tiene representación propia dentro de la Junta de Gobierno del Consorcio.

CUARTO. Mediante escrito interpuesto ante el Ayuntamiento de Huesca el 15 de junio de 2017, Don Gerardo Oliván Bellosta, concejal del Excmo. Ayuntamiento de Huesca, interpone recurso especial en materia de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contratación, por entender que la decisión plenaria es contraria a derecho, en tanto esconde un contrato público ilegal al utilizar de forma indebida la técnica de los encargos a medios propios. Justifica su pretensión de anulación de dicho Acuerdo en la doctrina del TJUE sobre fundamento de la técnica de medios propios y en el Informe 19/2016, de 28 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, relativo a la Delegación por un ayuntamiento a un consorcio de la gestión del servicio de limpieza de las instalaciones municipales (que tiene por objeto igualmente las relaciones con el Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Agrupación núm. 1 de Huesca).

Cuestiona igualmente la eficiencia de la decisión adoptada y solicita la anulación de la misma por ser contraria a la normativa de contratación pública.

QUINTO. Con fecha de 21 de junio es remitido el expediente por el Ayuntamiento de Huesca, adjuntando el preceptivo informe al recurso ex artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en el que se opone a la admisibilidad del recurso, alegando la incompetencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (sin argumentación jurídica) y la corrección jurídica de la decisión impugnada al considerar que «en lo que se refiere a la consideración de la empresa pública del consorcio como medio propio del Ayuntamiento de Huesca, y sin perjuicio de lo que contemple la Disposición Transitoria 3ª de los estatutos del consorcio, lo que es evidente es que la empresa pública GRHUSA es un medio propio del consorcio y que cumple los requisitos del artículo 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Y



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

también está claro que el Ayuntamiento de Huesca puede encomendar el servicio de limpieza viaria al consorcio. Y el consorcio puede, en su potestad de autoorganización, decidir cómo presta ese servicio, bien encargándose a su empresa pública o bien gestionándolo por medio de una empresa externa, previa licitación del contrato correspondiente».

Se solicita, por ello, la desestimación del recurso especial interpuesto.

SEXTO.- Con fecha de 23 de junio se concede trámite de alegaciones de cinco días al Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Agrupación núm. 1 de Huesca. El 4 de julio se reciben las alegaciones, que solicitan la inadmisión del recurso al entender que su objeto no es susceptible de recurso especial. Y argumentan sobre la validez de la decisión municipal y la opción de que el Ayuntamiento de Huesca utilice a GRHUSA como medio propio.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación el convenio del Ayuntamiento de Huesca con el Consorcio, por el que se formaliza una encomienda de gestión para la prestación del servicio y, en concreto, el encargo al medio propio GRHUSA para que preste el servicio en cuestión y asuma el personal que prestaba el mismo en la empresa concesionaria (FCC). El recurso se circunscribe a la incorrección de la utilización del medio propio por parte del Ayuntamiento de Huesca, considerando el recurrente que existe un fraude procedimental para eludir de forma



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

indebida la normativa de contratación pública. La pretensión del recurrente es inequívoca, en tanto cuestiona que «un encargo a medio propio, cuando, a pesar de su denominación, por objeto y causa, hay un contrato público y su adjudicación se considera ilegal, basándose para ello en la Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2007 (Auroux, asunto C-220/05), y de 25 de marzo de 2010 (Helmut Müller GbmH, asunto C-451/08)».

Esto significa que no es objeto de recurso especial, ni puede serlo, la decisión municipal de «reinternalización» del servicio para prestar mediante gestión directa una actividad que antes estaba externalizada mediante un contrato de servicios (una vez concluido éste). Esta decisión de prestar de forma directa el servicio es propia de la esfera de organización pública y, por ello, es ajena, como tal, a la normativa de contratación pública, aunque, obviamente, deberá respetar las exigencias formales propias a toda potestad discrecional pues como bien se ha advertido por la doctrina, la ideología puede tener su papel en la Política (politics), pero no lo tiene en la política pública concreta (policy) si no supone el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica de gestión), y que exige unos trámites específicos que obligan a un expediente de municipalización (incluso cuando se ha optado por una gestión directa mediante sociedad, tal y como advierte la STS de 1 de febrero de 2002).

Cuestión distinta es la instrumentación de la decisión adoptada si, como alega la recurrente, las técnicas utilizadas son contrarias al fin propio de la decisión de prestar directamente el servicio y, en concreto, si la utilización de la técnica de encargo a un medio propio es conforme a sus exigencias y fundamento. Es en este aspecto donde se debe determinar con carácter previo la competencia de este Tribunal



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

administrativo para determinar la validez, o invalidez, de la decisión municipal objeto de impugnación mediante este recurso especial.

SEGUNDO.- De esta forma, delimitado el objeto del recurso especial, debe analizarse la admisibilidad del mismo y, por tanto, analizar la competencia de este Tribunal administrativo.

La competencia es una cuestión de orden público procesal que es indisponible tanto para este Tribunal como para los poderes adjudicadores, lo que exige la determinación clara de la misma, sin que interpretaciones formales puedan limitar dicha competencia, tal y como se puso de relieve en nuestros Acuerdos 52 y 55 de 2013, al advertir que una incorrecta tipificación no puede laminar la competencia del recurso especial (y así se ha reconocido por la STS de 22 de junio de 2016, Resolución 1502/2016, que valida una interpretación conforme a los principios europeos de la contratación pública para favorecer el control mediante recurso especial).

En nuestro Acuerdo 59/2013, se declaró que una indebida tipificación no impide que este Tribunal pueda entrar en el fondo de un recurso, en línea con la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 154/2011, de 1 de junio, ya que las consecuencias de la tipificación deben ser interpretadas sistemáticamente en el contexto del derecho comunitario. Por ello, en dicho Acuerdo se afirmó que «la consideración como contrato administrativo especial no impide, por sí —en tanto «especialidad» de normativa nacional— que pueda existir recurso especial o cuestión de nulidad, pues a estos efectos debe primar la tipificación de la prestación conforme al Derecho de la Unión europea. Y la prestación recurrida, por su objeto, sí se encontraría sometida a la competencia de este Tribunal administrativo, pues otra



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

interpretación sería contraria al efecto útil de los recursos especiales en materia de contratación habilitando una puerta de escape al control, contraria al propio fundamento del sistema».

Desde estas premisas debe analizarse la competencia de este Tribunal administrativo en este asunto, que es cuestionada por el Ayuntamiento de Huesca en el informe al recurso especial al considerar que se fundamenta en jurisprudencia europea ajena a la decisión controvertida.

El artículo 40 TRLCSP establece los supuestos objeto de recurso especial, que se refieren a actos de publicación de pliegos, actos de exclusión y adjudicación. Pero estos supuestos, dado que el recurso especial es de fundamento europeo (Directiva 89/665, modificada por la Directiva 2007/66), deben interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE y el nuevo marco regulatorio europeo (Directivas 23, 24 y 25 de 2014) preservando en todo caso el efecto útil del mismo.

El concepto de «decisión» a efectos de recurso que se contempla en las Directivas, es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción. Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato. Así, será también objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público (STJUE de 18 de junio de 2002, *HI Hospital Ingenieure*) o el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJUE de 19 de junio de 2003, *GAT*). También los modificados ilegales en tanto supongan una nueva adjudicación ilegal (criterio ya admitido por



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Sentencias del TJUE de 19 junio 2008, *Presstext*, y de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox*), tal y como se recoge ya en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón. Y también los convenios que cumplan los requisitos de un contrato público, como se señaló en la STJUE de 18 de diciembre de 2007, por la que se condena al Reino de España (asunto C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*) al considerar contrario a derecho los convenios suscritos por el Estado con la Sociedad estatal Correos por entender que existe un auténtico contrato y que no ha existido licitación pública (doctrina se recoge en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2008, al ser una cuestión prejudicial).

Desde esta perspectiva interpretativa, obligada por la jurisprudencia europea, la decisión de formalización de la encomienda de gestión, en tanto posible adjudicación ilegal, encaja en los supuestos legales.

Abunda en esta interpretación la reciente STJUE de 5 de abril de 2017, *Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía*, que ha fijado doctrina sobre el alcance del control en los contratos públicos, afirmando que el tenor literal del artículo 1, apartado 1, de la Directiva de recursos 89/665 implica, por el uso de los términos «en lo relativo a los [procedimientos de adjudicación de los] contratos», que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva. Así pues, esta disposición se refiere con carácter general a las decisiones de los poderes adjudicadores, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (criterio ya fijado en la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, apartado 28 y jurisprudencia citada).

Esta acepción amplia del concepto de «decisión» de un poder adjudicador viene confirmada por el hecho de que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 no establece ninguna restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de las decisiones a las que se refiere. Por lo demás, para el TJUE «una interpretación restrictiva de este concepto sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la misma Directiva, que obliga a los Estados miembros a establecer procedimientos de medidas provisionales con respecto a cualquier decisión que adopten los poderes adjudicadores».

Este concepto amplio de «decisión», en aplicación de esta jurisprudencia, ha sido ya aplicado en nuestro Acuerdo 64/2017, advirtiendo así la primacía del Derecho europeo de la contratación pública y su carácter indisponible por interpretaciones nacionales, en esta materia (el principio de primacía se consagra en la paradigmática sentencia TJUE de 15 de julio de 1964, *Costa contra Enel*).

Es más, la referida Sentencia de 5 de abril de 2017 resuelve cualquier duda interpretativa en tanto declara el efecto directo de las Directivas «recursos» vigentes. El último párrafo del artículo 1 de la Directiva de «recursos» indica que «En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz [...] cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública [...]». Este último inciso es fundamental, porque obliga a los



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estados miembros a garantizar la posibilidad de recurrir cualquier infracción del Derecho de la Unión en materia contractual.

Por otra parte, conviene advertir que el Reino de España ha incumplido su deber de transposición de las Directivas de contratación pública de 2014, lo que implica el efecto directo de las disposiciones de las Directivas que tengan un contenido incondicionado, claro y preciso, pues solo así se puede preservar el principio de primacía del Derecho europeo (sobre este efecto directo y su significado práctico nos remitimos a nuestro Acuerdo 62/2017). Y desde esta perspectiva resulta evidente el sometimiento a las Directivas de recursos de la instrumentación de encargos a medios propios. Lo que explica que el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (en tramitación parlamentaria), los haya incluido ya en el recurso especial. Así, el artículo 44.2 e) incluye dentro del objeto del recurso especial (por exigencia europea) «La formalización de encargos a medios propios en los casos en que éstos no cumplan los requisitos legales». Así se deduce, por lo demás, de la previsión del artículo 11 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece 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. Ante esta previsión normativa, es necesario determinar, ante una encomienda de gestión, si se ha producido el supuesto previsto en este apartado de la normativa. En caso afirmativo, la formalización de la encomienda supondría una adjudicación de una actividad contractual sin haber seguido las disposiciones de la legislación de contratos.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En definitiva, si la decisión que se impugna tiene o puede tener alcance contractual (como sucede con un supuesto de indebida utilización de un medio propio), la competencia de este Tribunal administrativo resulta indubitada, en tanto se trata de una de las «decisiones» a que se refieren las Directivas de «recursos» que prevalecen sobre una interpretación formal de la normativa nacional. Por ello, y de conformidad con la doctrina fijada en la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner*, que impone a los órganos encargados de la resolución del recurso especial la inaplicación de las normas nacionales que les impidan cumplir las obligaciones impuestas por las Directivas, debe declararse la competencia de este Tribunal administrativo para determinar si el alcance de la decisión impugnada es conforme o no, a la legislación y principios de la contratación pública.

El importe es superior a los 100 000 euros y por ello existe competencia del Tribunal ex artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón.

TERCERO.- La legitimación del concejal para interponer este recurso especial es clara. Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional —STC (Sala Primera), núm. 119/2008, de 13 octubre, y STC 38/2010, de 19 de junio—, el TACPA ha avalado, en sus Acuerdos 36/2012, de 21 de agosto y 38 /2012, de 10 de septiembre, un concepto amplio de legitimación, conforme al cual hay que reconocer la legitimación de la parte recurrente.

Esta interpretación amplia se extiende a los concejales, tal y como se ha admitido en nuestra doctrina en, entre otros, los Acuerdos 44/2012, 66/2013, y 79/2013, igualmente aplicada por otros Tribunales de recursos contractuales (por ejemplo, en las Resoluciones del Tribunal



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Administrativo Central de Recursos Contractuales 280/2015, 548/2015 o 204/2017 entre otras), siendo asimismo confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 500/2015, que ha recordado que la doctrina del TC es directamente aplicable a este supuesto, afirmando que «los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 TRLCSP; sin que su artículo 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés —e incluso obligación—, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL». Legitimación del concejal que expresamente se contempla en el artículo 24 del Real Decreto 814/2015, 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.

CUARTO.- Declarada la admisibilidad del recurso especial procede analizar el fondo del asunto, lo que exige una previa delimitación conceptual. Y es necesario advertir que la organización administrativa, la atribución competencial y, por ende, su concreta financiación, son cuestiones propias del Derecho Administrativo que exigen una interpretación desde la lógica hermenéutica de los principios del



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

derecho público. Existe así, un límite inquebrantable a cualquier interpretación que venga a desnaturalizar dicha lógica y su fundamento y finalidad. Las Administraciones públicas en España conforman un entramado complejo, es cierto. Pero la decisión de cómo organizarse y, en concreto, la opción de un modelo de descentralización funcional como gestión directa de competencias es una cuestión que se debe interpretar desde el Derecho Administrativo y sus principios sin que puedan manipularse o intercambiarse regímenes jurídicos entre las distintas técnicas administrativas, como son, en el asunto objeto de litigio, la utilización de los encargos a medios propios como mecanismo de auto-provisión o la utilización de figuras de cooperación como es el consorcio interadministrativo.

La figura de los encargos a medios propios es una técnica auto-organizativa de cooperación vertical que se regula en el artículo 4.1 n) y 24.6 TRLCSP, y que tiene origen y fundamento europeo. La Directiva 2014/24, en relación a la técnica auto-organizativa de *in house providing* viene a positivizar la doctrina del Tribunal de Justicia, recogiendo en el apartado 1 del artículo 12 (relaciones entre poderes públicos) los requisitos de la sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999, *Teckal* (en especial, los considerandos 5, 31 y 34 de la Directiva recuerdan el carácter excepcional de esta opción). Esta técnica auto-organizativa justifica la no aplicación de la normativa contractual al existir una relación jurídico-administrativa cuando concurren unos requisitos:

«1.- Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- a).- que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;
- b).- que al menos el 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador;
- c).- que no exista participación privada en la persona jurídica controlada...»

Esta previsión de la Directiva, cuyos requisitos son acumulativos, tiene efecto directo, en tanto se trata de una previsión clara, precisa e incondicionada, de tal forma que la interpretación a realizar por este Tribunal administrativo debe atender a estas previsiones, así como a las exigencias nacionales que resulten compatibles con el régimen europeo.

Esto significa que los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, *Parking Brixen* (apartados 63 y 65). Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia (así se advierte en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia», de julio de 2013 y el Informe núm. 1003 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

En todo caso, la consecuencia del control análogo es la de la obligatoriedad de aceptar y ejecutar los encargos por el ente que los recibe, y no lo contrario (en correcta interpretación de la doctrina fijada en la Sentencia de 11 de mayo de 2006, *Cabotermo*). Control análogo que es de carácter funcional y no formal —no basta con la mera declaración legal—, que obliga a acreditar que efectivamente existe ese poder de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la Sociedad al que se refería la citada Sentencia TJUE de 13 octubre de 2005 (*Parking Brixen*). Así lo corrobora la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Wasser*, al indicar que:

«Sin perjuicio de la comprobación por el órgano jurisdiccional remitente de la efectividad de las disposiciones estatutarias de que se trata, cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, cuando:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- *la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas, y*
- *a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad».*

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

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

En todo caso, aún admitiendo la posibilidad teórica de control conjunto, el control sobre el medio propio debe ser efectivo. Por ello, no se ha admitido la existencia de control conjunto en la STJUE de 8 de mayo de 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Alemania), mediante resolución de 6 de noviembre de 2012. La sentencia en



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

cuestión analiza la regularidad de la adjudicación de un contrato atribuido directamente por la Universidad de Hamburgo a Hochschul-Information-System GMBH (que es una sociedad de responsabilidad limitada de Derecho privado, cuyo capital está controlado en una tercera parte por el Estado Federal alemán y en dos terceras partes por los 16 *Länder* alemanes, correspondiendo a la Ciudad de Hamburgo un 4,16 % de dicho capital) sin aplicar los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 2004/18. Se alega que la adjudicación directa del contrato por la Universidad a HIS, según estas partes contratantes, está justificada por el hecho de que, aunque entre estas dos entidades no existe ninguna relación de control, el requisito de «control análogo» establecido por la jurisprudencia antes citada del Tribunal de Justicia se cumple, a su entender, porque ambas entidades se encuentran bajo el control de la Ciudad de Hamburgo.

En la respuesta a la cuestión, el TJUE recuerda que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia «*el objetivo principal de las normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros en los ámbitos de ejecución de obras, suministro de productos y prestación de servicios, lo cual implica la obligación de toda entidad adjudicadora de aplicar las normas pertinentes del Derecho de la Unión cuando se cumplan los requisitos establecidos por éste (véase, en este sentido, la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, apartado 44). Por consiguiente, cualquier excepción a la aplicación de esta obligación debe interpretarse de manera estricta (véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 46)*».

Por ello, tras recordar la doctrina sobre medios propios, concluye que no se cumplen en este supuestos los requisitos que amparan esta potestad



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de auto-organización y declara que un contrato que tiene por objeto el suministro de productos celebrado entre, por una parte, una universidad que es una entidad adjudicadora y que en el ámbito de sus adquisiciones de productos y servicios está controlada por un Estado federado alemán y, por otra, una empresa de Derecho privado controlada por el Estado federal y los Estados federados alemanes, incluido el antedicho Estado federado, constituye un contrato público en el sentido de la referida disposición y debe, por tanto, estar sujeto a las reglas de adjudicación de contratos públicos previstas en la citada Directiva.

Puesta de manifiesto la delimitación conceptual de qué debe entenderse como medio propio, en qué supuestos esta técnica auto-organizativa justifica la no aplicación de la normativa contractual al existir una relación jurídico-administrativa y, por último, la interpretación sobre el concepto de control análogo al que hace referencia la normativa comunitaria europea, cabe establecer que la aplicación de las exigencias del artículo 12 de la Directiva 2014/24 conforme a la interpretación de la jurisprudencia europea al supuesto que nos ocupa, nos lleva a la conclusión de que GRHUSA, como medio propio del Consorcio núm. 1 de Huesca, no es, ni puede ser medio propio del Ayuntamiento de Huesca, pues éste, ni participa del accionariado (condición indispensable), ni puede influir en las decisiones estratégicas, ni siquiera se prevé la aceptación incondicionada de los encargos. No puede encajarse en ninguna de las previsiones del referido artículo 12. Ni en el apartado 1 ni, tampoco en el apartado 3.a) del referido precepto al no existir control análogo al de sus propios servicios.

Y resulta indiferente, como ahora se explicará, que el Consorcio, por modificación estatutaria, se haya declarado como medio propio de los



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Ayuntamientos que lo conforman, pues esa es una exigencia legal que no enerva el cumplimiento de los requisitos expuestos. Se incumplen, por tanto, las previsiones de la Directiva 2014/24 (con efecto directo), como las exigencias legales del artículo 4.1 n) y 24.6 TRLCSP.

La interpretación que pretende el Ayuntamiento de Huesca desvirtúa la esencia de la figura de la cooperación vertical mediante los encargos a medios propios y, por ello, resulta ilegal. Por eso, en tanto la relación jurídica no es con las entidades «propietarias», y tratándose de una relación de carácter oneroso y típica (STJUE de 11 de julio de 2013, *Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos*), resultan de obligada aplicación las previsiones relativas a procedimientos de adjudicación, pues lo contrario sería una contravención a la regla de transparencia y concurrencia recogida tanto por la norma comunitaria europea como por la nacional.

En consecuencia, debe prosperar la pretensión de anulación de la decisión impugnada, en tanto se trata de un encargo a medio propio que no es conforme al derecho vigente (europeo y nacional) y que esconde una adjudicación directa de un contrato público (entre otras, STJUE de 18 de enero de 2007, *Auroux*).

QUINTO.- Es necesario analizar, por otra parte utilización de GRHUSA como medio propio del consorcio que a su vez actúa como medio propio del Ayuntamiento de Huesca.

Al igual que se realizaba en el fundamento de derecho anterior, es necesario realizar una primera delimitación conceptual. El consorcio es una de las figuras cuya creación permiten los artículos 57 de la Ley de Bases de Régimen local, 110 del texto refundido de disposiciones legales



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

vigentes en materia de régimen local y 218 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón. La creación de tales consorcios y la atribución a ellos de funciones específicas que impliquen la gestión de competencias atribuidas legalmente a las Corporaciones Locales tiene así cobertura legal.

El artículo 118 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con carácter básico, indica al respecto que:

«1. Los consorcios son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias.

2. Los consorcios podrán realizar actividades de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos y cuantas otras estén previstas en las leyes».

El consorcio se configura, así, como una entidad interadministrativa nacida de la asociación de varios entes administrativos para la consecución de fines colectivos o de común interés, en especial la realización de obras o en la prestación de determinados servicios de interés local o común, gozando para su cometido de personalidad jurídica.

Lo que caracteriza al consorcio, como ha señalado la doctrina científica, es que se constituye como una organización independiente respecto de los entes que se asocian. La titularidad de las competencias de los miembros que lo integran no se asumen por el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

consorcio, sino que es la gestión lo que se traspasa, total o parcialmente, con lo que el consorcio gestiona fiduciariamente los intereses que, en otro supuesto, sólo mediante la actividad unilateral de cada uno de los entes consorciados podrían ser alcanzados. Esa naturaleza asociativa se deduce de la normativa en que se prevé; así mismo tiene personalidad propia e independiente respecto de las entidades integradas en él. Éstas ni desaparecen ni pierden poder dispositivo para constituir el consorcio, entrar en uno ya creado o separarse del mismo, lo que significa que se presentan caracteres coincidentes con los de la mancomunidad de municipios. Y debe recordarse como en la STJUE *Teckal* citada (destacado *leading case*), se niega que la mancomunidad de municipios pueda tener la consideración de medio propio de las entidades locales que la conforman. Así, el Consorcio número 1 de Huesca, al no cumplir con los requisitos legales, no podrá ser considerado como medio propio de los Entes locales que lo conforman.

La figura consorcial objeto de recurso es, técnicamente, un ejemplo de cooperación horizontal (por ello se utiliza la figura del convenio) y no de cooperación vertical, en virtud de la que se satisfacen intereses conjuntos con mayor eficacia. La STJUE de 9 de junio de 2009, *Hamburgo*, admite la exclusión de los contratos públicos comprendidos en el ámbito de las Directivas de contratación pública de estos supuestos de colaboración público-público, pero es necesario que se den las siguientes circunstancias: a) que en la cooperación intervengan sólo poderes adjudicadores que no cuenten con participación de capital privado; b) que el acuerdo revista el carácter de una cooperación real con el objetivo común de garantizar el desempeño de una tarea de servicio público cuya realización compete a todas las



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

partes cooperantes; c) que la cooperación se rija sólo por razones de interés público, de tal manera que pueda comportar derechos y obligaciones recíprocos, pero no transferencias financieras entre las partes, salvo las relativas al reembolso de los costes reales de las obras, servicios o suministros y d) que las partes cooperantes no desarrollen actividades de mercado en el marco de la cooperación.

Este carácter cooperativo horizontal resulta claro si se examina el régimen jurídico del Consorcio local. La LRBRL, en su Disposición adicional vigésima (modificada por Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local), preveía que los estatutos de cada consorcio determinarían la Administración pública a la que estará adscrito, así como su régimen orgánico, funcional y financiero de acuerdo con lo previsto en los siguientes apartados. Además en cada ejercicio presupuestario y por todo ese periodo el consorcio quedará adscrito a una Administración pública, de acuerdo con los criterios de prioridad reguladores, referidos a la situación en el primer día del ejercicio presupuestario. Tales criterios son la disposición de la mayoría de votos en los órganos de gobierno, la que tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos, la que tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo, que disponga de un mayor control sobre la actividad del consorcio debido a una normativa especial, que tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno, que financie en más de un cincuenta por cien o, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por el consorcio, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año, que ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial y



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

que tenga mayor número de habitantes o extensión territorial dependiendo de si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios a las personas, o al desarrollo de actuaciones sobre el territorio.

También se prevé que los consorcios estén sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración pública a la que estén adscritos, sin perjuicio de su sujeción a lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. En todo caso, se llevará a cabo una auditoría de las cuentas anuales que será responsabilidad del órgano de control de la Administración a la que se haya adscrito el consorcio. Los consorcios deberán formar parte de los presupuestos e incluirse en la cuenta general de la Administración pública de adscripción. Por último, el personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral procedente exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes, su régimen jurídico será el de la Administración pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla.

De lo expuesto se deduce que el Consorcio núm. 1 de Huesca es una entidad pública diferenciada (que no tiene consideración de Entidad Local, tal y como se advierte en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 89/2015, de 24 de febrero), con funciones propias, ajenas a la técnica de cooperación vertical, por lo que las relaciones entre sus miembros asociados nunca pueden ser las del medio propio. Y, por esta diferenciación, los medios propios del Consorcio lo serán solo del ente matriz, y nunca, por la mera pertenencia al Consorcio, de los entes públicos que lo integran. Máxime



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

cuando en el consorcio puede existir participación privada, incompatible, por exigencia legal, con la propia idea del medio propio [art. 4.1 n) y 24.6 TRLCSP].

Y en este sentido conviene recordar la doctrina fijada por el TJUE en su sentencia de 13 de junio de 2013, *Piepenbrock*. En esta sentencia, el Tribunal resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional alemán por albergar dudas acerca de la incidencia de la naturaleza de derecho público de un contrato de delegación, en la aplicabilidad de la normativa en materia de contratación pública advirtiendo que la delegación de funciones públicas en otro ente (como lo es la figura del Consorcio) no puede considerarse una técnica de medio propio, porque no existe sobre ella un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios ni dicha persona realiza la parte esencial de sus actividades con la entidad que la controla.

La cooperación no puede, bajo fórmulas de convenios interadministrativos y utilización de medios propios de otros, ocultar contratos públicos (sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 19 de diciembre de 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce y Universidad de Salento*). Criterio ya fijado en el Informe 10/10, de 23 de julio de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sobre el «Régimen aplicable en las encomiendas de gestión a un medio propio directo o a un medio propio indirecto», donde recuerda que en encargo de gestión a una sociedad, medio instrumental del consorcio creado por las entidades locales, sólo puede hacerse por éste y con respecto de las competencias cuya gestión se le hayan atribuido en sus estatutos. Así, la indebida consideración del Consorcio como técnica de cooperación vertical, invalida la opción de considerar al medio



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

propio de GRHUSA como medio propio del Ayuntamiento de Huesca. Decisión ilegal en tanto supone una adjudicación directa de un contrato sin procedimiento.

SEXTO.- De lo expuesto resulta evidente que la decisión impugnada es contraria a derecho al utilizar de forma indebida las técnicas auto-organizativas para adjudicar de forma ilegal un contrato a la empresa pública GRHUSA, pues ésta no puede ser considerada como medio propio del Ayuntamiento de Huesca.

Por otra parte, conviene recordar que la técnica del medio propio, como sistema de auto-provisión en ciertas circunstancias excepcionales no puede servir para alterar el funcionamiento de las técnicas jurídico-públicas ni para falsear los fundamentos del Derecho Público.

El incorrecto uso de la figura del medio propio ha sido criticado de forma constante en los últimos años tanto por la doctrina científica como por los organismos de fiscalización externa (por todos, Informe de fiscalización núm. 1197, de 2017, del Tribunal de Cuentas, sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013) en tanto supone la huida de ciertas reglas de Derecho Público y genera distorsiones de la competencia. Este asunto fue también abordado en el informe de la Subcomisión de Administración Institucional del Informe CORA, que puso de relieve que la utilización abusiva de esta técnica, además de limitar la contratación pública en el mercado de bienes y servicios, puede de hecho llegar a «desvirtuar la configuración de los distintos entes públicos» —lo que ocurre cuando las encomiendas de gestión son tan amplias que llegan a suponer la sustitución en el ejercicio de las competencias



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de los entes que las tienen atribuidas por los medios propios— y altera además las condiciones de financiación entre los distintos organismos y entes del sector público estatal. En relación con la utilización como medios propios de los organismos públicos, dice así el informe: «El uso y desarrollo de la encomienda de gestión se ha convertido en un ejemplo paradigmático del uso de medios ajenos, con las correspondientes contraprestaciones económicas que parten del propio sector público, de modo que los ingresos «propios» de muchos organismos en realidad proceden del propio sector público, aunque no del Ministerio u organismo de tutela».

Ello explica la estricta regulación de esta figura en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y del referido Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Para poder utilizar de forma correcta la técnica del encargo a un medio propio, se exige acreditar la disposición de medios suficientes para recibir dicho encargo, así como la eficiencia frente a otras opciones (entre ellas, la de celebrar un contrato público). Desde esta perspectiva resulta evidente que la empresa pública GRHUSA, como medio propio del Consorcio núm. 1 de Huesca, no cumple dichas exigencias. Especialmente porque su objeto social es ajeno a la labor que le pretenden encargar el Ayuntamiento de Huesca (se limita a la gestión de residuos) y porque, además carece del personal suficiente para ello, y, por este motivo, se pretende incorporar a dicha empresa pública el personal de la empresa concesionaria que prestaba el servicio.

Desde esta perspectiva tampoco GRHUSA, como medio propio, cumpliría los requisitos para poder recibir el encargo de la prestación del servicio de limpieza viaria de la ciudad de Huesca. Además, tal actuación, al prestarse de forma indebida por una empresa pública



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

que no es medio propio constituye una evidente sustracción de dichos servicios del mercado de la libre competencia, vulnerando los principios de la contratación pública (cuestión sobre la que ha fijado criterio la Autoridad Vasca de la Competencia en la Resolución de 11 de noviembre de 2015 —Expte. 7/2013, Obras Públicas Álava—, al considerar contraria a la libre competencia en contratos de obras ordinarias los encargos por delegación a una empresa medio propio de una Diputación Foral por varios Ayuntamientos).

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, presentado por D. Gerardo Oliván Bellosta, en su condición de concejal del Excmo. Ayuntamiento de HUESCA, contra la decisión del Pleno Municipal del Ayuntamiento de Huesca de 31 de mayo de 2017, por la que se aprobó la encomienda de gestión del servicio de limpieza viaria del municipio de Huesca al Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Agrupación núm. 1 de Huesca, a través de su medio propio, la empresa pública GRHUSA, declarando la nulidad de dicha decisión, por ser contraria a la normativa de contratación pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47. 2 TRLCSP.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Huesca deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón [artículo 10 k) LJ], todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

José María Gimeno Feliu

EI SECRETARIO

Miguel Ángel Gil Condón