

Informe 1/2019, de 13 de març, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent)

Assumpte: Anàlisi dels requisits dels mitjans propis personificats establerts en la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic

ANTECEDENTS

I. Amb ocasió de les novetats introduïdes en la normativa de contractació pública –tant en la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, com en la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic– en relació amb la regulació de la cooperació vertical, vehiculada a través dels anomenats mitjans propis, s’han adreçat diverses peticions d’informe a aquesta Junta Consultiva sobre la interpretació que cal efectuar dels requisits que s’hi estableixen perquè les entitats del sector públic puguin tenir aquesta consideració de mitjà propi, en general, així com sobre la concreta naturalesa i possible consideració com a tal mitjà propi de determinades entitats, en particular.

Atesa la coincidència tant de la temàtica, com de determinades de les qüestions concretes plantejades, es considera convenient tractar conjuntament els diversos dubtes jurídics que se susciten respecte d’aquest sistema de cooperació pública de caràcter vertical i donar resposta a vàries sol·licituds en un mateix informe.

En concret, les entitats que han sol·licitat informe sobre la qüestió assenyalada i les qüestions sobre les quals es sol·licita informe són les següents:

- 1) L'Ajuntament de Reus planteja respecte del requisit relatiu a què més del 80% de les activitats del mitjà propi s'hagin de dur a terme en l'exercici de les comeses que li hagin estat confiades pel poder adjudicador que la controla, els dubtes següents:
 - “Per determinar el percentatge de les activitats, s’han de tenir en compte les activitats que desenvolupa aquesta persona jurídica dins la seva activitat ordinària, és a dir, les activitats que realitza ateses la seva finalitat i objecte pel qual fou creada, per part del poder adjudicador, aquesta persona jurídica o ens instrumental, en tant que forma directa de prestació de serveis públics? O, pel contrari,
 - Per determinar l'esmentat percentatge, sols s’han de tenir en compte les activitats fruit dels encàrrecs puntuals (contractes in House), que el poder adjudicador hagi fet a aquesta persona jurídica de dret públic o privat?”

En aquest sentit, assenyala, a mode d'exemple si, en el cas d'una empresa de capital 100% municipal que té per objecte la gestió d'un servei públic, es pot entendre que

l'import provinent dels usuaris del servei s'inclou en el concepte de les activitats que aquest ens desenvolupa en l'exercici de les comeses que li han estat confiades pel poder adjudicador que la controla, als efectes de computar el 80% de les seves activitats.

- 2) Per part d'un Consorci de l'Administració local es planteja, en relació amb el requisit de la no participació de capital privat en la persona jurídica controlada, el dubte de si es pot entendre acomplert quan "en el capital d'un mitjà propi no hi participa cap entitat privada; i l'entitat que té una major participació en aquest és una entitat de dret públic que està participada majoritàriament per entitats públiques i de forma molt minoritària per entitats privades sense afany de lucre (és a dir, hi ha una participació indirecta i molt minoritària de capital privat en el mitjà propi)".

Així mateix, planteja, respecte del requisit relatiu al control conjunt, si cal entendre'l acomplert "per part dels ens participants del Consorci local (poders adjudicadors) sobre la persona jurídica controlada, identificada com a mitjà propi 100% públic i participada pel Consorci Local".

L'escrit de petició d'informe conté un apartat on s'exposa breument l'entramat d'entitats que componen el grup del Consorci i s'assenyala que aquest Consorci, per tal d'executar les finalitats per a les quals es va crear, atès que no disposa dels mitjans tècnics i materials "compta amb una sèrie d'instruments tècnics amb personificació jurídica pròpia a través dels quals exerceix les seves funcions". Aquest escrit adjunta, entre altra documentació, una Instrucció interpretativa del seu Servei agregat de contractacions administratives "de les diverses previsions estatutàries que comporten que els poder adjudicador associats al Consorci exerceixin sobre les entitats definides com a mitjà propi personificat d'aquests, de forma conjunta, un control anàleg al que exerceixen sobre els seus propis serveis, als efectes del previst en l'article 12.3 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública" en la qual es fa referència al requisit del control conjunt per part dels poders adjudicadors membres associats del Consorci, per mitjà de la seva participació en el seu òrgan decisor i a través d'una societat holding. Així mateix, l'escrit de petició d'informe adjunta, d'acord amb la Instrucció 1/2005, de 4 d'octubre, sobre els requisits que han de reunir les sol·licituds d'informe formulades a la Junta Consultiva, un l'informe jurídic –que s'indica que és dels serveis jurídics del Consorci, malgrat no està signat– en el qual, segons s'assenyala, es detalla "l'escenari organitzatiu" del Consorci per contextualitzar i identificar els elements específics sobre els que sorgeixen les qüestions que es plantegen a la Junta i es recullen les previsions normatives, així com els principals pronunciaments del Tribunal de Justícia de la Unió Europea sobre la institució dels contractes *in house providing* o contractes a mitjans propis.

- 3) El Departament de Salut formula la qüestió de si "l'entitat Laboratori de Referència de Catalunya, SA pot ser considerada mitjà propi de les entitats públiques associades al Consorci de Salut i Atenció Social de Catalunya (CSC)".

També d'acord amb la Instrucció 1/2005, de 4 d'octubre, ja esmentada, la petició d'informe del Departament de Salut adjunta una nota valorativa emesa per l'assessoria jurídica del CatSalut, en la qual es posa de manifest que els dubtes plantejats respecte la consideració de mitja propi de l'entitat Laboratori de Referència de Catalunya, SA, versen, de la mateixa manera que els plantejats pel Consorci, sobre el requisit de la no participació directa de capital privat en la persona jurídica controlada, així com respecte del requisit relatiu al control conjunt, fent referència, específicament, a la no limitació en la Directiva de contractació pública a la concatenació de controls de manera conjunta –en el cas objecte de consulta, respecte d'una entitat creada per una altra entitat creada per l'entitat de la qual és part.

II. L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, estableix que aquesta Junta Consultiva informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació, li sotmetin els departaments de la Generalitat, les seves entitats autònomes i la resta d'entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia vinculades o dependents de l'Administració de la Generalitat i les entitats que integren l'Administració local a Catalunya. D'altra banda, l'article 11 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

I. Amb caràcter previ a l'anàlisi de les qüestions plantejades i, per tant, dels requisits per tenir la condició de mitjans propis sobre els quals versen, atès que el Departament de Salut sol·licita informe sobre si una determinada entitat pot ser considerada mitjà propi d'altres, cal assenyalar que a aquesta Junta Consultiva, com a òrgan consultiu específic en matèria de contractació pública, li correspon, d'acord amb les funcions que té atribuïdes per la seva normativa reguladora, analitzar les qüestions sobre la normativa en matèria de contractació pública que li sotmetin les entitats del sector públic de Catalunya. Tanmateix, en l'exercici d'aquesta funció no pot substituir les funcions assessores sobre els expedients concrets i les entitats respectives, que corresponen als serveis jurídics de cadascun dels ens, organismes i entitats del sector públic que, a més, són els que poden disposar de tota la informació necessària per dur a terme l'anàlisi jurídica corresponent. Per aquest motiu, en aquest informe s'analitzen les qüestions que es plantegen sobre els requisits que han de complir les entitats del sector públic per rebre la consideració de mitjans propis, sense entrar a analitzar, ni emetre pronunciaments, sobre el compliment de dits requisits per part de cap entitat en concret.

II. La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (d'ara endavant, LCSP), incorpora una regulació dels sistemes de cooperació pública, tant vertical com horitzontal, amb diverses i substancials novetats respecte de les regulacions de les lleis

estatals de contractes precedents i, també, amb novetats respecte de la regulació comunitària.

Com és sabut, la LCSP transposa la regulació que d'aquesta matèria es conté en la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, de contractació pública, la qual, alhora, incorpora la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) –amb algunes novetats–, a partir de la qual ha anat construint la doctrina dels anomenats contractes *in house providing* o contractes interns¹. Tal com assenyalava en la part expositiva “existeix una considerable inseguretat jurídica quant a la mesura en què els contractes subscrits entre entitats del sector públic han d'estar regulats per les normes de contractació pública. La corresponent jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha estat objecte de diferents interpretacions per part dels diferents Estats membres i fins i tot pels diferents poders adjudicadors. Per tant, fa falta precisar en quins casos els contractes subscrits al sector públic no estan subjectes a l'aplicació de les normes de contractació pública. Aquesta precisió s'ha de guiar pels principis establerts en la corresponent jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea” (considerant 31).

Així mateix, la LCSP també incorpora en la regulació d'aquesta matèria altres novetats que no deriven de la transposició del dret i de la jurisprudència comunitàries, algunes de les quals ja s'havien introduït en l'ordenament jurídic espanyol per via de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic. Per tant, la regulació de la LCSP incorpora molts aspectes que, malgrat no trobar-se fins a la publicació d'aquesta Llei previstos en la legislació de contractes del sector públic, no suposen una novetat en si mateixos, en la mesura que, o bé ja resultaven d'aplicació per via de l'aplicació dels pronunciaments del TJUE i per la de l'aplicació directa de la Directiva 24/2014/UE², o bé ja havien estat introduïdes, com s'ha dit, en una llei del nostre dret intern –malgrat que amb caràcter de norma no bàsica i, per tant, únicament per als mitjans propis de l'àmbit estatal.

Aquesta nova regulació de la LCSP parteix del marc establert en el seu article 31.1, en el qual s'enuncien les dues formes de cooperació de les entitats del sector públic: la horitzontal, que es preveu que s'articuli per mitjà de convenis –la determinació dels quals es remet a l'article 6 de la LCSP–; i la vertical, mitjançant l'ús de mitjans propis personificats, l'articulació de la qual s'estableix que es dugui a terme a través d'acords

¹ Aquesta jurisprudència i la doctrina construïda sobre la seva base ha estat analitzada per aquesta Junta Consultiva en múltiples ocasions, entre altres, en els informes 17/2012, de 30 de novembre, 11/2009, de 30 de juliol, i 9/2009, de 3 de juliol.

² Analitzada en els informes d'aquesta Junta Consultiva 1/2016, de 6 d'abril, i 13/2015, de 12 de novembre, i en el document d'estudi aprovat pels tribunals administratius de contractació pública sobre “els efectes jurídics de les directives de contractació pública davant el venciment del termini de transposició sense nova Llei de contractes del sector públic”, entre d'altres.

d'encàrrec –que no tenen la consideració de contractes–³, i distingint entre els que facin els poders adjudicadors (regulada en l'article 32) i els de les entitats del sector públic que no tinguin aquesta consideració (regulada en l'article 33).

Centrant l'anàlisi d'aquest informe en els requisits que han de complir les entitats per tenir la consideració de mitjà propi d'un poder adjudicador, per donar resposta a les qüestions plantejades, cal partir de les previsions de l'article 32 de la LCSP, relatiu als encàrrecs dels poders adjudicadors a mitjans propis personificats. D'acord amb aquest precepte, tenen la consideració de mitjà propi les persones jurídiques, de dret públic o de dret privat que compleixin tots els requisits següents:

a) Tractant-se de mitjans propis d'un poder adjudicador: que el poder adjudicador respecte del qual s'analitza si l'ens en té la consideració de mitjà propi, exerceixi sobre ell un control "directe o indirecte", anàleg al que ostenta sobre els seus propis serveis o unitats, entenent que es dona si:

- El poder adjudicador pot exercir una influència decisiva sobre els objectius estratègics i les decisions significatives; i
- El poder adjudicador o un altre o altres poders adjudicadors o persones jurídiques controlades de la mateixa manera per ell li poden conferir encàrrecs que siguin d'execució obligatòria, de manera que hi hagi una unitat de decisió, d'acord amb instruccions fixades unilateralment per ell.

a') Tractant-se de mitjans propis de dos o més poders adjudicadors independents: que els poders adjudicadors respecte dels quals s'analitza si l'ens en té la consideració de mitjà propi, exerceixin sobre ell un control conjunt anàleg al que tindrien sobre els seus propis serveis o unitats, entenent que es dona si:

- En els òrgans decisoris de l'ens hi estan representats tots els poders adjudicadors, podent cada representant representar a diversos o a tots ells; i
- Els poders adjudicadors poden exercir "directament i conjuntament" una influència decisiva sobre els objectius estratègics i sobre les decisions significatives de l'ens; i

³ La LCSP destaca el caràcter no contractual dels encàrrecs a mitjans propis tant en l'article 31, en establir la possibilitat de les entitats del sector públic de cooperació –mitjançant sistemes verticals i horitzontals, com s'ha dit– "sense que el resultat d'aquesta cooperació es pugui qualificar de contractual"; com en l'article 32, d'una banda, en assenyalar que els poders adjudicadors es poden organitzar executant de manera directa prestacions pròpies dels contractes típics, a canvi d'una compensació tarifària, valent-se d'un mitjà propi personificat i previ encàrrec, el qual "no té la consideració de contracte" (apartat 1); i, d'altra banda, en establir les normes a què es subjecten dit encàrrecs que "no tenen la consideració jurídica de contracte" (apartat 6). En canvi, l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE conceptua com a "contractes públics entre entitats del sector públic" els "adjudicats per un poder adjudicador a una altra persona jurídica" que reuneixi els requisits per tenir la consideració de mitjà propi –així com també els subscrits entre poders adjudicadors per cooperació horitzontal–, malgrat en determina la seva exclusió de l'àmbit d'aplicació de la Directiva.

- L'ens no persegueix interessos contraris als dels poders adjudicadors respecte dels quals s'analitza la consideració de mitjà propi.

En ambdós casos, de control conjunt o individual, en funció de si es tracta d'un mitjà propi compartit o no, la compensació al mitjà propi s'ha d'establir per referència a tarifes aprovades per l'entitat pública de la qual depèn el mitjà, calculades de manera que representin els costos reals de realització de les unitats produïdes directament pel mitjà propi⁴.

b) Que més del 80% de les activitats de l'ens respecte del qual s'analitza la condició de mitjà propi les dugui a terme en l'exercici de les comeses fetes pel poder adjudicador que el controla o pels poders adjudicadors que el controlen, en funció de si es tracta de mitjans propis d'un sol poder adjudicador o de dos o més poders adjudicadors, respectivament, o de les comeses fetes per altres persones jurídiques controlades de la mateixa manera per el poder o els poders adjudicadors que el controlen a ell.

El compliment efectiu d'aquest requisit ha de quedar reflectit en la memòria integrant dels comptes anuals del mitjà propi, de manera que ha de ser objecte de verificació per l'auditor de comptes en la realització de l'auditoria dels comptes anuals.

c) Que la totalitat del seu capital o patrimoni sigui de titularitat o aportació pública, quan sigui un ens de personificació juridicoprivada.

d) Que la condició de mitjà propi respecte del poder o dels poders adjudicadors concrets es reconegui expressament en els seus estatuts o actes de creació, amb la prèvia conformitat o autorització expressa del poder o dels poders adjudicadors respecte dels que hagi de ser mitjà propi i verificació, per l'entitat pública de qui depengui l'ens que hagi de ser mitjà propi, que disposa de mitjans personals i materials apropiats per a la

⁴ En relació amb la delimitació de quan es pot considerar que concorre el requisit del control anàleg cal assenyalar que l'article 12 de la Directiva únicament al·ludeix al fet que s'exerceixi una influència decisiva sobre objectius estratègics i decisions significatives, sense fer referència al fet que els encàrrecs siguin d'execució obligatòria i compensats per referència a tarifes aprovades per l'entitat de què depèn. Aquestes previsions que, com s'ha dit, sí que s'inclouen en l'article 32.1 de la LCSP, semblen voler recollir –englobant-lo també en el concepte de mitjà propi– un altre supòsit a què al·ludeix la Directiva, en la seva part expositiva, en els termes següents: "Es donen casos en els quals una entitat jurídica actua, d'acord amb les disposicions pertinents del Dret nacional, com un instrument o servei tècnic per a determinats poders adjudicadors, i està obligada a complir les instruccions rebudes d'aquests poders adjudicadors, sense exercir influència sobre la retribució de la seva execució. Atès el seu caràcter no contractual, aquesta relació merament administrativa ha de quedar fora de l'àmbit d'aplicació dels procediments de contractació pública" (considerant 34).

Tanmateix, aquesta al·lusió de la Directiva recorda també les encomanes de gestió previstes en l'article 6 de la LCSP i regulades en la Llei 40/2015, que tenen per objecte activitats de caràcter merament material o tècnic i es fonamenten en l'absència de mitjans tècnics necessaris per part de qui la fa.

realització dels encàrrecs de conformitat amb el seu objecte social –es presumeix si ha obtingut la classificació corresponent.⁵

Els estatuts o l'acte de creació de l'ens que tingui la consideració de mitjà propi, a més de determinar el poder o els poders adjudicadors respecte dels quals té aquesta condició, han de precisar el règim jurídic i administratiu dels encàrrecs que se'ls puguin conferir i han d'establir la impossibilitat que participin en licitacions públiques convocades pel poder adjudicador del qual siguin mitjà propi, sense perjudici que, quan no concorri cap licitador, se'ls pugui encarregar l'execució de la prestació objecte d'aquestes licitacions.

III. La consulta de l'Ajuntament de Reus fa referència al requisit relatiu al fet que més del 80% de les activitats del mitjà propi s'hagin de dur a terme en l'exercici de les comeses que li hagin estat confiades pel poder adjudicador que la controla i, en concret, a quines activitats cal tenir en compte per determinar el percentatge esmentat, plantejant dues opcions, tenir en compte “les activitats que desenvolupa aquesta persona jurídica dins la seva activitat ordinària” per la qual fou creada “o les activitats fruit dels encàrrecs puntuals (contractes *in house*), que el poder adjudicador hagi fet a aquesta persona jurídica de dret públic o privat”.

En relació amb aquest requisit cal constatar, en primer terme, que si bé la jurisprudència del TJUE tradicionalment hi havia fet al·lusió referint-se al fet que el mitjà propi realitzés la part essencial de la seva activitat “pel” poder adjudicador que la controla, o “amb” dit poder adjudicador⁶, de manera que podia plantejar la qüestió de si aquest poder adjudicador havia de ser el destinatari de l'activitat, la redacció de la Directiva 2014/24/UE deixa ara clar que la part essencial de l'activitat –fixant aquesta essencialitat en un 80%– s'ha de fer en acompliment de comeses o tasques confiades o encomanades per aquest, o per altres persones jurídiques controlades per ell, sense que el poder adjudicador n'hagi de ser el destinatari.

Amb aquest requisit es persegueix descartar que l'entitat pugui ser considerada com un agent o un operador de mercat, la qual cosa impediria que pogués ser considerada com a mitjà propi d'un poder adjudicador que la controlés i, per tant, que se li poguessin “adjudicar” –en termes de la Directiva– o “encarregar” –en termes de la LCSP– objectes

⁵ En l'Informe 11/2017, de 19 de desembre, aquesta Junta Consultiva s'ha pronunciat respecte dels mitjans de què han de disposar els mitjans propis per a la realització d'encàrrecs i les prestacions objecte d'aquests que poden contractar amb tercers.

⁶ Per exemple, en la Sentència de 18 de novembre de 1999 (Ass. C-107/98, Teckal) en la qual el TJUE ja va precisar que la persona jurídica diferent de què es tracti ha de realitzar l'essencial de la seva activitat “amb l'ens o els ens que la controlen” –preveient ja també la possibilitat del control conjunt, que és objecte d'anàlisi en la consideració jurídica següent; i en la Sentència d'11 de maig de 2006 (Ass. C-340/04, Carbotermo), en la qual s'afirma que només es pot considerar que l'empresa de què es tracta realitza l'essencial de la seva activitat amb l'ens territorial que la controla quan l'activitat de dita empresa “està destinada principalment a l'ens territorial esmentat, de manera que la resta de la seva activitat té un caràcter merament marginal”.

contractuals sense aplicació de la normativa de contractació pública, per tal d'evitar la vulneració de la competència que comportaria, en la mesura que es tractés d'un operador de mercat que hagués, per tant, d'operar en ell en condicions d'igualtat amb els altres operadors econòmics.

En aquest sentit, resulta clara la part expositiva de la Directiva en assenyalar que “els contractes públics adjudicats a persones jurídiques controlades no han d'estar sotmesos a l'aplicació dels procediments previstos en la present Directiva si el poder adjudicador exerceix sobre la persona jurídica de què es tracti un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis, sempre que la persona jurídica controlada dediqui més del 80 % de les seves activitats a l'exercici de funcions que li hagin estat assignades pel poder adjudicador que la controla o per altres persones jurídiques controlades per l'esmentat poder adjudicador, independentment de qui sigui el beneficiari de l'execució del contracte” (considerant 32).

Respecte d'aquesta qüestió s'havia pronunciat el TJUE ja en la Sentència d'11 de maig de 2006, (ass. C-340/04, Carbotermo), abans esmentada, en la qual afirma que “el volum de negocis determinant és el que l'empresa en qüestió realitzi en virtut de decisions d'adjudicació adoptades per l'ens territorial que la controla, inclòs el realitzat amb els usuaris en execució de tals decisions”; que “les activitats de l'empresa adjudicatària que és procedent prendre en consideració són totes les que l'empresa esmentada realitza en el marc d'una adjudicació efectuada pel poder adjudicador, i això amb independència de la identitat del beneficiari, ja sigui el propi poder adjudicador, ja l'usuari dels serveis”; i que “manca d'importància la qüestió de qui remunera (al mitjà propi), ja sigui l'ens territorial que la controla, ja els tercers usuaris dels serveis prestats en virtut de concessions o d'altres relacions jurídiques establertes per dit ens territorial”. Així mateix, en aquesta Sentència també es recorda que “el requisit de què la persona que es tracti realitzi l'essencial de la seva activitat amb l'ens o els ens territorials que la controlen té per objecte, en particular, garantir que la Directiva 93/36 continuï sent aplicable en el cas de què una empresa controlada per un o alguns d'aquests ens operi en el mercat i pugui competir, per tant, amb altres empreses”.⁷

L'article 32.2 de la LCSP disposa que per al càlcul d'aquest 80% d'activitat s'han de prendre en consideració, respecte dels tres exercicis anteriors al de la formalització de l'encàrrec, la mitjana del volum global de negocis, les despeses suportades pels serveis prestats al poder adjudicador en relació amb la totalitat de les despeses del mitjà propi per raó de les prestacions que hagi efectuat a qualsevol entitat, o un altre indicador

⁷ Aquesta Sentència es va dictar essent d'aplicació la Directiva 93/38/CEE del Consell, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació de contractes en els sectors de l'aigua, de l'energia, dels transports i de les telecomunicacions, en la qual es disposava la seva no aplicació als contractes de serveis que subscrigués una entitat contractant amb una “empresa associada” –concepte que la mateixa Directiva definia– i als que subscriguessin diverses entitats contractants amb una d'elles o amb una empresa associada a elles, “sempre que com a mínim el 80 % de la mitjana del volum de negocis que tal empresa hagi efectuat en la Comunitat en els últims tres anys en matèria de serveis provingui de la prestació d'aquests serveis a les empreses amb les que hi sigui associada” (article 13).

alternatiu d'activitat que sigui fiable⁸. Per la seva banda, l'article 12.5 de la Directiva 24/2014/UE, del qual deriva aquesta previsió de la LCSP, estableix que per determinar el percentatge d'activitat s'ha de prendre en consideració la mitjana del volum de negocis total o un altre indicador alternatiu d'activitat apropiat, com les despeses suportades per la persona jurídica o el poder adjudicador considerat en relació amb els serveis, subministraments i obres en els tres exercicis anteriors a l'adjudicació del contracte.

Per tant, cal respondre a la consulta plantejada per l'Ajuntament de Reus en el sentit que si el càlcul del percentatge de l'activitat, per analitzar la concurrència d'aquest requisit per ser mitjà propi, es fa –d'entre les opcions donades per la normativa– sobre la base del volum total de negoci de l'entitat, s'han de tenir en compte totes les activitats que desenvolupa l'entitat per, d'aquestes, determinar si més del 80% s'han dut a terme amb ocasió de comeses que li hagin estat confiades pel poder adjudicador que la controla, o per altres entitats controlades per aquest. Si, en canvi, el criteri per a determinar el càlcul de l'activitat duta a terme en exercici de comeses efectuades com a mitjà propi es fa prenent en consideració les despeses suportades per l'entitat, la base de càlcul en relació amb aquestes ha de ser la totalitat de les despeses i, respecte d'aquestes, cal determinar quin és el percentatge atribuïble a les despeses generades amb ocasió de comeses que li hagin estat confiades pel poder adjudicador que la controla, o per altres entitats controlades per aquest.

Tanmateix, a la vista del supòsit que, a mode d'exemple, planteja l'Ajuntament de Reus en el seu escrit de consulta, referit a una empresa municipal que té per objecte la gestió d'un servei públic, cal afirmar, addicionalment, que en aquest cas no sembla que calgui entrar a valorar si l'import provinent de les persones usuàries del servei s'ha d'incloure en el concepte de les activitats que desenvolupa en l'exercici de les comeses que li han estat confiades pel poder adjudicador que la controla, a l'efecte de computar el 80% de les seves activitats, en la mesura que aquest servei públic el gestiona, no amb motiu d'un encàrrec rebut com a mitjà propi de l'ens municipal que l'ha creat, sinó com a activitat pròpia per a la qual va ser creada.

En aquest sentit, cal recordar que la Directiva 2014/24/UE distingeix entre els “contractes públics entre entitats del sector públic”, regulats en el seu article 12 –tot i que, com ja s'ha dit, per excloure'ls del seu àmbit d'aplicació–, i l'atribució de funcions a un ens, qüestió organitzativa no regulada per la Directiva. Així es disposa en l'article 1.6 de la Directiva, en el qual s'assenyala que “els acords, les decisions i els altres instruments jurídics mitjançant els quals s'organitza la transferència de competències i responsabilitats per exercir funcions públiques entre poders adjudicadors o agrupacions dels mateixos i que

⁸ Addicionalment, també estableix que si degut a la data de creació o d'inici d'activitat “del poder adjudicador que fa l'encàrrec”, o a causa de la reorganització de les activitats d'aquest, no estiguessin disponibles, respecte dels tres exercicis anteriors, el volum global de negocis o un altre indicador alternatiu d'activitat o hagin perdut la seva vigència, n'hi ha prou amb justificar que el càlcul del nivell d'activitat es correspon amb la realitat, en especial mitjançant projeccions de negoci. Aquesta previsió també ha estat transposa de l'article 12.5 de la Directiva en el qual, tanmateix, es fa referència a la data de creació o d'inici d'activitat “de la persona jurídica o del poder adjudicador considerat”.

no preveuen que es doni una retribució per l'execució d'un contracte, es consideren un assumpte d'organització interna de l'Estat membre de què es tracti i, en aquest sentit, de cap manera es veuen afectats per la present Directiva⁹.

En canvi, seguint amb les consideracions a efectuar en relació amb el supòsit exemplificatiu plantejat per l'Ajuntament de Reus, en el cas d'una empresa municipal que dugui a terme, amb ocasió d'un encàrrec rebut pel municipi del qual és mitjà propi, un servei adreçat a la ciutadania, tot el volum de negoci generat per dit encàrrec, inclosos els imports provinents de les persones usuàries del servei, s'ha d'incloure en el concepte de les activitats que aquest ens desenvolupa en l'exercici de les comeses que li han estat confiades pel poder adjudicador que la controla, a l'efecte de computar el 80% de les seves activitats. Certament, tal com ja s'ha indicat que s'assenyala en la part expositiva de la Directiva, el rellevant a efectes d'aquest requisit és "que la persona jurídica controlada dediqui més del 80 % de les seves activitats a l'exercici de funcions que li hagin estat assignades pel poder adjudicador que la controla o per altres persones jurídiques controlades per l'esmentat poder adjudicador, independentment de qui sigui el beneficiari de l'execució del contracte" (considerant 32).

En definitiva, cal distingir, d'una banda, el supòsit que es creï una entitat per a l'exercici d'una determinada competència que se li atribueix, cas en el qual la realització d'activitats per a dit exercici ja no s'ha de vehicular per la via d'encàrrecs com a mitjà propi; i d'altra banda, el cas que es creï una entitat que, malgrat tenir personificació jurídica diferenciada de l'ens que la crea i la controla, n'és un mitjà propi d'aquest –compleix tots els requisits fixats per la normativa–, en el cas que les activitats dutes a terme per haver-li estat confiades pel poder adjudicador que la controla han de comportar més del 80% de la seva activitat, mesurada sobre la base del seu volum total de negoci, en el qual cal incloure també els ingressos percebuts, en el seu cas, per les persones usuàries del serveis que siguin objecte d'atribució per part del poder adjudicador, o sobre la base de les despeses en què incorre el mitjà propi amb ocasió d'aquests, en relació amb la totalitat de les despeses en què incorre per dur a terme la seva activitat. En el primer dels supòsits exposats, en el cas que una entitat creada per a l'exercici d'una determinada competència que se li atribueix, es volgués també configurar com a mitjà propi per encarregar-li la realització d'altres serveis diferents a aquell que constitueix el seu objecte –que, com s'ha dit, no s'ha d'articular per la via d'encàrrecs, sinó que s'ha d'exercir com a competència pròpia que és de l'entitat creada–, en el càlcul del percentatge de l'activitat, per analitzar la concurrència del requisit per ser mitjà propi, fet sobre la base del volum total de negoci de l'entitat, es podrien computar dins del 80% els ingressos percebuts, si

⁹ En l'Informe 6/2017, de 16 de maig, aquesta Junta Consultiva va assenyalar que entre les relacions entre entitats del sector públic que no presenten els elements definitoris dels contractes públics i, concretament, entre els convenis exclosos de l'àmbit d'aplicació de la normativa sobre contractació pública, també es troben els convenis que tenen per objecte la delegació de competències, a través dels quals les administracions públiques delegen les competències de llur titularitat a altres administracions.

escau, per les persones usuàries del serveis que conformen la seva activitat per atribució del poder adjudicador que la controla¹⁰.

En darrer terme, convé recordar, en relació amb el requisit que s'analitza, que el seu compliment efectiu s'ha de verificar en cada exercici i que dit percentatge pot anar variant en funció dels exercicis, la qual cosa pot comportar la pèrdua de la condició de mitjà propi¹¹. En aquest sentit, i tal com s'ha assenyalat en la consideració jurídica anterior, la LCSP disposa que el compliment de dit percentatge ha de quedar reflectit en la memòria integrant dels comptes anuals del mitjà propi i ser verificat per l'auditor dels comptes.

IV. Tant la sol·licitud d'informe del Consorci com la del Departament de Salut fan referència a supòsits concrets dels quals deriven dues qüestions generals en relació amb els requisits que han de complir les entitats del sector públic per tenir la consideració de mitjans propis. D'acord amb el que s'ha assenyalat en la consideració jurídica I, són aquestes qüestions de caràcter general sobre la interpretació de la normativa en matèria de contractació pública, referides, d'una banda, al requisit de la no participació de capital privat en la persona jurídica controlada i, d'altra banda, al requisit del control conjunt, les que són objecte d'anàlisi i resposta seguidament¹².

Pel que fa al requisit relatiu al capital del mitjà propi, es considera convenient assenyalar com a premissa, ateses les al·lusions que es contenen en ambdues peticions d'informe a l'absència d'ànim de lucre per part de les entitats privades que participen en determinats ens, que, d'acord amb la jurisprudència del TJUE, és irrellevant a l'efecte de la concurrència d'aquest requisit l'existència d'ànim de lucre per part de l'entitat privada participant, de manera que en dita jurisprudència s'inclou, com a supòsit de participació de capital privat –que, per tant, impedeix el recurs a la doctrina dels mitjans propis o

¹⁰ L'activitat que el mitjà propi no realitzi amb ocasió d'atribucions o d'encàrrecs efectuats per l'entitat que la controla ha de ser, d'una banda, de caràcter merament residual i, d'altra banda, accessòria a l'activitat essencial de l'entitat, que ha de ser la prestació de serveis amb ocasió de les atribucions o els encàrrecs efectuats per l'entitat o les entitats que la controlen –tal com va assenyalar el TJUE en les sentències d'11 de maig de 2006 (ass. Cabotermo), ja esmentada, i de 10 de setembre de 2009 (ass. C-573/07 Sea Srl).

¹¹ L'article 32.5 de la LCSP disposa que l'incompliment sobrevingut de qualsevol dels requisits per ser mitjà propi comporta la pèrdua de dita condició i, en conseqüència, la impossibilitat de seguir efectuant encàrrecs a la persona jurídica afectada; sense perjudici de la conclusió dels encàrrecs que estiguin en fase d'execució.

¹² Tanmateix, sí que es considera adient citar l'Acord 75/2017, de 4 de juliol de 2017, del Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó, en el qual es recorda que els consorcis són entitats amb funcions pròpies, alienes a la tècnica de cooperació vertical, per la qual cosa les relacions entre els seus membres associats mai no poden ser les del mitjà propi, i s'hi afirma que "per aquesta diferenciació, els mitjans propis del Consorci ho seran només de l'ens matriu, i mai, per la mera pertinença al Consorci, dels ens públics que l'integren, sobretot quan en el consorci hi pot haver participació privada".

contractes *in house*–, casos en què ni l'entitat instrumental, ni les entitats privades associades, tenen ànim de lucre¹³.

Entrant en l'anàlisi d'aquest requisit d'absència de capital privat en els mitjans propis, cal partir del fet que, si bé tradicionalment la jurisprudència del TJUE ja hi havia fet referència –vinculant-lo al del control anàleg a l'exercit sobre els propis mitjans¹⁴–, la regulació sobre mitjans propis continguda en la Directiva 2014/24/UE incorpora una novetat respecte d'aquest requisit, en matisar que la participació de capital privat que es prohibeix és la directa. Literalment, l'article 12.3.c de la Directiva estableix aquest requisit en els termes següents: “Que no hi hagi participació directa de capital privat en la persona jurídica controlada, amb l'excepció de les formes de participació de capital privat sense capacitat de control majoritari ni minoritari que estiguin imposades per les disposicions legals nacionals, de conformitat amb els Tractats, i que no exerceixin una influència decisiva sobre la persona jurídica controlada”.

Així, la regulació de la Directiva matisa la delimitació d'aquest requisit efectuada pel TJUE, en la mesura que els seus pronunciaments han anat en la línia d'entendre que qualsevol participació de capital privat impedia la consideració d'un ens com a mitjà propi. Per exemple, en la Sentència d'11 de gener de 2005 (ass. C-26/2003), ja esmentada, el TJUE va afirmar que “tota inversió de capital privat en una empresa obeeix a consideracions pròpies dels interessos privats i persegueix objectius de caràcter diferent d'aquells que són d'interès públic”.

La part expositiva de la Directiva 2014/24/UE, en fer referència a la regulació dels mitjans propis que, com s'ha dit, incorpora amb caràcter nou respecte de la Directiva anterior, inclou el fonament del matís que incorpora en relació amb el capital privat. Així, afirma, en primer terme, que l'excepció a l'aplicació de la Directiva en el cas de contractes *in house* “(no)”¹⁵ s'ha d'estendre a situacions en les quals hi hagi participació directa d'un operador

¹³ Per exemple, en la Sentència de 19 de juny de 2014 (ass. C-574/12), el TJUE, addicionalment a afirmar que la prohibició de capital privat no només resulta d'aplicació a les societats, va concloure que “quan l'entitat adjudicatària d'un contracte públic és una associació d'utilitat pública sense ànim de lucre que, en adjudicar-se aquest contracte, compta entre els seus socis no només amb entitats pertanyents al sector públic, sinó també amb institucions privades de solidaritat social que desenvolupen activitats sense ànim de lucre, no es compleix el requisit relatiu al control anàleg, establert en la jurisprudència del Tribunal de Justícia perquè l'adjudicació d'un contracte públic es pugui considerar una operació *in house*”.

¹⁴ En la Sentència d'11 de gener de 2005 (ass. C-26/2003), el TJUE va considerar que la participació, encara que fos minoritària, d'una empresa privada en el capital d'una societat en la qual participava, així mateix, l'entitat adjudicadora, exclouia en qualsevol cas que aquesta entitat pogués exercir sobre aquella societat un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis. En aquesta Sentència es va establir i analitzar per primera vegada el requisit de l'absència de capital privat, que va ser corroborat posteriorment, entre altres, en les sentències de 8 d'abril de 2008 (ass. C-337/05) i de 10 de setembre de 2009 (ass. C-523/07).

¹⁵ La versió traduïda de la Directiva conté un error en aquest considerant, en què falta un “no”, tal com es desprèn del seu contingut i com confirma la versió en llengua anglesa –*The exemption*

econòmic privat en el capital de la persona jurídica controlada, ja que, en aquestes circumstàncies, l'adjudicació d'un contracte públic sense un procediment de licitació oferiria l'operador econòmic privat amb participació en el capital de la persona jurídica controlat un excessiu avantatge respecte als seus competidors", aclarint seguidament que "l'element decisiu és únicament la participació privada directa en la persona jurídica controlada", de manera que "quan existeixi una participació de capital privat en el o els poders adjudicadors controladors, això no ha d'impedir l'adjudicació de contractes públics a la persona jurídica controlada sense aplicar els procediments previstos en la present Directiva, ja que aquestes participacions no perjudiquen la competència entre operadors econòmics privats" (considerant 32).

Per tant, des de la perspectiva exclusivament de la Directiva 2014/24/UE semblaria que, efectivament, una entitat podria complir el requisit que s'analitza en cas de tenir participació indirecta de capital privat o, dit d'altra manera, en cas que hi hagués participació de capital privat en l'ens que la controla i respecte de la que és mitjà propi.

Tanmateix, cal tenir en compte que aquest requisit ha estat transposat en el nostre dret intern en uns termes no del tot coincidents amb la Directiva ja que, com s'ha indicat en la consideració jurídica II d'aquest informe, l'article 32.2.c de la LCSP el fixa establint que "quan l'ens destinatari de l'encàrrec sigui un ens de personificació juridicoprivada, a més, la totalitat del seu capital o patrimoni ha de ser de titularitat o aportació pública".

Comparant aquesta regulació amb la de la Directiva, transcrita abans, es constata la introducció en la LCSP de diverses diferències respecte d'aquella. La primera, la més rellevant a efectes de la consulta plantejada pel Consorci i pel Departament de Salut, i que en dona resposta, relativa a què el requisit de l'absència de participació de capital privat en la LCSP, a diferència del que succeeix amb la Directiva, no es delimita en funció de si la participació és directa o indirecta, sinó que la LCSP prohibeix als mitjans propis tota presència de capital privat¹⁶.

Aquesta transposició, essent respectuosa amb el dret comunitari, estableix un règim que comporta una aplicació més estricta de la Directiva¹⁷ –en aquest cas, més restrictiva de

should not extend to situations where there is direct participation by a private economic operator in the capital of the controlled legal person.

¹⁶ En canvi, en l'article 32.3 de la LCSP, en relació amb els anomenats encàrrecs o *in house* inversos, sí que s'ha incorporat el matís que la participació de capital privat que es prohibeix és la directa, quan es doni en el poder adjudicador que tingui un mitjà propi, com a requisit per poder rebre encàrrecs d'aquest. Per tant, en la regulació dels encàrrecs dels poders adjudicadors a mitjans propis continguda en la LCSP es prohibeix la participació directa de capital privat en el poder adjudicador que tingui un mitjà propi participat per ell, tant perquè el mitjà propi compleixi el requisit de l'absència de participació, també indirecta, de capital privat, com perquè el poder adjudicador pugui rebre encàrrecs del seu mitjà propi.

¹⁷ Aquesta opció legislativa de transposició "més exigent" es va posar de manifest pels tribunals administratius de contractació pública en el document d'estudi sobre els "efectes jurídics de les

l'excepció a la seva aplicació—, i que, a més, és també conforme amb la jurisprudència del TJUE en què, com s'ha dit, tampoc es distingeix entre el caràcter directe o indirecte de la participació de capital privat¹⁸.

Adicionalment, també es considera necessari fer referència a una altra de les diferències que incorpora la transposició a la LCSP d'aquest requisit, respecte de la regulació de la Directiva, malgrat no ser expressament objecte de consulta. Així, l'article 32 de la LCSP, a banda de no recollir expressament la possibilitat d'excepció de les formes de participació de capital privat sense capacitat de control imposades per les disposicions legals nacionals prevista en la Directiva¹⁹, circumscriu, en els seus termes literals, el requisit de l'absència de capital privat als ens de personificació jurídica privada. En relació amb aquesta literalitat cal assenyalar que, atès que la transposició per part dels estats membres de les disposicions establertes en la Directiva que no siguin de caràcter dispositiu no és potestativa, i en la mesura que el requisit d'absència de capital privat està fixat per la Directiva amb caràcter general per a totes les entitats, amb independència del caràcter jurídicopúblic o jurídicoprivat de la personificació de què es tracti, cal afirmar que, malgrat aquella dicció literal, el requisit d'absència de capital privat és aplicable a totes les entitats per poder rebre la consideració de mitjà propi²⁰.

Directives de contractació pública davant el venciment del termini de transposició sense nova Llei de contractes del sector públic”, ja esmentat. Cal assenyalar que la LCSP també ha optat per aquesta opció de fixar un règim més estricte d'aplicació de la norma que el mínim fixat per la Directiva, per exemple, en relació amb el règim de modificació dels contractes.

¹⁸ En canvi, la Llei foral de Navarra 2/2018, de 13 d'abril, de contractes públics, ha transposat aquest límit, en l'article 8, relatiu als encàrrecs a ens instrumentals, en els mateixos termes que la Directiva 2014/24/UE, circumscriuint-lo a participacions de capital privat que siguin directes.

¹⁹ D'acord amb aquesta excepció, prevista en la Directiva amb caràcter no dispositiu per part dels estats membres, és possible la participació directa de capital privat en entitats que tinguin la condició de mitjà propi per complir tots els requisits, en els casos en què dita participació vingui imposada per disposicions legals nacionals per a determinades entitats, i que es tracti de participacions sense capacitat de control, majoritari ni minoritari, que no exerceixin una influència decisiva sobre l'entitat. Respecte d'aquesta excepció s'assenyala en el considerant 32 de la Directiva que “tenint en compte les particulars característiques dels òrgans públics amb afiliació obligatòria, tals com les organitzacions encarregades de la gestió o la prestació d'alguns serveis públics” el límit relatiu al capital privat “no s'ha d'aplicar en casos en què la participació d'operadors econòmics privats específics en el capital de la persona jurídica controlada és obligatòria per una disposició de la legislació nacional conforme amb els Tractats, sempre que la participació esmentada no permeti controlar ni bloquejar la persona jurídica controlada i no atorgui tampoc una influència decisiva en les decisions d'aquesta”.

²⁰ Aquesta circumscripció als ens de personificació jurídicoprivada recorda a la regulació que d'aquest mateix requisit contenia el text refós de la Llei de contractes del sector públic anterior, en la qual s'establí que la prohibició de capital privat es limitava a “societats” i respecte de la qual ja s'havia afirmat també la necessitat d'interpretar-la, en aquell moment, d'acord amb la jurisprudència del TJUE —en la mesura que no existia normativa comunitària al respecte—, és a dir, entenent que el límit resultava aplicable a qualsevol entitat per poder tenir la condició de mitjà propi.

Entendre-ho d'una altra manera comportaria considerar que s'ha efectuat la transposició de la Directiva preveient en l'àmbit del dret intern una aplicació menys estricta de la norma –en aquest cas, més permissiva de l'excepció a la seva aplicació–, no respectant, per tant, els límits que el dret comunitari imposa.

Qüestió diferent és que, d'acord amb la normativa en matèria de contractació pública que resulta d'aplicació en l'àmbit de Catalunya, es pogués plantejar, conjugant les dues regulacions que sobre aquest requisit hi ha en la Directiva 2014/24/UE i en la LCSP, l'existència de dos règims jurídics diferents respecte d'aquest requisit, en funció del caràcter públic o privat de les personificacions –entenent, d'una banda, que per previsió expressa de la LCSP, les personificacions juridicoprivades, per poder tenir la consideració de mitjans propis, no poden tenir participació, directa ni indirecta, de capital privat; i, d'altra banda, que per aplicació de la LCSP interpretada de manera conforme amb la Directiva, les personificacions juridicopúbliques, per poder rebre aquesta consideració, no poden comptar amb participació de capital privat de manera directa.

Dit en altres paraules, i considerant en tot cas que el requisit de l'absència de capital privat aplica no només a les personificacions juridicoprivades, sinó a totes, es podria plantejar o interpretar que, pel que fa a les personificacions juridicopúbliques, només opera el límit tal com s'estableix en la Directiva –això és, respecte de participacions directes–, i no tal com s'estableix en la LCSP –respecte de directes i indirectes–, en la mesura que la LCSP el fixa, específicament, per a les personificacions juridicoprivades. Al marge dels debats jurídics a què pogués donar lloc dita interpretació, cal entendre –i desitjar–, en tot cas, que si el legislador estatal hagués volgut establir aquest règim diferenciat, ho hagués establert expressament en la LCSP. Per tant, una interpretació de la LCSP conforme amb el seu tenor literal i també amb la Directiva, ha de portar a concloure que el requisit que s'analitza impedeix tota participació de capital privat, tant directe com indirecte, en les entitats perquè puguin ser considerades mitjans propis.

V. Pel que fa al requisit del control conjunt i, concretament, a la possibilitat que aquest s'exerceixi de manera indirecta, “concatenant” controls, d'una entitat respecte d'altres a través de l'eventual control sobre una altra o altres entitats interposades o a través d'una societat *holding*, cal assenyalar, en primer terme, que malgrat que, certament, la Directiva no quantifiqui expressament el nombre d'entitats que poden participar, en diferents nivells o graus, en l'exercici d'aquest control –no estableix expressament el nombre d'entitats que es poden interposar entre una entitat i una altra per considerar que la primera pot exercir un control sobre la darrera–, el límit, de caràcter qualitatiu, imposat per la Directiva i derivat de la doctrina del TJUE ve donat per l'obligació que dit control sigui determinant i efectiu, que comporti una influència decisiva sobre objectius estratègics i decisions significatives.

D'altra banda, cal recordar que, efectivament, l'article 12.3 de la Directiva, en fixar els requisits que han de complir les entitats per ser mitjans propis de diversos poders adjudicadors, fa referència a l'exercici del control conjunt sense establir la necessitat que aquest control hagi de ser directe. A més, l'article 12.1 de la Directiva, en definir el control

anàleg assenyalant quan es considera que es dona, preveu que aquest es pugui exercir de manera indirecta i, entenent que dita definició està establerta amb caràcter general, es pot considerar que també aplica al supòsit de control conjunt previst en l'article 12.3 de la Directiva²¹.

Així, si bé sota el règim fixat per la Directiva 2014/24/UE es podrien plantejar, hipotèticament, diferents supòsits de controls conjunts indirectes, combinats, o no, amb controls directes²², no es pot desconèixer que en determinades estructures organitzatives, atesa la llunyania de l'entitat que teòricament hauria d'exercir el control sobre una altra respecte d'ella, dita entitat pot perdre o veure molt minvada la seva capacitat d'influenciar de manera decisiva sobre els objectius estratègics i les decisions significatives de l'altra entitat, de manera que el control sobre aquesta quedi tan desvirtuat –més si es tracta d'un control conjunt–, que no es pugui considerar suficient per eludir l'aplicació de la normativa de contractació pública.

Ja en la Sentència d'11 de maig de 2006 (Ass. C-340/04, Carbotermo), tantes vegades esmentada, el TJUE, addicionalment a analitzar quan es pot considerar que es dona aquest control, exigint que existeixi participació en els òrgans de gestió i representació, al·ludia a la idea que, en el cas que l'eventual influència en les decisions del mitjà propi s'exercís a través d'una societat *holding*, el fet de la intervenció d'un intermediari podia debilitar l'eventual control exercit pel poder adjudicador sobre el mitjà propi.²³

En definitiva, d'acord amb la Directiva i amb la jurisprudència comunitària i, fonamentalment, amb la finalitat i la configuració de l'excepció a l'aplicació de la normativa de contractació pública per la doctrina dels "contractes interns", es pot qüestionar que el control sigui realment efectiu i determinant en casos de controls conjunts indirectes, de segon grau o successius, en què s'evidencia la pèrdua de control que comporta el fet d'allunyar l'entitat que eventualment l'exerceix de l'entitat respecte de

²¹ Es podria considerar que la Sentència del TJUE de 19 d'abril de 2007 (ass. C-295/05, Tragsa), en ser favorable a la condició de mitjà propi de dita empresa, admet implícitament aquesta possibilitat de control conjunt indirecte, en la mesura que la normativa de Tragsa tinguda en compte en aquesta Sentència preveia que poguessin fer-li encàrrecs, no només les administracions que participaven directament en el seu capital, sinó també els organismes i les entitats dependents o vinculades a aquestes, i que en aquesta Sentència no s'efectua cap reserva a la condició de mitjà propi de Tragsa respecte d'aquests organismes i entitats.

²² Una entitat que controlés, individualment o conjuntament, a una altra entitat i aquesta controlés, alhora, individualment o conjuntament, a una de tercera; o una entitat que controlés individualment o conjuntament amb altres una entitat i també controlés a una altra entitat, individualment o conjuntament amb altres.

²³ El requisit del control conjunt ha estat d'anàlisi per part del TJUE, entra altres, en les sentències de 19 d'abril de 2007 (ass. C-295/05, Tragsa), esmentada abans, i de 19 de juliol de 2012 (ass. C-182/1, Econord), en la qual s'admet la possibilitat d'un control anàleg col·lectiu sobre un mitjà propi sempre que hi hagi una participació, tant en el capital, com en els òrgans de direcció.

la qual es pretén determinar la condició de mitjà propi, de manera que dita distància pot tenir com a resultat no poder considerar que concorre aquest control anàleg.

En tot cas, i tal com s'ha assenyalat respecte del requisit de l'absència de capital privat en la consideració jurídica anterior, també respecte de la regulació d'aquest requisit la LCSP incorpora una novetat en relació amb la regulació continguda en la Directiva, que dona resposta a la qüestió de l'exercici del control conjunt indirecte que s'analitza. Així, tal com s'ha indicat en la consideració jurídica II d'aquest informe, l'article 32 de la LCSP disposa que perquè existeixi control conjunt, tots els poders adjudicadors que l'exerceixen han d'estar representats en els òrgans decisoris de l'ens respecte del qual s'analitzi la consideració de mitjà propi –podent cada representant representar a alguns o a tots–, i tots ells han de poder exercir una influència decisiva sobre els objectius estratègics i sobre les decisions significatives de l'ens “directament i conjuntament”.

Tal com també s'ha assenyalat en la consideració jurídica anterior, aquesta transposició és més garantista del respecte al dret comunitari i, per extensió, als principis que l'inspiren, en la mesura que estableix un règim que comporta una aplicació més estricta de la Directiva –en aquest cas, també, més restrictiva de l'excepció a la seva aplicació– i també és conforme amb la Jurisprudència del TJUE. Per tant, cal concloure que, d'acord amb la LCSP, el control conjunt sobre els mitjans propis, anàleg al que s'exerceix sobre els propis serveis o unitats, s'ha d'exercir de manera directa per part de les entitats respecte de les quals l'ens tingui aquesta consideració de mitjà propi.

Sobre la base de les consideracions anteriors, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formula les següents

CONCLUSIONS

I. El càlcul del percentatge de l'activitat que s'ha de computar com a duta a terme en l'exercici de les comeses que hagin estat confiades per un o més poders adjudicadors que controlen una entitat del sector públic, a l'efecte d'analitzar si aquesta pot ser considerada mitjà propi d'aquells, es pot efectuar prenent com a base el volum de negoci de l'entitat, les despeses en què incorri o un altre indicador d'activitat fiable. Si el càlcul s'efectua sobre la base del volum total de negoci de l'entitat, s'han de tenir en compte totes les activitats que desenvolupa l'entitat, de les quals caldrà comprovar si més del 80% s'han dut a terme amb ocasió d'atribucions o encàrrecs rebuts del poder adjudicador que la controla, havent de computar com a tals tot el volum de negoci generat amb ocasió de dites atribucions o encàrrecs, inclosos els imports provinents de les persones usuàries d'un servei, si l'entitat el gestiona o el presta com a conseqüència d'una atribució o un encàrrec del poder adjudicador que la controla.

En canvi, si una entitat del sector públic duu a terme la gestió d'un servei perquè en té atribuïda la competència, no procedeix la declaració de mitjà propi per dur a terme dita

activitat ni, per tant, vehicular la prestació del servei per via d'encàrrecs, de manera que tampoc procedeix valorar si l'import provinent de les persones usuàries del servei s'ha d'incloure en el concepte de les activitats que aquesta entitat desenvolupa en l'exercici de les comeses que li han estat confiades pel poder adjudicador que la controla, en la mesura que, en aquest cas, l'entitat gestiona el servei com a activitat pròpia per a la qual va ser creada i no amb motiu d'un encàrrec rebut com a mitjà propi del poder adjudicador que l'ha creat.

II. La Llei de contractes del sector públic estableix el requisit d'absència de participació de capital privat, perquè una entitat pugui tenir la consideració de mitjà propi, sense circumscriure aquesta limitació únicament a les participacions directes de capital privat, de manera que prohibeix als mitjans propis tota presència de capital privat, en els termes assenyalats en la consideració jurídica IV d'aquest informe, inclosa la indirecta. A més, d'acord amb la Llei de contractes del sector públic, interpretada de manera conforme amb la Directiva –i amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea–, la necessària d'absència de capital privat per poder tenir la consideració de mitjà propi és un requisit aplicable a qualsevol entitat, amb independència que sigui de personificació jurídicopública o jurídicoprivada.

III. D'acord amb la Llei de contractes del sector públic, el control conjunt sobre els mitjans propis, anàleg al que s'exerceix sobre els propis serveis o unitats, s'ha d'exercir de manera directa per part dels poders adjudicadors respecte dels quals l'entitat tingui dita consideració de mitjà propi.

Barcelona, 13 de març de 2019