



## **INFORME 13/2020, DE 2 DE DICIEMBRE, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

**OBJETO: PROPUESTA DE ACUERDO DEL CONSEJO DE GOBIERNO POR EL QUE SE PRESTA CONFORMIDAD Y SE AUTORIZA EXPRESAMENTE QUE SE RECONOZCA A LA SOCIEDAD PÚBLICA SESTAO BERRI 2010, S.A. LA CONDICIÓN DE MEDIO PROPIO PERSONIFICADO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI, ASÍ COMO QUE SE MODIFIQUEN SUS ESTATUTOS SOCIALES.**

### **I.- ANTECEDENTES.**

Con fecha 5 de noviembre de 2020 se realiza solicitud de informe formulada por la Directora de Servicios del Departamento de Planificación Territorial, Vivienda y Transportes sobre la propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se presta conformidad y se autoriza expresamente que se reconozca a la sociedad pública SESTAO BERRI 2010, S.A. la condición de medio propio personificado de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, así como que se modifiquen sus estatutos sociales.

La solicitud se dirige al Director de Patrimonio y Contratación, en su calidad de Presidente de la Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

El expediente se ha tramitado a través de la aplicación informática para la tramitación electrónica de procedimientos Tramitagune, con la referencia AAAA\_ACG\_104611/20\_05.

### **II. – CONTENIDO.**

La propuesta de Acuerdo recoge en su parte dispositiva los siguientes acuerdos:



<<**Primero.-** Prestar la conformidad y autorizar expresamente que se reconozca a la sociedad pública SESTAO BERRI 2010, S.A. la condición de medio propio personificado de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

**Segundo.-** Autorizar la modificación de los estatutos sociales de SESTAO BERRI, 2010 S.A., dotando a sus artículos 1, 2, 6, 14, 18, 20, 29 y 31 del siguiente contenido:

"Artículo 1º. Denominación y normas de aplicación

La sociedad tendrá la denominación de "SESTAO BERRI, S.A." y se regirá por los presentes Estatutos y, en lo no previsto en ellos, por la legislación reguladora de las sociedades anónimas y disposiciones mercantiles complementarias, así como por las normas de naturaleza jurídico-administrativa que resulten de aplicación.

La sociedad, además del desarrollo de las funciones de rehabilitación propias de su condición de sociedad urbanística de rehabilitación, podrá recibir del Ayuntamiento de Sestao y la Comunidad Autónoma de Euskadi, encargos a medio a propio de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. A tal fin tiene la consideración de medio propio personificado del Ayuntamiento de Sestao y de la Comunidad Autónoma de Euskadi, por cumplir todos y cada uno de los requisitos que, respecto de dicho poder adjudicador, establece el artículo 32.4 de la citada norma.

Artículo 2º. Objeto social

a) El desarrollo integral del PERRI Txabarri, así como de cualquier otra actuación de rehabilitación urbana en el ámbito territorial del municipio de Sestao, realizando las obras constitutivas de las actuaciones de rehabilitación o cualquier otra obra que suponga la ejecución de los Planes Especiales de Rehabilitación.

b) Actuar como beneficiaria de las expropiaciones, o realizar adquisiciones y demoliciones para los sistemas generales viarios para la prolongación de la calle gran Vía de José Antonio de Aguirre, como eje vertebrador del Ensanche de Sestao y adyacente acceso Este a Sestao desde el corredor del Ballonti y en cualquier otra actuación análoga en el ámbito territorial del municipio de Sestao.

c) Redacción de los Planes urbanísticos, proyectos, programas de gestión, y socio-económicos en el ámbito territorial del municipio de Sestao.

d) *El asesoramiento técnico y de gestión para el desarrollo real del PERRI Txabarri – El So y otras actuaciones análogas dentro del ámbito territorial del municipio de Sestao.*

e) *Realizar el traslado orientado y asesorado, de actividades industriales y negocios de las zonas expropiadas en el ámbito territorial del municipio de Sestao.*

f) *Materializar el traslado orientado y asesorado, de residentes en viviendas de las zonas expropiadas y/o adquiridas en el ámbito territorial descrito anteriormente.*

g) *Colaborar con el Ayuntamiento de Sestao y con el Departamento o Departamentos con competencias en materia de vivienda y/o asuntos sociales del Gobierno Vasco en el cumplimiento de sus compromisos de reubicación y realojo de familias multiproblemáticas del municipio, ejerciendo funciones de coordinación y gestión, en su caso de manera conjunta con otras entidades dependientes del mismo, respecto de los planes de empleo, comercialización e integración que puedan redundar en la efectiva regeneración socio urbanística de la zona, desde el punto de vista de su vertiente más social o convivencia. Así como en material de renovación urbana, emprendedores y empleo, integración social.*

h) *La prestación de servicios energéticos relacionados con la mejora de la eficiencia energética que puedan comprender el suministro energético, mediante su adquisición a productores o comercializadores de energía, la gestión energética, la operación y el mantenimiento de las instalaciones consumidoras, todo ello directamente por sí o a través de su participación en otras sociedades, incluyendo la gestión, dirección y administración de las citadas sociedades participadas.*

i) *La gestión, explotación y conservación de todo tipo de bienes, obras y servicios resultantes de la ejecución de los Planes Especiales de Rehabilitación, así como aquellos otros incluidos en las Áreas de Rehabilitación Integrada.*

j) *La tramitación de ayudas y subvenciones relacionadas con las actividades integrantes de su objeto social.*

k) *La realización de aquellas actuaciones que le encomienden la comisión Directiva del Plan Director para Sestao, previa aceptación de la Junta de Accionistas.*

l) *Cualquier otro fin mediata o inmediatamente relacionado con los anteriormente especificados.*

2.- Dentro del ámbito de actuación y del objeto social de la Sociedad tendrán preferencia, por la situación social, urbanística y por la conveniencia de su desarrollo al tratarse de sistemas generales viarios, la gestión de actuaciones, previa financiación de las mismas por las instituciones públicas competentes y responsables en la materia, referidas a las expropiaciones, adquisiciones y demoliciones, junto con los respectivos realojos para la prolongación de la calle Gran vía de José Antonio Aguirre, como eje vertebrador del Ensanche de Sestao y adyacente acceso Este a Sestao desde el Corredor del Ballonti concretamente, los inmuebles descritos en las calles Rivas, San Ignacio y los situados en Simondrogas.

#### Artículo 6º. Domicilio social

La sociedad tendrá su domicilio en la Plaza de los Tres Concejos nº 1 Bajo del municipio de Sestao.

El órgano de administración será competente para acordar el traslado del domicilio dentro del término municipal, así como para la creación, supresión o traslado de sucursales, agencias o delegaciones.

#### Artículo 14º.

La Junta General está constituida por la totalidad de los socios de forma paritaria.

La convocatoria, constitución, procedimiento, votaciones y adopción de acuerdos por la Junta General, en todo en cuanto no esté expresamente previsto en los presentes Estatutos, se acomodarán a las disposiciones previstas en la normativa reguladora de las sociedades de capital, respetando las peculiaridades exigidas en su caso por la legislación de régimen local.

#### Artículo 18º.

Son atribuciones de la Junta General las siguientes:

- a) Nombrar y separar a los miembros del Consejo de Administración
- b) Aumentar o disminuir el capital.
- c) Acordar la fusión, escisión, transformación y disolución de la sociedad.
- d) Modificar los Estatutos Sociales.
- e) Aprobar las cuentas anuales, el informe de gestión y la aplicación del resultado.
- f) Emitir series numeradas de obligaciones.



g) *Nombrar Auditores de Cuentas.*

h) *Adoptar el acuerdo de ejercicio de la acción para exigir responsabilidad a los Administradores.*

i) *Autorizar la transmisión de las acciones.*

j) *Las demás atribuciones que a la Junta General hagan la normativa de sociedades de capital, la legislación de régimen local y los presentes Estatutos.*

#### Artículo 20º.

*El consejo de Administración constituye el órgano ejecutivo encargado de la gestión permanente de la sociedad y de sus relaciones con terceros, representando a ésta en juicio y fuera de él.*

*El Consejo de Administración tendrá el carácter de "Órgano de Contratación" de la sociedad a los efectos de la Ley 9/2017, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público o normativa que la sustituya, sin perjuicio de las delegaciones que pueda realizar en cualquier otro órgano o cargo de la sociedad.*

*El Consejo de Administración estará formado por diez miembros. Cada socio propondrá los miembros del Consejo de Administración proporcionalmente a su participación en el capital social y serán designados por la Junta General.*

*Afectarán a los Consejeros las incapacidades e incompatibilidades que para ejercer cargos representativos señalan las disposiciones de régimen local, así como las impuestas por la Ley de Sociedades Anónimas.*

*Los Consejeros ejercerán su cargo durante el plazo de cinco años, salvo que se trate de Concejales u otro Cargo Electo, cuya duración quedará limitada por la duración del cargo, pudiendo ser reelegidos, una o más veces, por períodos de igual duración. Los miembros del Consejo de Administración serán cesados por la Junta General de Accionistas. En todo caso, los consejeros salientes seguirán en funciones hasta que sean designados los nuevos.*

#### Artículo. 29º.

*La disolución y liquidación de la sociedad, en lo relativo a sus causas, procedimiento y efectos, se regirá por lo dispuesto en la normativa de sociedades de capital.*



Artículo 31º. Régimen jurídico y administrativo de los encargos como medio propio del Ayuntamiento de Sestao y de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

*Las relaciones del Ayuntamiento de Sestao, así como las de la Comunidad Autónoma de Euskadi, con la Sociedad de los que es medio propio, tienen naturaleza instrumental y no contractual y podrán articularse a través de encargos de los previstos en el artículo 32 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.*

*La comunicación efectuada por dichos poderes adjudicadores encargando una actuación a la Sociedad supondrá la orden para iniciarla, sin perjuicio de la observancia de lo establecido en el artículo 32.6.b) de la Ley 9/2017.*

*La compensación por los servicios prestados se establecerá, por referencia a tarifas aprobadas por el poder adjudicador que realice el encargo para las actividades objeto de aquel realizadas por la Sociedad y, en la forma que reglamentariamente se determine por el Estado, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares, en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen todos los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio. La tarifa o compensación del encargo deberá cubrir el valor de las prestaciones encargadas teniendo en cuenta para su cálculo todos los costes directos y los indirectos. Las tarifas, que en ningún caso incluirán márgenes de beneficios, podrán ser objeto de liquidaciones parciales a cuenta dentro de cada ejercicio sin perjuicio de la liquidación definitiva que se practique.*

*SESTAO BERRI S.A., no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por el Ayuntamiento de Sestao o la Comunidad Autónoma de Euskadi, sin perjuicio de que cuando no concurra ningún licitador, pueda encargársele la ejecución de la prestación objeto de las mismas.*

*En el caso de encargos de carácter plurianual, se practicará una liquidación al cierre de cada ejercicio presupuestario sin perjuicio de que, finalizada la actuación, se realice su reconocimiento y comprobación en los términos legalmente establecidos, extendiéndose el documento correspondiente y procediendo a su liquidación en el plazo máximo de los tres meses siguientes.”*



**Tercero.-** Encomendar a la Oficina de Control Económico la verificación de que la entidad referida en el punto primero cuenta con los medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos que se le confieran, según lo dispuesto en el artículo 32.2.d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

**Cuarto.-** Dar traslado de este acuerdo a la entidad referida en el punto primero para que proceda a la adaptación de los estatutos sociales y plasmar así el reconocimiento de la sociedad como medio propio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, así como el resto de modificaciones propuestas. >>.

### **III.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

La propuesta de Acuerdo que se informa tiene como finalidad cumplir con lo dispuesto en el artículo 32.2.d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, en lo sucesivo LCSP, y en la Sección 1ª del Título IV del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

En el apartado 4 del artículo 32 de la LCSP se indican los requisitos que habrán de cumplir las personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, para tener la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí:

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

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

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

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

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

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

La compensación se establecerá, por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio.

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

El cumplimiento del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo, y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

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

Por su parte, las letras c) y d) del apartado 2 del artículo 32 de la LCSP, disponen lo siguiente:

<<c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.





*2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.*

*Los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.*

*En todo caso, se presumirá que cumple el requisito establecido en el número 2.º de la presente letra cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los Grupos, Subgrupos y Categorías que ostente.>>.*

Respecto del acuerdo Segundo de la propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno, se somete a la consideración del Departamento proponente valorar la conveniencia de matizar en el segundo párrafo del artículo 1º de los estatutos sociales de SESTAO BERRI, S.A. que la sociedad podrá recibir del Ayuntamiento de Sestao y de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi encargos a medio propio personificado para realizar prestaciones que se correspondan con el objeto social de la sociedad y dentro de su ámbito territorial de actuación, que es el ámbito territorial del municipio de Sestao.

Relacionado con lo anterior se halla expresar en el texto de las letras h), i) y j) del artículo 2º de los estatutos sociales que las prestaciones a que se refieren las citadas letras se realizarán dentro del ámbito territorial del municipio de Sestao.

En relación con el acuerdo Tercero de la propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno y con lo previsto en el último párrafo de la transcrita letra d) del artículo 32.2 de la LCSP, se constata que la sociedad pública SESTAO BERRI 2010, S.A. no figura clasificada en el Registro de Licitadores y Empresas Clasificadas de la Comunidad Autónoma de Euskadi, lo que hace necesaria la prevista verificación por la Oficina de Control Económico de que dicha entidad cuenta con los medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos que se le pudiesen conferir.

En relación con lo anterior, consultados los Informes de Auditoría de Cuentas Anuales emitidos por un Auditor Independiente correspondientes a los ejercicios 2017, 2018 y 2019, los cuales no constan en el expediente tramitado a través de la aplicación Tramitagune, se observa que el número medio de personas empleadas es de nueve personas en los ejercicios 2017 y 2018 y de once personas en 2019.

La Sección 1ª del Título IV del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, regula el <<reconocimiento del carácter de medios propios y servicios técnicos>>:

<<Artículo 60. Órgano competente.

*En el ámbito del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, las entidades que reúnan los requisitos legalmente establecidos para ser destinatarias de encargos de ejecución obligatoria, deberán obtener previamente el reconocimiento expreso de su carácter de medio propio y servicio técnico de la Administración General o Institucional mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno, que determinará el Departamento al que queden adscritas a estos efectos. Esta declaración podrá ser revocada de forma anticipada por decisión fundada del Consejo de Gobierno.*

Artículo 61. Procedimiento.

1.- *El procedimiento se iniciará por el Departamento interesado y en el expediente se integrarán los informes técnicos, administrativos, económicos y jurídicos pertinentes. Su tramitación podrá realizarse simultáneamente con el procedimiento necesario para acordar la creación de la entidad o la modificación de sus Estatutos o normas fundacionales.*

2.- *En todo caso, en el expediente figurarán los siguientes documentos e informes:*

a) *Los Estatutos, reglas fundacionales y, en general, los documentos organizativos de los que se deduzca la actividad a la que se dedica la entidad y la ausencia de voluntad propia frente a la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Si la entidad es una Sociedad deberá quedar acreditado de forma expresa que la totalidad del capital social es de titularidad pública.*

b) *Declaración que acredite que los ingresos de explotación de la entidad provienen, esencialmente, bien de las demás entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, bien de terceros ajenos, siempre y cuando estos ingresos se deriven directamente de decisiones adoptadas por la propia Administración en ejercicio de sus prerrogativas. La información que de soporte a esta declaración debe figurar en la Memoria de las Cuentas anuales de la entidad.*

*El cumplimiento del requisito anteriormente señalado se podrá acreditar, con carácter subsidiario, mediante aportación de los presupuestos de capital y de explotación de la entidad debidamente aprobados.*

*c) Informes de la Dirección de Patrimonio y Contratación y de la Oficina de Control Económico.*

*d) Acreditación de los recursos humanos, organizativos y técnicos de los que dispone la entidad para cumplir con la función encomendada, sin tener que sobrepasar el límite o límites de subcontratación que se establezcan en la legislación básica sobre contratos del sector público.*

*3.- El Acuerdo de Consejo de Gobierno por el que se reconozca la condición de medio propio o servicio técnico, así como la norma de creación o los Estatutos por los que se rija la entidad, se publicarán en la Plataforma Kontratazio Publikoa Euskadin-Contratación Pública en Euskadi, en la que constará además el ámbito de la actividad al que se circunscribirán los encargos.*

*4.- Las entidades declaradas medio propio o servicio técnico deberán comunicar al Consejo de Gobierno, a través del departamento o departamentos de adscripción, los cambios habidos en las circunstancias tenidas en consideración para el reconocimiento de tal condición, por si hubiera lugar a la revocación o, en su caso, mantenimiento del reconocimiento>>.*

Como se ha indicado antes, entre los requisitos que habrán de cumplir las personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, para tener la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí, recogidos en el apartado 4 del artículo 32 de la LCSP, en la letra b) se indica el siguiente:

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

*El cumplimiento del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo, y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la*

*auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.>>.*

Por su parte, la letra b) del apartado 2 del artículo 32 de la LCSP, dispone lo siguiente:

*<<b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.*

*A estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.*

*Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador que hace el encargo, o debido a la reorganización de las actividades de este, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.*

*El cumplimiento efectivo del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas>>.*

En relación con los criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido en el artículo 32.2.b) de la LCSP, se dictó la "Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en aquellas entidades que sean consideradas medios propios".

La Circular recuerda que, a los efectos del cálculo del requisito del 80 por ciento, las entidades que sean consideradas medio propio personificado han de informar en la memoria de cuentas anuales sobre el cumplimiento efectivo de este requisito y el auditor

ha de verificarlo en el trabajo de auditoría de las cuentas. Y recuerda que las cuentas anuales elaboradas sobre el ejercicio 2018 serán las primeras en las que existe la obligación de revelar información en la memoria respecto al cumplimiento del requisito de actividad y, por ende, las primeras cuentas anuales sobre las que el auditor deberá verificar la misma.

En relación con ello, consta en los Informes de Auditoría de Cuentas Anuales emitidos por un Auditor Independiente correspondientes a los ejercicios 2018 y 2019 información respecto al cumplimiento del requisito de actividad, indicándose en ambos que << [...] *Según las cuentas anuales auditadas, el 100,00% de las actividades realizadas por la Sociedad, se llevan a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el Ayuntamiento de Sestao y el Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda del Gobierno Vasco [...]*>>. Por el contrario, dicha información no obra en el Informe de Auditoría de Cuentas Anuales correspondiente al ejercicio 2017, si bien ha de tenerse presente que ello no era obligatorio para el Auditor en dicho ejercicio, comenzando la obligación respecto de las cuentas anuales sobre el ejercicio 2018, una vez que la LCSP ya hubo entrado en vigor. No obstante, en la letra b) del apartado 2 del artículo 32 de la LCSP, al que se remite la letra b) del apartado 4 del mencionado artículo se contiene las referencia a los indicadores de actividad cuya información puede permitir determinar el cumplimiento del requisito legal. A estos efectos, consta en el expediente tramitado a través de la aplicación Tramitagune el "*Informe sobre la condición de medio propio personificado de SESTAO BERRI 2010, S.A. respecto del Ayuntamiento de Sestao y la Comunidad Autónoma de Euskadi*" realizado, con fecha 13 de diciembre de 2019, por una empresa de consultoría en el que, teniendo en cuenta las consideraciones de la citada Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado, en el que se indica el promedio de importes de los ejercicios 2016-2017 y 2018 expresando que << [...] *el volumen de actividad realizado por la sociedad pública SESTAO BERRI 2010, S.A. en actividades derivadas de cometidos confiados es del 88,06 % tomando como indicador los ingresos y 85,14% tomando los gastos, superando por tanto el porcentaje del 80% establecido por el artículo 32.4.b) de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*>>. Se observa respecto de los importes tomados en consideración para determinar el citado promedio que no existe coincidencia entre los importes correspondientes a diferentes conceptos que constan en los Informes de Auditoría de Cuentas Anuales emitidos por un Auditor Independiente, correspondientes a los ejercicios 2017 y 2018, y los importes de dichos conceptos que constan en el Informe de la mencionada mercantil.

Teniendo en cuenta que la información relativa al cumplimiento del requisito de actividad contenida en el Informe realizado por la mencionada empresa de consultoría se refiere a un promedio de ejercicios que no son los tres ejercicios anteriores a que se refiere el artículo 32 de la LCSP faltaría en el expediente información respecto al cumplimiento del requisito de actividad en el ejercicio 2017. Por esta circunstancia no resulta posible analizar ni emitir un pronunciamiento en este Informe sobre el cumplimiento por SESTAO BERRI 2010, S.A. del requisito recogido en el artículo 32.4.b) de la LCSP para tener la consideración de medio propio personificado respecto de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

La mencionada Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado indica que <<[...] *la actividad a tomar en consideración será aquella que se realiza "en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados (...)" respecto de la totalidad de las actividades que realiza el medio propio.*

*En este sentido, el indicador elegido por el medio propio debe ser fiable y razonable, cuantificable y contrastable y, en todo caso, en la valoración de la razonabilidad deberá atenderse a que el indicador elegido **esté asociado a la actividad realizada por el medio propio en ejercicio de los encargos conferidos** por el poder adjudicador, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo, y no a resultados u otra magnitud. Adicionalmente, cabe referirse al tratamiento de la actividad realizada por el medio propio para ejercer una función pública. En ocasiones, la condición de medio propio concurre en organismos públicos que ejecutan una función o actividad pública cuya realización constituye la razón de su creación (descentralización funcional de servicios) y, en paralelo, pueden recibir encargos para la realización de actividades no integradas en esa función pública que les está atribuida. La actividad principal supone el ejercicio de funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico y, por tanto, no cabe su contratación con terceros de forma global. Este tipo de actividades pueden ser financiadas de formas diversas por lo que podría afectar al cómputo del indicador de volumen global de negocios, si bien, con carácter general, se entenderá que los ingresos percibidos vía transferencias así como los gastos realizados para esta actividad quedarán ajenos al cómputo [...]>>.*

Añade la Circular que << [...] *En orden a facilitar la verificación y prueba del requisito de actividad por los auditores de cuentas, se entiende que la interpretación sobre el concepto de volumen global de negocios ha de ser restrictiva, salvo prueba en contrario que*



corresponderá acreditar, como ha señalado la jurisprudencia del TJCE, a quien quiera beneficiarse de ella, es decir, al medio propio.

Con carácter general no se considerarán parte de esta actividad aquéllas que hayan sido realizadas sin la cobertura de un encargo, siendo justificable tener en cuenta aquellas otras que se hayan realizado por imposición unilateral y con compensación basada en el coste que pudieran tener cabida en el concepto de encargo por concurrir las notas características de este negocio jurídico. Por tanto, en el numerador del indicador deberá incluirse el importe correspondiente a los encargos recibidos. No se incluirán en el numerador las siguientes magnitudes que consten en el estado que refleje el resultado económico patrimonial obtenido por la entidad en el ejercicio:

- a. Ingresos derivados del ejercicio de una potestad administrativa o función pública legalmente encomendada al organismo público, incluidos los derivados de la aplicación de normas jurídicas. En este último caso, salvo que se den las variables de obligatoriedad para el medio propio y compensación del encargo basada en estructura de tarifas.
- b. Ingresos de naturaleza tributaria.
- c. Aquellas partidas de ingresos ajenos o no vinculados al objeto de la actividad del poder adjudicador.
- d. Transferencias corrientes o de capital para financiar la actividad del ente con independencia de su instrumentación jurídica, salvo que pueda demostrarse que parte de dicha financiación vía transferencia está vinculada de forma directa con encargos recibidos del poder adjudicador.
- e. Ingresos derivados de la actividad subvencional.

Asimismo, se excluirán de la cifra del volumen global de negocios las siguientes partidas, en tanto que considerándose magnitudes de naturaleza económica patrimonial que formarán parte de la cuenta de resultados, no guardan relación directa con la actividad propiamente dicha por los encargos conferidos:

- a. Trabajos realizados por la entidad para su inmovilizado.
- b. Excesos de provisiones.
- c. Resultados por enajenaciones de inmovilizado.

En el denominador del indicador deberán incluirse las siguientes magnitudes:

- a. Ventas y otros ingresos de la actividad mercantil (si la entidad está sometida a la adaptación del plan de contabilidad de entidades no lucrativas; el importe neto de la cifra de negocios (si la entidad está sujeta al Plan general de contabilidad) o las ventas netas y prestaciones de servicios (si la entidad se sujeta al Plan general de contabilidad pública).

b. *Subvenciones a la explotación.*

c. *Aquellos otros ingresos de gestión ordinaria que guarden relación directa con la actividad de la entidad [...]>>.*

#### **IV.- CONCLUSIONES.**

Así pues, respecto del Acuerdo propuesto, al no constar en el expediente información respecto al cumplimiento del requisito de actividad en el ejercicio 2017, no resulta posible analizar ni emitir un pronunciamiento sobre el cumplimiento por SESTAO BERRI 2010, S.A. del requisito recogido en el artículo 32.4.b) de la LCSP para tener la consideración de medio propio personificado de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

*Maite Basabe Txabarri, RESPONSABLE DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, CERTIFICA que el Pleno de este órgano colegiado, en su sesión del día 2 de diciembre de 2020, acuerda por asentimiento aprobar el presente informe.*

*Para que conste donde proceda se expide la presente en Vitoria-Gasteiz, a 2 de diciembre de 2020.*

Vº Bº

*EL PRESIDENTE*

*David Álvarez Martínez*

*DIRECTOR DE PATRIMONIO Y CONTRATACIÓN.*