



INFORME 1/2022, DE 2 DE FEBRERO, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

OBJETO: ANTEPROYECTO DE LEY DE TRANSICIÓN ENERGÉTICA Y CAMBIO CLIMÁTICO.

I.- ANTECEDENTES.

Con fecha 14 de diciembre de 2021 se realiza solicitud de informe formulada por el Departamento de Desarrollo Económico, Sostenibilidad y Medio Ambiente en relación con la propuesta de anteproyecto de Ley de Transición Energética y Cambio Climático.

El expediente se ha tramitado a través de la aplicación informática para la tramitación electrónica de procedimientos Tramitague, con la referencia DNCG_LEY_1013/21_05.

II.- COMPETENCIA.

El artículo 11 de la Ley 8/2003 de 22 de diciembre, del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, dicta que los informes preceptivos y los dictámenes de los órganos consultivos se solicitarán en el momento y en la forma que determinen las disposiciones que regulan dicho trámite.

La Junta Asesora de Contratación Pública tiene competencia para emitir informe sobre el proyecto de la norma de referencia, por tener ésta incidencia sobre la contratación pública, en base a lo dispuesto en el apartado 1 de la letra a) del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que dicta:

“Artículo 27.– Funciones consultivas.

En el ejercicio de la función consultiva, corresponde a la Junta Asesora de Contratación Pública las siguientes actuaciones:

a) Informar con carácter preceptivo en los siguientes supuestos:



1.– Los proyectos o anteproyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación pública o que incidan en dicho ámbito, cuya aprobación sea competencia del Consejo de Gobierno o de los Consejeros y Consejeras del mismo.”

A pesar que se trate de un proyecto de disposición que tiene por objeto la creación de entidades del sector público, por incidir, también, en la contratación pública, la competencia para la aprobación de este informe corresponde al Pleno de la Junta Asesora, de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 116/2016.

III.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Dentro del Capítulo VI del anteproyecto referente a, “*Instrumentos Transversales en relación la transición energética y el cambio climático*”, el apartado 5.b) del artículo 41 “*Registro Vasco de Iniciativas de Transición Energética y Cambio Climático*” incide en el ámbito de la contratación pública.

A tenor del artículo 41.5.b) “*La inscripción en el registro será gratuita y conllevará para los titulares de las actividades inscritas beneficios administrativos que podrán consistir, entre otros, en los siguientes: (...) b) Utilización como criterio de adjudicación de contratos públicos.*” Según lo establecido por el citado precepto, aquellos titulares de actividades públicas o administrativas que se encuentren inscritos en el registro serán favorecidos en la adjudicación de contratos.

Como ya ha señalado esta Junta en informes anteriores, para su posible utilización como criterio de adjudicación, las Resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Centrales (por todas Resoluciones 897/2019 y 235/2019) han señalado que:

Para decir si un criterio de adjudicación está conforme con la Directiva 2014/24 debe cumplir dos aspectos concretos, a saber:

1º. Que concurra en el criterio la cualidad necesaria exigida por la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria para poder operar como criterio de adjudicación, es decir, que realmente sea un criterio de adjudicación, y

2º. En caso de cumplirse el anterior requisito, que el criterio reúna las cuatro condiciones de la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE) y de la Jurisprudencia del TJUE que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público:

a) Deben estar vinculados al objeto del contrato.

b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.

c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.

d) Deben publicarse previamente.

Además de todo lo anterior, los criterios deben permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas.

El mero hecho de inscribirse en un Registro no es algo que se encuentre vinculado al objeto del contrato, dado que dicha inscripción afecta al total de la empresa, y no al contrato definido. La propia Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública hace referencia a esto en su artículo 67.3 “*Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.*”

Además de lo anterior, son varios los pronunciamientos realizados por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En este sentido, podemos destacar entre otras las Resoluciones 407/2017, 660/2018 y 25/2021. La última de las mencionadas fundamenta que “*(...) la inscripción en dicho Registro es una característica que afecta a la empresa en su conjunto, y no al concreto contrato al que se concurre, por lo que no lo considera vinculado al objeto del contrato (...)*”.

Por tanto, podemos ver que no se podría utilizar como criterio de adjudicación, pues como se ha señalado, la inscripción en un Registro no se vincula al objeto del contrato sino que es, en su caso, una característica que concierne a la empresa en su conjunto.

Otro de los aspectos a analizar es el relativo a la creación del ente público de derecho privado Ihobe – Agencia Vasca de Medio Ambiente, fijado en la Disposición Adicional Quinta del Anteproyecto de Ley de Transición Energética y Cambio Climático. En concreto el apartado j de su artículo 10 “*Actuar como medio propio personificado del sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco en la materia de medio ambiente, de conformidad con la legislación de contratos del sector público.*”

Así las cosas, la propuesta de Acuerdo que se informa tiene como finalidad cumplir con lo dispuesto en el artículo 32.2.d) de la 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.

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”.

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 del 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.”

Tal y como se establece en la letra d del apartado 2 del artículo 32 se deberá reconocer en sus estatutos o actos de creación el carácter de medio propio. Bien es cierto que el mencionado artículo 10j) de la creación de dicha agencia alude a “Actuar como medio propio personificado del Sector Público de la Comunidad Autónoma del País Vasco”. No obstante, resulta preciso puntualizar que, además de dicha mención, de acuerdo con el artículo 32.2.d)1º de la LCSP será necesaria la conformidad o autorización expresa de dicho organismo.



Consultado el Registro de Contratos (REVSCON) de la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi podemos ver que hasta la fecha no ha existido relación contractual alguna entre Ihobe, S.A. y poderes adjudicadores. Dicho esto, nos plantea preguntarnos hasta que punto tiene sentido considerar como medio propio al ente de nueva creación Ihobe – Agencia Vasca de Medio Ambiente, sabiendo que dicha Entidad actuará, como ha venido haciendo hasta la fecha su antecesora, en el cumplimiento de sus funciones y no bajo una relación contractual.

Por otra parte, el ente de nueva creación Ihobe – Agencia Vasca de Medio Ambiente al no encontrarse clasificada en el Registro de Licitadores y Empresas Clasificadas de la Comunidad Autónoma de Euskadi, se deberá constar una verificación por parte del Departamento impulsor de que efectivamente cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos que se le pudiesen conferir.

IV.- CONCLUSIONES.

En primer lugar, se propone la supresión de la previsión recogida en el artículo 41.5.b) del anteproyecto de Ley de Transición Energética y Cambio Climático relativa a la inclusión, como utilización de criterio de adjudicación en la contratación pública, de la inscripción de una empresa en el registro al ser contraria a la normativa de contratación pública.

Por lo que respecta a lo señalado en el artículo 10.j) de la Disposición Adicional Quinta de Creación del ente público de derecho privado Ihobe – Agencia Vasca de Medio Ambiente no vemos motivo para considerarla como medio propio, e invita a cuestionarse, más aún, la necesidad que dispone para considerarlo como tal teniendo en cuenta los antecedentes de Ihobe, S.A. y la muy probable actuación del Ente que lo hará en el ejercicio de sus competencias y no sujeto a una relación contractual. No obstante, suponiendo que continúen con la intención de actuación como medio propio, será necesario el acuerdo de conformidad del poder adjudicador.

Dicho esto, esta Junta en base a lo señalado en las consideraciones anteriores propone la eliminación del texto contemplado en el artículo 41.5.b), y la no consideración como medio propio del ente en cuestión.

VºBº
EL PRESIDENTE

David Álvarez Martínez
DIRECTOR DE PATRIMONIO Y CONTRATACIÓN

Aitor Achalandabaso Armada, RESPONSABLE DE
CONTRATACIÓN DE DE LA JUNTA
ASESORA DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA, CERTIFICA que el Pleno de este
órgano colegiado, en su sesión del día 2 de
febrero de 2022, acuerda por asentimiento
aprobar el presente informe.

Para que conste donde proceda se expide la
presente en Vitoria-Gasteiz, a 2 de febrero
de 2022