



INFORME 8/2019, DE 5 DE ABRIL, 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 EUSKADIKO KIROL PORTUA S.A. Y A LA FUNDACIÓN PÚBLICA FUNDACIÓN HAZI FUNDAZIOA, ADSCRITOS AL DEPARTAMENTO DE DESARROLLO ECONÓMICO E INFRAESTRUCTURAS, LA CONDICIÓN DE MEDIO PROPIO PERSONIFICADO DE LAS ENTIDADES INTEGRANTES DEL SECTOR PÚBLICO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI.

I.- ANTECEDENTES.

Con fecha 14 de febrero de 2019 se realiza solicitud de informe formulada por la Asesoría Jurídica del Departamento de Hacienda y Economía 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 EUSKADIKO KIROL PORTUA, S.A. y a la fundación pública FUNDACIÓN HAZI FUNDAZIOA, adscritos al Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras, la condición de medio propio personificado de las entidades integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

La solicitud se dirige al Director de Patrimonio y Contratación.

El expediente se ha tramitado a través de la aplicación informática para la tramitación electrónica de procedimientos Tramitagune, con la referencia AAAA_ACG_3261/18_06.

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 EUSKADIKO KIROL PORTUA S.A. y a la fundación pública FUNDACIÓN HAZI FUNDAZIOA la condición de medio propio personificado de las entidades integrantes

del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos que la normativa de contratación pública les impone para serlo.

Segundo.- *Instar a la Dirección de Patrimonio y Contratación del Departamento de Hacienda y Economía a que constate si las entidades citadas en el punto anterior figuran clasificadas en el Registro de Licitadores y Empresas Clasificadas de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y, de no figurar clasificadas, encomendar a la Oficina de Control Económico del mismo Departamento la verificación de que las mismas cuentan con los medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos que se les confiera, 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.*

Tercero.- *Dar traslado de este acuerdo a las entidades referidas en el punto Primero para que, en su caso, procedan a la adaptación de sus estatutos y norma de creación, plasmando su condición de medio propio personificado de las entidades integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y a la Oficina de Control Económico, para su conocimiento y efectos oportunos>>.*

III.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

La propuesta de Acuerdo que se informa tiene como finalidad cumplir con lo dispuesto en el art. 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 2 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 una única entidad concreta del sector público. Entre tales requisitos, en la letra d) especifica el siguiente:

<<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>>.

En relación con lo previsto en el penúltimo párrafo de la transcrita letra d) del artículo 32.2 de la LCSP, y con el acuerdo Tercero de la propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno, consta en el expediente escritura de elevación a público de acuerdos sociales de EUSKADIKO KIROL PORTUA S.A., otorgada el día 19 de mayo de 2014, ante la Notario del Ilustre Colegio del País Vasco, Doña Blanca Palacios Guillén, con número 1.251 de protocolo. Según ella, se modifican los artículos 2, 11, 13 y 16 de los estatutos sociales, recogándose en el artículo 2.4 de los mismos <<la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y de las demás entidades que participen en su capital social, que será en su totalidad de titularidad pública, así como de los organismos autónomos y demás entes públicos de ella dependientes, para los que la sociedad realizará la parte esencial de su actividad>>.Constan, así mismo, en el expediente los estatutos de FUNDACIÓN HAZI FUNDAZIOA, en cuyo artículo 1 se indica que <<La Fundación Hazi Fundazioa tiene, a efectos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la condición de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de las Administraciones Forales y de los entes de ellas dependientes>>.

En relación con lo previsto en el último párrafo de la transcrita letra d) del artículo 32.2 de la LCSP, y con el acuerdo Segundo de la propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno, se constata que la sociedad pública EUSKADIKO KIROL PORTUA S.A. y la fundación

pública FUNDACIÓN HAZI FUNDAZIOA no figuran clasificadas 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 ambas entidades cuentan con los medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos que se les pudiesen conferir.

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>>.

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 una única entidad concreta del sector público, recogidos en el apartado 2 del artículo 32 de la LCSP, en la letra b) se indica también el 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 ha dictado 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 obligatoriedad 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, no constan en el expediente, por no estar formuladas y firmadas a la fecha de este Informe, las memorias de cuentas anuales sobre el ejercicio 2018 correspondientes tanto a la sociedad pública EUSKADIKO KIROL PORTUA, S.A. como a la fundación pública FUNDACIÓN HAZI FUNDAZIOA, siendo la información obrante en el

mismo la constituida por los importes consignados en los respectivos Presupuesto de Capital y Presupuesto de Explotación incluidos en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2018 y, así mismo, la información contenida en el Informe descriptivo y la Memoria descriptiva, respectivamente, realizados por las citadas entidades. Por esta circunstancia no resulta posible analizar ni emitir un pronunciamiento en este Informe sobre el cumplimiento por EUSKADIKO KIROL PORTUA, S.A. y por FUNDACIÓN HAZI FUNDAZIOA del requisito recogido en el artículo 32.2.b) de la LCSP para tener la consideración de medio propio personificado respecto de las entidades integrantes del sector público 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, no resulta posible analizar ni emitir un pronunciamiento sobre el cumplimiento por EUSKADIKO KIROL PORTUA, S.A. y por FUNDACIÓN HAZI FUNDAZIOA del requisito recogido en el artículo 32.2.b) de la LCSP para tener la consideración de medio propio personificado respecto de las entidades integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, remitiéndonos a la información que deberá figurar en la Memoria de las Cuentas anuales de las citadas entidades. No obstante, una vez que estén formuladas y firmadas las mencionadas Memorias de las Cuentas anuales podrá, en su caso, solicitarse nuevamente el Informe de la Junta Asesora de Contratación Pública.