

# EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



## Doctrina del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en relació amb els encàrrecs dels poders adjudicadors a mitjans propis personificats

12-12-2022

La doctrina dels mitjans propis té com a objectiu delimitar les condicions en les quals els negocis jurídics entre poders adjudicadors poden tenir com a resultat la sostracció al mercat de quelcom que, en principi, resultaria susceptible de ser objecte de contractació pública mitjançant els procediments establerts per la seva normativa. No es tracta, doncs, de negocis jurídics diferents que se situen fora de l'àmbit d'aplicació de la legislació de contractes, com és el cas dels encàrrecs de gestió regulades per l'article 11 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (LRJSP) o de la cooperació horitzontal a què fa referència l'apartat 4 de l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública.

Efectivament, quan els poders adjudicadors duen a terme contractes entre si a títol onerós, cal analitzar, en cada cas, si s'aplica la normativa d'adjudicació dels contractes públics. Com a norma general, aquesta normativa resulta aplicable quan hi ha un contracte onerós entre dos o més poders adjudicadors que té per objecte l'elaboració d'obres, el subministrament de béns, la prestació de serveis o un contracte de concessió en el sentit de les directives. No obstant això, quan concorren determinats requisits funcionals establerts per la jurisprudència comunitària, i recollits per les directives i per la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), els contractes entre poders adjudicadors estan exempts de l'aplicació de les normes sobre contractació pública, però no dels seus principis generals i programàtics.

En relació amb la doctrina dels mitjans propis personificats s'ha pronunciat recentment el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en les resolucions [294/2022, de 16 de novembre de 2022](#) i [300/2022, de 23 de novembre](#), que analitzarem en aquest apunt.

### Regulació

L'article 12 de la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, parla dels **contractes entre entitats del sector públic** i els exclou del seu àmbit d'aplicació, sempre que es compleixin determinades condicions.

Les determinacions de l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE s'incorporen a l'ordenament jurídic espanyol mitjançant els articles 32, 33 i 34 de la LCSP. Concretament, l'article 32 de la LCSP estableix que els poders adjudicadors es poden organitzar executant de manera directa prestacions pròpies dels contractes d'obres, subministraments, serveis, concessió d'obres i concessió de serveis, a canvi d'una compensació tarifària, mitjançant una altra persona jurídica diferent, ja sigui de dret públic o de dret privat, previ encàrrec a aquesta, sempre que es donin els requeriments i les condicions establertes tant a la LCSP com a la LRJSP. L'encàrrec que compleixi tots aquests requisits no té la consideració de contracte als efectes de la LCSP.

Ens centrarem en els encàrrecs a mitjans propis per part de poders adjudicadors, regulats a l'article 32 de la LCSP.

Sobre els requisits funcionals

La LCSP estableix l'exempció per a la denominada **cooperació vertical** o cooperació institucionalitzada, que respon justament a la doctrina dels contractes *in house* i que fa referència a les relacions entre un poder adjudicador i una altra personificació jurídica que compleixen determinats **requisits funcionals**:

a) **Normes o requisits generals** d'aquests negocis (art. 32.2 de la LCSP):

- El poder adjudicador que fa l'encàrrec té sobre el mitjà propi un **control directe o indirecte anàleg** al que té respecte dels seus propis serveis. Aquest control anàleg es presumeix quan l'encàrrec sigui d'execució obligatòria per al mitjà propi, perquè així ho estableixin els seus estatuts o l'acte de creació.
- La compensació econòmica al mitjà propi és per **tarifes** aprovades pel poder adjudicador del qual depèn el mitjà propi.
- El mitjà propi **no té vocació de mercat**, ja que com a mínim un 80% de la seva activitat la du a terme el poder adjudicador que fa l'encàrrec o altres entitats controlades per aquest.
- Si el mitjà propi és una entitat de dret privat, tot el seu capital o patrimoni ha de ser de titularitat o aportació pública.
- La condició de mitjà propi respecte del poder adjudicador que fa l'encàrrec ha d'estar expressament recollida en els estatuts o l'acte de creació del mitjà propi.

b) **Normes específiques** (art. 32.4 de la LCSP) si una mateixa entitat té la consideració de **mitjà propi respecte de dos o més poders adjudicadors** que siguin independents entre si.

Concretament, a part dels requisits generals, s'estableix que en aquests casos el control anàleg ha de ser conjunt entre tots els ens que poden fer encàrrecs al mitjà propi, i estableix que s'entén que es produeix aquest control anàleg conjunt quan:

- Als òrgans decisoris del mitjà propi estiguin representats tots els ens que li poden fer un encàrrec.
- Aquests exerceixen directament i conjuntament una influència decisiva sobre els objectius i sobre les decisions significatives del mitjà propi.
- El mitjà propi no persegueix interessos contraris als interessos dels ens que li fan l'encàrrec.

Requisits formals de l'encàrrec

En relació amb la viabilitat d'aquests negocis jurídics, l'apartat 6 de l'article 32 de la LCSP estableix que:

a) L'entitat ha d'haver **publicat en el seu perfil del contractant** allotjat a la Plataforma de serveis de contractació pública (PSCP):

- La seva condició de mitjà propi personificat.
- Els poders adjudicadors respecte dels quals és mitjà propi.

- Els sectors de l'activitat, compresos en el seu objecte social, respecte dels que seria apte per executar les prestacions objecte de l'encàrrec.

b) L'encàrrec s'ha de **formalitzar en un document**, que ha d'establir la durada de l'encàrrec.

c) S'ha de **donar publicitat dels encàrrecs**:

- El document de formalització de l'encàrrec s'ha de publicar a la PSCP quan l'import de l'encàrrec sigui superior a 50.000 euros (IVA exclòs).
- La informació relativa als encàrrecs d'import igual o inferior a 50.000 euros (IVA exclòs) s'ha de fer a la PSCP, almenys trimestralment, i ha de comprendre, com a mínim, les dades següents: objecte de l'encàrrec, durada, tarifes aplicables i identitat del mitjà propi. Els encàrrecs s'han de publicar endreçats per la identitat del mitjà propi.

Requisits addicionals. Millor rendibilitat o eficàcia

A més, el TCCSP considera que cal atènyer-se a les determinacions de l'article 86 de la LRJSP, el qual, si bé només és aplicable a l'Administració general de l'Estat i no té caràcter bàsic, en virtut del que disposa la LCSP s'ha d'entendre que és d'aplicació supletòria pel que fa al règim jurídic dels mitjans propis.

Aquest article, dins del que anomena **control de l'eficàcia dels mitjans propis**, estableix uns **requisits addicionals** als establerts a la LCSP per tal que les entitats que integren el sector públic institucional (definit a l'article 2.2 de la LRJAP) puguin ser considerades mitjans propis:

a) El mitjà propi ha d'acreditar **que disposa de mitjans suficients i idonis** per fer prestacions en el sector de l'activitat que es correspongui amb el seu objecte social, d'acord amb la seva norma o acord de creació.

b) S'ha de donar alguna de les circumstàncies següents:

- L'encàrrec al mitjà propi ha de ser una **opció més eficient** que la contractació pública i ha de ser sostenible i eficaç aplicant criteris de rendibilitat econòmica, i/o
- L'encàrrec al mitjà propi és **necessari per raons de seguretat pública i d'urgència** per disposar dels béns o dels serveis subministrats pel mitjà propi.

Així mateix, la LRJSP estableix que en la denominació de les entitats integrants del sector públic institucional que tinguin la condició de mitjà propi, ha de figurar necessàriament la indicació "mitjà propi" o la seva abreviatura "m. p."

La proposta de declaració d'una entitat com a mitjà propi ha d'anar acompanyada d'una memòria justificativa del compliment dels requisits anteriors i ha de ser informada per la Intervenció General.

La Resolució 294/2022, de 16 de novembre, del TCCSP analitza precisament aquest requisit de l'acreditació d'una **millor rendibilitat o eficiència** del servei. El TCCSP, més enllà de dilucidar sobre l'abast de l'aplicació de la determinació de l'article 86.2 de la LRJSP –relativa al requisit que, o bé l'opció de l'encàrrec al mitjà propi sigui més eficient que la contractació pública i sigui sostenible i eficaç, aplicant-hi criteris de rendibilitat econòmica, o bé sigui necessari per raons de seguretat pública o d'urgència–, **la motivació i la justificació de l'encàrrec** es configura com l'eina de garantia de bon govern i bona administració més elemental, especialment vinculada al compliment del principi d'eficiència en l'assignació i la utilització dels recursos públics (art. 7 de la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera).

El TCCSP considera que, des d'aquesta perspectiva, la motivació i la justificació de l'acord de l'encàrrec al mitjà propi esdevé un requisit de base per poder efectuar la revisió d'una decisió que, si més no, ha d'implicar una observança escrupolosa de la concurrència dels requeriments exigits per poder situar aquest negoci jurídic com a exempt de la normativa de contractació pública i, per tant, excloure'l d'un procediment d'adjudicació en el mercat obert.

Així mateix, recorda que, si bé els poders públics disposen d'una **àmplia llibertat i discrecionalitat per a l'adopció de la forma de gestió del servei**, tal com reconeixen les directives de 2014 (art. 1.4 de la Directiva 2014/24/UE i art. 2.1 de la Directiva 2014/23/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió), aquesta capacitat d'elecció de la forma de gestió **no els exigeix de justificar el recurs a la fórmula que sigui –gestió directa o indirecta– en termes, si més no, d'eficiència i eficàcia.**

En el cas que resol la Resolució esmentada, el TCCSP entén que del conjunt de la documentació que conforma l'expedient administratiu no es desprèn una justificació suficient en relació amb la decisió d'efectuar l'encàrrec al mitjà propi, ja que la memòria justificativa elaborada no analitza, ni mínimament, altres fórmules de gestió del servei, ni tan sols es desprèn d'aquest document com s'estava gestionant el servei fins al moment i quines són les raons principals, en termes d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera, que avalen el canvi proposat, més enllà de referències genèriques favorables a la gestió per part del mitjà propi. El TCCSP aprecia en la documentació de l'encàrrec una manca de motivació i justificació de l'opció acollida pel poder adjudicador, en el sentit de manca d'argumentació d'una eficiència més elevada de la fórmula aprovada. En conseqüència, resol que estima aquest motiu del recurs i anul·la la resolució d'aprovació de l'encàrrec i formalització posterior, i ordena retrotraure el procediment al moment immediatament anterior a la seva aprovació perquè es justifiqui adequadament l'elecció de la fórmula de gestió del servei públic.

Contràriament, en la Resolució 300/2022, de 23 de novembre, el TCCSP no aprecia aquesta manca de motivació, ja que considera que la memòria justificativa feia una **anàlisi dels fets determinats del canvi de model en la prestació del servei**, que es justificava per la inclusió de millores en el servei amb l'objectiu de millorar la qualitat, que assegurava tractes més pròxims i personalitzats amb els usuaris; així com per l'adopció de mesures per garantir l'ocupació estable i els drets del personal adscrit al servei, i altres tècniques amb la finalitat de garantir la sostenibilitat social i econòmica, i per la incorporació de nous instruments organitzatius. Així mateix, el TCCSP afegeix a aquestes justificacions, per argumentar el sentit de la seva resolució, que en aquest cas cal afegir que l'encàrrec es refereix a un servei que, per les seves especials característiques, li és aplicable el règim específic dels que són inclosos en l'annex IV de la LCSP, que tenen uns principis informadors *ad hoc*, entre els quals cal destacar, si més no, els de la garantia de la qualitat de la prestació, l'accessibilitat i la disponibilitat, aspectes de referència en les argumentacions de la memòria justificativa de l'encàrrec.



## **Rosa Maldonado Camats**

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda