

**Assessorament jurídic sobre
la contractació pública o
auto-provisió dels ens locals,
d'electricitat i altres serveis
d'energia elèctrica
renovable. Viabilitat,
fonamentació jurídica,
requisits legals i
procediment a seguir, per
constituir o incorporar-se a
un ens públic que esdevingui
mitjà propi dels ens locals.**

Toda i Nel.lo. Maig 2024.

Estudis i Projectes pels municipis - Amep

Associació de Municipis i Entitats per l'Energia Pública

Assessorament jurídic de l'AMEP en l'àmbit del dret administratiu local sobre les alternatives per a la contractació pública o l'auto-provisió per part dels ens locals, d'electricitat i altres serveis relacionats amb l'energia elèctrica procedent de fonts d'energia renovable, fent especial atenció a la viabilitat, fonamentació jurídica, requisits legals i procediment a seguir, per constituir o incorporar-se a un ens públic que pugui proveir aquests serveis i que esdevingui mitjà propi dels ens locals.

ÍNDEX

I. – ALTERNATIVES PER A LA CONTRACTACIÓ O L'AUTO-PROVISIÓ PER PART DELS ENS LOCALS DEL SUBMINISTRAMENT D'ENERGIA ELÈCTRICA PROCEDENT DE FONTS RENOVABLES I D'ALTRES SERVEIS RELACIONATS AMB AQUESTA ENERGIA.....	5
I.1.- Consideració prèvia.....	5
I.2.- Alternatives de contractació pública o d'auto-provisió en l'àmbit de l'administració local: individuals o de forma conjunta.....	6
I.3.- Procediments, sistemes o fórmules de contractació o d'auto-provisió pública individual.....	7
I.4.- Procediments, sistemes o fórmules de contractació pública o d'auto-provisió conjunta.....	9
II.- EL DESENVOLUPAMENT PER LES ADMINISTRACIONS LOCALS D'ACTIVITATS ECONÒMIQUES DE COMERCIALIZACIÓ D'ELECTRICITAT I ALTRES SERVEIS RELACIONATS AMB L'ENERGIA ELÈCTRICA PROCEDENT DE FONTS RENOVABLES.....	13
II.1.- Consideracions prèvies i plantejament.....	13
II.2.- Viabilitat, fonamentació jurídica i requisits legals en relació a que els ens locals puguin desenvolupar les activitats econòmiques de comercialització d'electricitat i altres serveis relacionats amb l'energia elèctrica procedent de fonts d'energia renovable.....	18
II.2.1.- Fonamentació jurídica i viabilitat legal de la iniciativa econòmica local.....	18
II.2.2.- La motivació i justificació de la iniciativa econòmica local.....	20
II.3.- L'expedient per a l'exercici d'activitats econòmiques per part dels ens locals... ..	26
II.3.1.- Procediment a seguir.....	26
II.3.2.- Procediment individual o conjunt.....	29
III.- LA CREACIÓ D'UN ENS PÚBLIC PER PART DELS ENS LOCALS, O LA SEVA INCORPORACIÓ A UN ENS PÚBLIC JA EXISTENT, QUE ELS PUGUI PROVEIR D'ENERGIA ELÈCTRICA I DE SERVEIS RELACIONATS AMB AQUESTA COM A MITJÀ PROPI PERSONIFICAT.....	31
III.1.- Fonamentació jurídica i viabilitat en relació a que els ens locals puguin crear o incorporar-se a un ens públic que operi com a mitjà propi personificat dels	

TODA & NEL-LO

mateixos per tal que els pugui proveir d'energia elèctrica i de serveis relacionats amb aquesta.....	32
III.2.- Els encàrrecs a mitjans propis com a opció organitzativa ordinària, de lliure elecció, si bé subjecta a interpretació estricta.....	34
III.3.- Requisits legals per tal que els ens locals puguin crear o incorporar-se a un ens públic que operi com a mitjà propi personificat dels mateixos que els pugui proveir d'energia elèctrica i de serveis relacionats amb aquesta.....	36
III.3.1.- Requisits de caràcter material.....	37
III.3.2.- Requisits de caràcter formal (art. 32.4.c) i 32.2.d) de la LCSP).....	43
III.3.3.- Conseqüències de la manca de compliment dels anteriors requisits....	45
III.4.- Procediment a seguir.....	47
IV.- DESCRIPCIÓ DELS ENS PÚBLICS EXISTENTS QUE DESENVOLUPEN SERVEIS RELACIONATS AMB L'ENERGIA ELÈCTRICA COM A MITJÀ PROPI DELS PODERS ADJUDICADORS DELS QUE DEPENEN. VIABILITAT, FONAMENTACIÓ JURÍDICA, REQUISITS LEGALS I PROCEDIMENT A SEGUIR EN RELACIÓ A LA MODIFICACIÓ DELS MATEIXOS PER ESDEVENIR MITJÀ PROPI DELS ENS LOCALS.....	48
IV.1.- Ens públics existents que desenvolupen serveis relacionats amb l'energia elèctrica com a mitjà propi dels poders adjudicadors dels que depenen. Descripció.....	48
IV.1.1.- Tractament i Selecció de Residus, S.A (TERSA).....	48
IV.1.2.- Energies Renovables Públiques de Catalunya, SAU ("L'Energètica").	53
IV.2.- Viabilitat, fonamentació jurídica, requisits legals i procediment a seguir en relació a la modificació dels ens públics anteriors per esdevenir mitjà propi dels ens locals.....	59
IV.2.1.- Consideració prèvia.....	59
IV.2.2.- Entrada dels ens locals com accionistes de l'Energètica i modificació del Estatuts d'aquesta societat del sector públic de la Generalitat de Catalunya.....	59
V.- CONCLUSIONS.....	67
ANNEX. ANÀLISI D'EXEMPLES CONCRETES DE JUSTIFICACIÓ I MOTIVACIÓ EN EXPEDIENTS D'ACTIVITAT ECONÒMICA SIMILARS.....	85

TODA & NEL-LO

Per l'Associació de Municipis i Entitats per l'Energia Pública (AMEP) s'ha sol·licitat la prestació d'un servei d'assessorament jurídic en l'àmbit del dret administratiu local sobre les alternatives per a la contractació pública o l'auto-provisió, per part dels ens locals, del subministrament d'electricitat i altres serveis relacionats amb l'energia elèctrica procedent de fonts d'energia renovable, fent especial atenció a la viabilitat, fonamentació jurídica, requisits legals i procediment a seguir, per constituir o incorporar-se a un ens públic que pugui proveir aquests serveis i que esdevingui mitjà propi dels ens locals.

Aquest estudi comprèn, en síntesi, l'anàlisi jurídica de diversos aspectes complementaris:

- Descripció de les alternatives per a la contractació pública o l'auto-provisió, per part dels ens locals, del subministrament d'electricitat i altres serveis relacionats amb l'energia elèctrica procedent de fonts d'energia renovable.
- Viabilitat, fonamentació jurídica, requisits legals i procediment a seguir en relació a que els ens locals puguin desenvolupar les activitats econòmiques de comercialització d'electricitat i altres serveis relacionats amb l'energia elèctrica procedent de fonts d'energia renovable.
- Viabilitat, fonamentació jurídica, requisits legals i procediment a seguir en relació a que els ens locals puguin constituir o incorporar-se a un ens públic que pugui proveir aquests serveis i que esdevingui mitjà propi personificat dels ens locals.
- Descripció dels ens públics existents que desenvolupen aquestes activitats com a mitjà propi dels poders adjudicadors dels que son dependents. Viabilitat, fonamentació jurídica, requisits legals i procediment a seguir en relació a la modificació dels mateixos per esdevenir mitjà propi dels ens locals.

Seguidament es tracta específicament i per separat cada un dels punts anteriors.

I. – ALTERNATIVES PER A LA CONTRACTACIÓ O L'AUTO-PROVISIÓ PER PART DELS ENS LOCALS DEL SUBMINISTRAMENT D'ENERGIA ELÈCTRICA PROCEDENT DE FONTS RENOVABLES I D'ALTRES SERVEIS RELACIONATS AMB AQUESTA ENERGIA.

I.1.- Consideració prèvia.

El present estudi té per objecte l'assessorament jurídic sobre les alternatives per a la contractació pública o l'auto-provisió, per part dels ens locals, del subministrament d'energia elèctrica procedent de fonts d'energia renovable i altres serveis relacionats amb aquesta energia en l'àmbit del dret administratiu local.

Per tant, se centra en l'anàlisi dels diferents procediments, sistemes o fórmules de contractació pública o d'auto-provisió d'aquella energia i serveis des de la perspectiva de la normativa sobre contractació del sector públic aplicable en el sector de l'energia a les administracions públiques locals.

Aquesta normativa ve constituïda per la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic (LCSP), amb algunes particularitats referents a les Administracions Locals, quant:

- als ens locals que tenen la consideració d'Administració Pública als efectes de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic (LCSP), és a dir, els ens locals referits a l'article 3.2. de la LCSP, que són les Entitats que integren l'Administració Local descrites a l'article 3 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases del Règim Local (LBRL); i
- en l'àmbit de Catalunya, als organismes autònoms locals i els consorcis i entitats de dret públic local que reuneixin les circumstàncies de la lletra b) de l'article 3.2. de la LCSP.

En efecte, respecte de les Administracions i entitats abans referides, malgrat que ens estem referint aquí a la contractació d'energia, no els és d'aplicació el Reial

Decret-Llei 3/2020, de 4 de febrer, de mesures urgents pel que s'incorporen a l'ordenament jurídic espanyol diverses directives de la Unió Europea en l'àmbit de la contractació pública en determinats sectors (**RDL 3/2020**), que regula la contractació en els anomenats tradicionalment "sectors exclosos", entre d'altres, el de l'energia.

Conforme a l'article 5.3 del RDL 3/2020 i a la Disposició Addicional Vuitena de la LCSP, **el RDL 3/2020 no s'aplica a les entitats que, d'acord amb la LCSP, tinguin la consideració d'Administracions Públiques, que es regeixen en tot cas per la LCSP, si bé amb les especialitats establertes en les Disposicions Addicionals Segona i Tercera de la pròpia LCSP en el cas de les administracions locals.**

Tanmateix, d'acord amb l'article 5.3 del RDL 3/2020 i la Disposició Addicional Vuitena de la LCSP, **el RDL 3/2020 s'aplicarà per a determinar si els contractes que celebrin aquestes administracions públiques han de considerar-se subjectes a regulació harmonitzada¹.**

Per contra, no són aquí objecte d'estudi les diferents modalitats de contractació (ja sigui de compra o de subministrament) de l'energia elèctrica segons les regles que regulen el mercat elèctric, com serien, entre altres, les opcions de preu fix, revisable o no, les opcions de preu indexat (*Pass-through* -amb possibilitat o no de tancament, o *Pass-pool*), l'opció de compra directa a mercat (consumidor directe del mercat - CDM-) o les diverses opcions d'Acord de Compra d'Energia (*Power Purchase Agreement* -PPA-). Això seria objecte d'una anàlisi específica del sector elèctric i del mercat regulat elèctric, que es regeixen fonamentalment per la Llei estatal 24/2013, de 26 de desembre, del Sector Elèctric (LSE), a més de per altres normes complementàries.

I.2.- Alternatives de contractació pública o d'auto-provisió en l'àmbit de l'administració local: individuals o de forma conjunta.

En l'estudi de les possibles alternatives de contractació pública o d'auto-provisió d'energia elèctrica i serveis relacionats amb aquesta per part de les administracions

¹ De manera que procedeix entendre que el llindar per determinar si els contractes sobre energia elèctrica se subjecten a regulació harmonitzada se situaria actualment en un valor igual o superior a 431.000 de euros en els contractes de subministrament i de serveis diferents als serveis socials i altres específics enumerats en l'annex I del RDL 3/2020.

locals cal distingir, en primer lloc, entre els procediments, sistemes o fórmules individuals i les conjuntes o resultants d'una cooperació interadministrativa.

Les primeres serien les que duen a terme cadascun dels diferents ens locals per ells mateixos i de forma separada respecte dels altres. Les segones serien les que, en canvi, es realitzen de forma conjunta o en cooperació entre diverses administracions locals.

A continuació exposem els diferents procediments, sistemes o fórmules de contractació pública o d'auto-provisió d'energia elèctrica i altres serveis relacionats amb aquesta energia, tot seguint aquesta distinció principal.

I.3.- Procediments, sistemes o fórmules de contractació o d'auto-provisió pública individual.

Entre aquests procediments, sistemes o fórmules individuals es poden incloure les següents:

- (i) Procediments de contractació pública.
 - (ii) Sistemes de racionalització de la contractació pública.
 - (iii) Encàrrec a un mitjà propi personificat individual.
-
- (i) Els procediments de contractació són els establerts i regulats a la LCSP, com ara, el procediment obert, harmonitzat² o no, el procediment obert simplificat, abreujat o no, el procediment restringit, la licitació amb negociació i el diàleg competitiu, entre els més rellevants.
 - (ii) Els sistemes de racionalització de la contractació pública venen regulats al Llibre II, Títol I, Capítol II "Racionalització tècnica de la contractació", articles 218 a 230, de la LCSP, com són els acords marc, els sistemes dinàmics d'adquisició i les centrals de contractació d'obres, serveis i subministraments en serveis especialitzats.

No obstant, d'aquests sistemes, només l'acord marc i els sistemes dinàmics d'adquisició serien aplicables individualment per una sola administració local,

² A tenir en compte el llinar específic respecte de determinats sectors, com el de l'energia, abans exposat.

ja que les centrals de contractació són una forma de cooperació pensada per contractar de forma conjunta, doncs es basen en l'agregació de la demanda.

(iii) L'encàrrec a un mitjà propi personificat individual, regulat a l'article 32 de la LCSP, consistent en una entitat instrumental participada al 100% per una administració local que tingués per objecte activitats relacionades amb l'energia elèctrica i serveis complementaris a la mateixa.

No és objecte del present assessorament fer una anàlisi detallada dels requisits, regulació, supòsits i avantatges i inconvenients dels diferents procediments de contractació pública de la LCSP.

Tampoc no ho és l'estudi minucios dels sistemes de racionalització de la contractació pública abans esmentats, ni els avantatges i inconvenients de cada un d'ells. Tanmateix, com desenvolupem més endavant en tractar dels sistemes de racionalització de la contractació conjunta, aquests sistemes tenen una limitació quant al seu objecte i, respecte dels acords marc, quant a la seva durada, doncs si bé són instruments adients per contractar el subministrament d'energia elèctrica i serveis relacionats amb aquesta que es puguin determinar d'una forma estandarditzada en els plecs, en canvi, no semblen en principi adequats per a la contractació de serveis més complexos, singulars o específics que no es puguin estandarditzar o homogeneïtzar, ni per a la contractació de serveis de major durada.

Respecte dels encàrrecs a mitjans propis personificats, aquesta fórmula d'auto-provisió és objecte d'un estudi específic més endavant.

No obstant, sí escau avançar que, en la mesura que el mitjà propi personificat desenvoluparà una nova activitat econòmica local (subministrament d'energia elèctrica i serveis relacionats amb aquesta), per tal de crear-lo amb la finalitat que pugui auto-proveir l'ens local mitjançant els corresponents encàrrecs sense necessitat de licitació pública cal, com exposarem més endavant amb detall:

- que l'ens local tramiti prèviament el corresponent expedient d'iniciativa econòmica pel desenvolupament de l'activitat de comercialització d'energia elèctrica i de prestació de serveis relacionats amb aquesta, tot seguint el procediment legalment establert a aquest efecte i complint tots els requisits

legals, entre ells, la determinació de la forma de gestió d'aquesta nova activitat econòmica;

- que l'ens local configuri l'entitat que desenvoluparà la nova activitat econòmica com a un mitjà propi personificat, acreditant adequadament que compleixi tots els requisits exigits a aquest efecte per a poder assolir aquesta consideració legal.

Per tant, per dotar aquest sistema d'auto-provisió de subministraments i serveis de la necessària seguretat jurídica, **s'haurà de donar un compliment estricte i rigorós dels requisits exigits legalment tant per a l'exercici d'una activitat econòmica local, com perquè l'entitat que realitzi aquesta activitat econòmica es configuri legalment com un veritable mitjà propi personificat.** Així mateix, s'haurà d'ajustar als requeriments legals derivats de la normativa reguladora del sector elèctric.

I.4.- Procediments, sistemes o fórmules de contractació pública o d'auto-provisió conjunta.

Els procediments, sistemes o fórmules de contractació pública o d'auto-provisió conjunta, resultants d'una cooperació interadministrativa, venen en part descrits en l'article 31 de la LCSP, segons el qual:

“Artículo 31. Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal.

1. Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual:

*a) Mediante **sistemas de cooperación vertical** consistentes en el uso de medios propios **personificados** en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, **mediante el oportuno acuerdo de encargo.***

TODA & NEL-LO

*b) Mediante **sistemas de cooperación horizontal** entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios, en las condiciones y con los límites que se establecen en el apartado 1 del artículo 6.*

*2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades pertenecientes al sector público podrán en todo caso, acordar la **realización conjunta de contrataciones específicas**.*

3. Cuando un procedimiento de contratación se desarrolle en su totalidad de forma conjunta en nombre y por cuenta de varias entidades, estas tendrán la responsabilidad conjunta del cumplimiento de sus obligaciones. Ello se aplicará también en aquellos casos en que una sola entidad administre el procedimiento, por cuenta propia y por cuenta de las demás entidades interesadas.

Cuando un procedimiento de contratación no se desarrolle en su totalidad en nombre y por cuenta de las entidades interesadas, estas solo tendrán la responsabilidad conjunta por aquellas partes que se hayan llevado a cabo conjuntamente. Cada entidad será única responsable del cumplimiento de sus obligaciones con respecto a las partes que lleve a cabo en su propio nombre y por cuenta propia.”

Partint d'aquest precepte legal i dels altres abans esmenats de la LCSP, entre els procediments, sistemes o fórmules de contractació pública o d'auto-provisió conjunta es poden incloure les següents:

- Licitació conjunta al marge dels sistemes de racionalització de la contractació pública.
 - Sistemes de racionalització de la contractació pública conjunta.
 - Encàrrecs a un mitjà propi personificat conjunt o dependent de diversos poders adjudicadors (ens locals).
- (i) Com s'ha vist, la licitació conjunta es preveu en el propi article 31 i en l'article 116.5 de la LCSP, i pot tenir lloc al marge dels sistemes de racionalització de la contractació pública.

Respecte d'aquest procediment de licitació conjunta l'Informe 12/2012, de 30 de novembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent), admet fins a tres opcions possibles:

*“1. Les licitacions de contractes dutes a terme **per part d'un òrgan de contractació les prestacions objecte dels quals tindran com a destinatàries diverses entitats, després de l'atribució –per conveni, en el seu cas– de l'“encàrrec” a aquest òrgan de contractació perquè liciti i contracti per a elles. Aquest supòsit comporta la***

tramitació d'un procediment ordinari, tal com preveu la normativa de contractes del sector públic, del qual derivaria un únic contracte adjudicat per un únic òrgan de contractació i formalitzat només per aquest.

(...)

2. Les licitacions conjuntes dutes a terme per part de diverses entitats del sector públic, actuant totes com a òrgans de contractació i com a tramitadores del procediment, i adjudicant-se tants contractes com entitats del sector públic estiguin licitant de manera conjunta. En aquest sistema de licitació no hi hauria les possibles dificultats de gestió en l'execució del contracte a què s'ha al·ludit en el supòsit anterior, derivades del fet que l'execució es duu a terme per a entitats diferents de la contractant, ja que, en aquest cas, la fase de licitació és conjunta, però no la d'adjudicació i la de formalització dels contractes.

3. Les licitacions conjuntes dutes a terme per part de diverses entitats del sector públic, en què una d'elles és l'encarregada de la tramitació del procediment –en el seu cas, com a conseqüència de la signatura prèvia de convenis en què s'estableixi així –, inclosa la seva adjudicació, i tenint com a resultat la signatura de tants contractes com entitats formin part de la licitació conjunta, les quals passaran a ser entitats contractants dels contractes respectius.

(...)

En definitiva, mentre que en el primer dels supòsits de licitacions conjuntes dutes a terme al marge dels sistemes de racionalització de la contractació, una única entitat licita i contracta per ella i altra o altres, de manera que en deriva un únic contracte – eventualment dividit en lots, en el seu cas –, en els dos supòsits següents es formalitzen tants contractes com entitats liciten conjuntament. D'altra banda, la diferència entre els dos darrers supòsits rau en el fet que, en el segon, les entitats liciten i tramiten tot el procediment de contractació de manera conjunta, mentre que, en el tercer, una única entitat licita i tramita tot el procediment de contractació i adjudica els contractes, després de rebre l'encàrrec de les altres. (...)"

Val a dir que l'Informe 12/2012 de la JCCA de la Generalitat de Catalunya ha estat corroborat per l'Informe 5/2014, de 3 de març, de la JCCA de la Comunitat Autònoma d'Aragó.

Per tant, la licitació conjunta al marge de les tècniques de racionalització de la contractació regulades en la LCSP permet un ampli joc, doncs la doctrina administrativa reconeix fins a tres opcions diferents, les quals es consideren ajustades a les normes de contractació europees i internes.

- (ii) Quant als sistemes de racionalització de la contractació pública conjunta, regulats als articles 218 a 230 de la LCSP, aquests serien els acords marc i els sistemes dinàmics d'adquisició licitats conjuntament per diverses administracions locals, així com les centrals de contractació d'obres, serveis i subministraments en serveis especialitzats.

En aquest sentit, escau remarcar que, a diferència del que succeïa en l'anterior normativa de contractació del sector públic, l'article 228.2 de la LCSP admet expressament la creació de centrals de contractació per part de diverses administracions locals. I així mateix preveu l'adhesió als sistemes d'adquisició centralitzada d'altres entitats del sector públic incloses en l'àmbit d'aplicació de la LCSP, com serien les d'altres ens locals, de les associacions d'ens locals, consorcis, Generalitat de Catalunya o Administració estatal (article 228.3 i D.A. Tercera, apartat 10, de la LCSP).

Les centrals de contractació actuen adquirint subministraments i serveis per altres ens del sector públic, o adjudicant contractes o celebrant acords marc i sistemes dinàmics d'adquisició per la realització d'obres, subministraments o serveis destinats als mateixos³.

No obstant, com s'ha avançat abans, aquests sistemes conjunts de racionalització de la contractació tenen unes limitacions quant al seu objecte i, respecte dels acords marc, quant a la seva durada.

En efecte, si bé són instruments adients per contractar el subministrament d'energia elèctrica i serveis relacionats amb aquesta que es puguin determinar d'una forma estandarditzada en els plecs, en canvi, no semblen en principi adequats per a la contractació de serveis més complexos, singulars o específics relacionats amb l'energia elèctrica, difícils d'homogeneïtzar, que hagin de tenir en compte les particularitats concretes de la realitat sobre la que operen, o per a la contractació de serveis amb una llarga durada. Així succeeix, per exemple, en el cas dels Contractes de Serveis Energètics (en els quals les mesures

³ Com, per exemple, l'Acord marc de subministrament d'energia elèctrica de l'Associació Catalana de Municipis; el Sistema dinàmic d'adquisició pel subministrament d'energia elèctrica del Consorci de Serveis Universitaris de Catalunya; l'Acord marc de subministraments d'energia de la Comissió Central de Subministraments de la Generalitat de Catalunya o l'Acord marc per al subministrament d'energia elèctrica del Sistema Estatal de Contractació Centralitzada.

d'estalvi i eficiència energètica a implementar variaran en funció de les característiques tècniques i constructives de cada edifici o equipament públic, i la seva durada ha de ser la necessària per tal amortitzar les obres o instal·lacions corresponents amb els estalvis assolits).

Així resulta de la següents consideracions:

- L'**acord marc** és un sistema de selecció d'un conjunt de contractistes, amb els quals se celebrarien, si escau, contractes basats en aquest acord marc.

Ara bé, la finalitat dels acords marc és la de fixar les condicions a que s'hauran d'ajustar els contractes que es pretenguin adjudicar durant un període màxim de 4 anys, en particular pel que respecta als preus i, en el seu cas, les quantitats previstes (article 219 de la LCSP).

Aquest sistema de contractació s'utilitza habitualment en determinats contractes de subministraments o de serveis estandarditzats, en els que es poden fixar uns preus unitaris pels subministraments o pels serveis estandarditzats, el que no sembla que s'ajusti a les característiques específiques dels contractes de serveis que tinguin un objecte complex i no estandarditzable o amb una major duració.

- El **sistema dinàmic** d'adquisició no és sinó, en el fons, una variant específica del procediment obert, en la que la comunicació entre l'òrgan de contractació i els licitadors es realitza únicament per mitjans electrònics, informàtics o telemàtics, i aquesta fórmula de contractació s'utilitza per a la realització de les adquisicions o compres d'ús corrent generalment disponibles al mercat (article 223 de la LCSP), no podent-se concebre com compres d'ús corrent els contractes de serveis que tinguin un objecte complex i no estandarditzable.
- I les **centrals de contractació** únicament s'utilitzen en relació als contractes d'obres, serveis i subministraments sempre i quan aquests contractes tinguin "*característiques essencialment homogènies*" i se celebrin de forma massiva o generalitzada (article 229 de la LCSP). Així succeeix, per exemple, amb l'adquisició de mobiliari, d'equips i sistemes de tractament

de la informació, subministrament de vehicles, d'energia elèctrica o de serveis de telecomunicacions.

Els contractes de serveis amb un objecte complex i no estandarditzable difícilment poden considerar-se de característiques essencialment homogènies.

- (iii) L'encàrrec a un mitjà propi personificat conjunt o dependent de diversos poders adjudicadors (ens locals), regulat també a l'article 32 de la LCSP, consistent en una entitat instrumental participada conjuntament per diverses administracions locals que tingués per objecte activitats relacionats amb l'energia elèctrica i serveis complementaris a la mateixa.

Respecte dels encàrrecs a mitjans propis personificats conjunts, sense perjudici del que s'ha manifestat abans sobre el doble ordre de requisits legals a complir (procediment i requisits de la iniciativa econòmica local i dels mitjans propis personificats), aquesta fórmula d'auto-provisió és objecte d'estudi específic a l'apartat III.

II.- EL DESENVOLUPAMENT PER LES ADMINISTRACIONS LOCALS D'ACTIVITATS ECONÒMIQUES DE COMERCIALIZACIÓ D'ELECTRICITAT I ALTRES SERVEIS RELACIONATS AMB L'ENERGIA ELÈCTRICA PROCEDENT DE FONTS RENOVABLES.

II.1.- Consideracions prèvies i plantejament.

Com s'ha exposat abans, una opció per tal que els ens locals puguin obtenir energia elèctrica procedent de fonts renovables i altres serveis relacionats amb aquesta, és que ells mateixos realitzin aquesta activitat en el mercat amb els seus propis mitjans, de forma que puguin auto-proveir-se dels subministraments i serveis que requereixin.

Com hem assenyalat, aquests mitjans propis personificats poden ser tant individuals (de titularitat 100% d'un sol ens local) com conjunts o dependents de diversos ens locals (amb la participació de tots ells).

TODA & NEL-LO

Ara bé, com també s'ha avançat, en la mesura que el mitjà propi personificat desenvoluparà una nova activitat econòmica local (subministrament d'energia elèctrica procedent de fonts d'energia renovable i serveis relacionats amb aquesta), per tal de crear-lo amb la finalitat que pugui auto-proveir els ens locals mitjançant els corresponents encàrrecs sense necessitat de licitació pública cal:

- que els ens locals interessats tramitin prèviament el corresponent expedient d'iniciativa econòmica pel desenvolupament de l'activitat de comercialització d'energia elèctrica i de prestació de serveis relacionats amb aquesta, tot seguint el procediment legalment establert a aquest efecte i complint tots els requisits legals, entre ells, la determinació de la forma de gestió d'aquesta nova activitat econòmica;
- que els ens locals interessats configuren l'entitat que desenvoluparà la nova activitat econòmica com a un mitjà propi personificat, acreditant adequadament que compleix tots els requisits exigits a aquest efecte per a poder assolir aquesta consideració legal.

Doncs bé, en aquest apartat ens centrem en l'estudi de la viabilitat, fonamentació jurídica, requisits legals i procediment a seguir en relació a que els ens locals puguin desenvolupar les activitats econòmiques de comercialització d'electricitat i altres serveis relacionats amb l'energia elèctrica procedent de fonts d'energia renovable.

Per a l'anàlisi de les qüestions anteriors cal partir de les premisses bàsiques o consideracions jurídiques prèvies següents:

- 1) *La comercialització d'energia elèctrica procedent de fonts renovables i altres serveis relacionats amb aquesta no constitueixen serveis públics locals.*

Als efectes del present assessorament jurídic, el primer que cal considerar és que la comercialització d'energia elèctrica procedent de fonts renovables i altres serveis relacionats amb aquesta, d'acord amb la legalitat vigent, **no constitueixen serveis públics locals ni es poden establir com a tals.**

Així resulta del mateix article 85.1. de la Llei 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de les Bases del Règim Local (**LBRL**), conforme al qual:

“1. Són serveis públics locals els que presten les entitats locals en l'àmbit de les seves competències.”

D'acord amb la definició legal anterior, la doctrina científica més autoritzada distingeix entre dos tipus de serveis públics locals⁴:

- (i) aquells serveis públics locals declarats com a tals en normes amb rang de llei (en virtut de la denominada “*publicatio*”), com són els serveis locals mínims obligatoris de l'article 26 de la LBRL o, també, els serveis públics essencials reservats legalment als ens locals per l'article 86.2 de la LBRL; i
- (ii) aquells altres, també anomenats “serveis públics opcionals”⁵, consistents en aquells serveis i activitats prestacionals que per decisió de l'ens local, i dintre de l'àmbit de competències definit a l'article 25 de la LBRL, s'assumeixen com servei públic o activitat que es prestarà en règim de servei públic. És a dir, en el seu àmbit competencial i com a manifestació de l'autonomia i correlativa potestat d'autoorganització local, un ens local pot decidir assumir la responsabilitat de la prestació d'un determinat servei o activitat, no qualificats legalment com servei públic, en règim de servei públic, en entendre que aquesta activitat és d'interès general i que ha d'ésser prestada als ciutadans en règim de servei públic (amb els requisits de continuïtat, assequibilitat, qualitat i igualtat).

Doncs bé, d'una banda, els articles 26 i 86.2 de la LBRL no contemplen la comercialització d'energia elèctrica ni els serveis relacionats amb aquesta com serveis públics locals; tampoc l'article 25 de la LBRL no contempla aquelles activitats i serveis entre les competències municipals, encara que sembla que es pot apreciar una certa connexió amb algunes d'aquelles competències, com, per exemple, les referents a la contaminació mediambiental (“*protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas*” -art. 25.2.b-) o als

⁴ Entre altres, ALONSO HIGUERA, Carmen: “*Formas de gestión y de colaboración interadministrativa de servicios públicos locales*”, en l'obra col·lectiva “Régimen jurídico y configuración de las entidades instrumentales y de cooperación para la prestación de servicios públicos locales”, ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona 2022, pàgs. 42 a 44 i 51 a 57.

⁵ TORNOS MAS, Joaquín: “*La remunicipalización de los servicios públicos locales*”, en l'obra col·lectiva “Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión”, ed. Iustel - Fundación Democracia y Gobierno local, Madrid 2017, pàgs. 26 a 29 i 51 a 53.

béns municipals (*“infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad”* -art. 25.2.d-).

Per tant, cal entendre que, d'acord amb la normativa vigent, la comercialització d'energia elèctrica procedent de fonts renovables i altres serveis relacionats amb aquesta no constitueixen serveis públics locals ni poden establir-se com a tals, sinó que, en cas que es vulguin realitzar pels ens locals, estarem davant d'activitats, obres i serveis propis d'una iniciativa pública econòmica local.

2) *L'exercici de la iniciativa econòmica local.*

Exposat l'anterior, d'acord amb l'article 86.1 de la LBRL i l'article 243 del Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de Règim Local de Catalunya (TRLMRLC), per a que un ens local de Catalunya pugui produir o realitzar en el mercat, en règim de lliure concurrència, determinats béns, serveis o subministraments que no constitueixen un servei públic local, cal que concorrin dos requisits bàsics:

- **Que es tramiti i aprovi el corresponent expedient d'iniciativa pública per al desenvolupament d'activitats econòmiques;**
- **Que es determini la forma concreta de gestió del servei**, la qual haurà de dur-se a terme mitjançant la creació o utilització d'una persona jurídica diferenciada (que pot ser un organisme autònom, entitat pública empresarial local, societat mercantil de capital públic o societat cooperativa)⁶.

3) *La condició de mitjà propi personificat com a tècnica d'autoprovisió administrativa.*

A més, si aquesta persona jurídica realitza prestacions pròpies dels contractes regulats en la normativa sobre contractes del sector públic -com és el cas del subministrament d'energia elèctrica i la prestació de serveis relacionats amb

⁶ Articles 243.3 del TRLMRLC i 137 del Decret 175/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals (ROAS). Encara que aquests preceptes normatius no ho prevegin, la forma jurídica pública de l'entitat pública empresarial local també seria admissible en haver estat introduïda per la Llei 57/2003, de 16 de desembre, de mesures per a la modernització del govern local, per la que es modifica la LBRL, norma, per tant, posterior al ROAS i al TRLMRLC.

aquesta- i, així mateix, es vol que realitzi els seus subministraments i/o serveis en règim d'autoprovisió al propi ens local del que depèn sense que aquest hagi de licitar-los públicament conforme a les normes de contractació pública, llavors **caldrà configurar aquesta persona jurídica com a mitjà propi personificat de l'expressat ens local**. Així ho ha vingut declarant de forma reiterada la jurisprudència europea, codificada posteriorment en les Directives europees vigents sobre contractació, i actualment transposada al nostre ordenament jurídic, pel que fa als mitjans propis personificats, en els articles 31.1.a), 32 i 33 de la LCSP.

4) *La superposició de tres normatives administratives diferents.*

Per tant, en les qüestions objecte del present informe entren en joc, **de forma simultània, superposada i complementària, tres normatives administratives** amb un abast molt diferent: **la normativa de règim local, la normativa sobre contractació del sector públic i l'específica del sector elèctric.**

Sobre la normativa de règim local cal tenir present que no només hem de tenir present la normativa catalana, essencialment, el TRLMRLC i el Decret 175/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals (**ROAS**), sinó també la normativa estatal com és, fonamentalment, la LBRL i el Reial Decret Legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, per el que s'aprova el text refós de les disposicions legals vigents en matèria de Règim Local (**TRLRL**). Val a dir que les modificacions de la LBRL posteriors al ROAS i al TRLMRLC afecten aquests dos textos normatius de forma significativa atès que no han estat adaptats a les darreres modificacions de la LBRL, de caràcter bàsic i, per tant, d'obligat compliment també a Catalunya.

En referència a la normativa sobre contractació del sector públic, cal tenir en compte no només la vigent LCSP, sinó també les Directives europees sobre contractació pública i la jurisprudència europea sobre la matèria, així com l'article 86 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic (**LRJSP**)⁷.

Finalment, atès que la iniciativa econòmica local a desenvolupar té per objecte la comercialització d'energia elèctrica procedent de fonts renovables i la prestació de serveis relacionats amb aquesta energia, caldrà també tenir en compte la normativa reguladora d'aquest sector específic, com és principalment la LSE.

⁷ Més endavant s'analitza l'àmbit subjectiu d'aplicació de l'article 86 de la LRJSP.

5) *Els condicionants més rigorosos de la iniciativa econòmica local.*

Amb la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració Local (LRSAL), per la que es modifica -principalment- la LBRL, s'amplien els condicionants per a l'exercici de l'activitat econòmica dels ens locals, de manera que, a més dels que s'han assenyalat en l'anterior apartat 2, en l'actualitat aquests nous requisits afecten principalment:

- al seu control des d'una perspectiva financera i pressupostària, doncs s'han de garantir els objectius d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera de les entitats locals;
- a la necessitat d'obeir a criteris de rendibilitat econòmica i recuperació de la inversió;
- al rigor en la seva motivació, atès que s'han de fonamentar en objectius d'interès general concrets;
- al seu impacte sobre la lliure competència, doncs s'exigeix una anàlisi de l'impacte que la nova activitat econòmica pugui tenir sobre la concurrència empresarial.

Això és així perquè, d'acord amb el Preàmbul de la LRSAL (paràgraf tercer), entre els objectius d'aquesta reforma introduïda en la LBRL es troben la racionalització de l'estructura organitzativa de l'Administració local i l'aprimament del sector públic local, l'assegurament d'un control financer i pressupostari rigorós i l'afavoriment de la iniciativa econòmica privada tot evitant intervencions administratives desproporcionades.

II.2.- Viabilitat, fonamentació jurídica i requisits legals en relació a que els ens locals puguin desenvolupar les activitats econòmiques de comercialització d'electricitat i altres serveis relacionats amb l'energia elèctrica procedent de fonts d'energia renovable.

II.2.1.- Fonamentació jurídica i viabilitat legal de la iniciativa econòmica local.

L'article 128.2. de la Constitució reconeix la iniciativa pública en l'activitat econòmica.

Pel seu caràcter didàctic, escau citar la STS de 10 d'octubre de 1989 la qual, amb base a l'article 38 de la Constitució, reconeix la llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat i, d'acord amb l'article 128 del text constitucional, expressa que:

"(...) se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de la subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada y en el que únicamente se admitía la pública ante la inexistencia o la insuficiencia de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional."

(F.D. Segon)

En l'àmbit local, l'article 128.2 de la Constitució ha estat desenvolupat per l'article 86.1 LBRL el qual, després de la seva modificació per la LRSAL, disposa que:

"1. Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial."

Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio."

Per la seva banda, en relació a les administracions locals de Catalunya, l'article 243 del TRLMRLC estableix que:

"Article 243

Activitats econòmiques

243.1 L'exercici pels ens locals d'activitats econòmiques requereix un expedient previ, en el qual s'ha d'acreditar la conveniència i l'oportunitat de la iniciativa pública.

TODA & NEL-LO

243.2 *Per a adoptar la iniciativa cal:*

- a) *L'acord inicial del ple, en què s'ha de designar també una comissió d'estudi integrada per membres de l'ens local i personal tècnic.*
- b) *Una memòria redactada per la comissió, que ha de servir de base per a la resolució de l'expedient i que ha de tenir en compte els aspectes socials, financers, tècnics i jurídics de l'activitat, la forma d'exercici, els beneficis potencials i els supòsits de cessament de l'activitat.*
- c) *La presa en consideració de la memòria pel ple i l'exposició al públic per un període de trenta dies com a mínim, durant el qual es poden presentar reclamacions i al·legacions.*
- d) *L'aprovació final pel ple de l'ens local.*

243.3 *L'exercici de l'activitat s'ha de realitzar en règim de lliure concurrència. Es pot adoptar la forma d'organisme autònom de caràcter industrial, comercial o financer, o la de societat mercantil de capital públic o mixt, o la de societat cooperativa.*

243.4 *No és aplicable el procediment establert en aquest article si es tracta de la simple administració o explotació per l'ens local del seu patrimoni."*

Per tant, d'acord amb els preceptes constitucional i legals abans transcrits, no hi ha cap dubte jurídic sobre la potestat de les administracions locals catalanes d'exercir la iniciativa pública pel desenvolupament d'activitats econòmiques, com és la comercialització d'energia elèctrica procedent de fonts renovables i la prestació de serveis relacionats amb aquest tipus d'energia.

De fet, múltiples administracions locals catalanes⁸, i altres administracions locals⁹, realitzen en l'actualitat aquestes activitats.

Ara bé, la **viabilitat legal** d'aquesta, a l'igual que respecte de qualsevol altra activitat econòmica, per part de les administracions locals obliga a haver de complir uns **rigorosos requisits** tant **de fons** (motivació i justificació de l'activitat) com **de forma o procedimentals** (seguiment d'un expedient administratiu).

⁸ Entre altres, TERSA-Barcelona Energia, Reus Serveis Municipals, SA, Comercialitzadora Elèctrica d'Albatàrrec, SLU, Electricitat d'Almenar, SLU, Electracomercial Centelles, SLU, Societat Municipal de Distribució Elèctrica de Llavorsí, SLU, Comercialitzadora Elèctrica de Montoliu de Lleida, SLU, Empresa de Comercialitzadora Municipal d'Energia Elèctrica, SLU, Elèctrica Municipal de Santa Coloma de Queralt, SLU, Empresa Municipal Distribuidora Elèctrica Sudanell, SLU, Empresa Municipal d'Energia Elèctrica de Torres de Segre, SLU.

⁹ Entre altres, Comercializadora eléctrica de Cádiz, SA i Empresa municipal d'aigües i clavegueram, S.A.-EMAYA,SA (Palma de Mallorca),

En efecte, **la manca de tramitació** del procediment legalment previst a aquest efecte i/o **la insuficient justificació o motivació** de l'activitat econòmica que es pretén realitzar determinen la **nul·litat dels corresponents acords dels ens locals**¹⁰.

En definitiva, es tracta d'una activitat discrecional de l'Administració, la qual no pot ser arbitrària (art. 9.3. Constitució) i ha de subjectar-se als seus elements reglats i als principis generals del Dret administratiu.

II.2.2- La motivació i justificació de la iniciativa econòmica local.

II.2.2.1.- Bases jurídiques.

Com clarament expressa la fonamental STS de 10 d'octubre de 1989 (F.D. Tercer), mentre els particulars poden crear les seves empreses amb plena llibertat de criteris, sense més condició que la que els seus fins siguin lícits (art. 38 Constitució), **les actuacions empresarials de les Administracions públiques**, com totes les seves actuacions -es a dir, també les d'autoritat i les de prestació de serveis públics-, **se sotmeten a dues exigències més:**

- **han de servir amb objectivitat els interessos generals**, per imposar-ho així l'article 103.1 Constitució;
- **han de suposar una assignació equitativa dels recursos públics, i la seva programació i execució ha de respondre a criteris d'eficiència i economia**, tal com exigeix l'article 31.2. Constitució.

A més, la coexistència d'empreses públiques amb fins empresarials i d'empreses privades en el marc d'una economia de mercat, i la integració en la UE, **exigeixen que es garanteixi la lliure competència**, i a aquest efecte han de regir les mateixes regles per ambdós sectors de producció públic i privat.

Per l'exposat, en termes generals, l'exercici d'una activitat econòmica per part d'una Administració pública exigeix la concurrència dels següents requisits materials o de fons:

¹⁰ Entre altres, STS de 10 d'octubre de 1989; STSJ 1379/2015, d'Andalusia, de 2 de febrer de 2015; STSJ 3049/2014, del País Basc, de 27 d'octubre de 2014.

- que l'activitat empresarial que es pretengui desenvolupar amb una empresa pública sigui **d'indubtable interès públic** apreciable i apreciat en el moment de la seva creació;
- que respongui a una **distribució equitativa dels recursos públics i a criteris d'eficiència i d'economia**; i
- que l'activitat econòmica empresarial a exercir **se sotmeti sense cap excepció ni privilegi directe ni indirecte a les mateixes regles de lliure competència que regeixen el mercat**.

Aquests requisits o exigències generals per la creació d'empreses públiques que desenvolupen una activitat econòmica en el mercat en règim de lliure concurrència venen recollides en la normativa que regula la iniciativa local en l'economia, i constitueixen el contingut bàsic de la motivació o justificació que s'ha d'acreditar de forma adequada durant la tramitació de l'expedient administratiu previ per a l'exercici d'aquesta activitat econòmica local, motivació i justificació que, com ja s'ha avançat, són objecte de control posterior per part dels Tribunals de justícia.

En particular, del conjunt dels articles 86.1. de la LBRL, 243 del TRLMRLC, 142 i 146 del ROAS i 96 del TRLRL resulta que les exigències de motivació i justificació de l'activitat econòmica local que es pretén exercir per part de les administracions locals abasta els següents aspectes principals:

- (i) La justificació de la conveniència i l'oportunitat de la iniciativa i de l'interès públic que concorre en l'activitat, amb la valoració, entre d'altres, dels avantatges socials derivats dels béns o serveis a produir o de l'activitat a prestar, els llocs de treball a crear de forma directa o indirecta, el suport a altres activitats locals, la difusió de tecnologia i qualsevol d'altres.
- (ii) La determinació de la forma de gestió del servei, les normes reguladores i els estatuts de la societat o organisme que s'hagi d'instituir, i l'àmbit d'actuació de la societat o organisme.
- (iii) El pressupost financer i el pla de posada en funcionament de l'activitat econòmica projectada, la rendibilitat prevista i l'anàlisi cost-benefici, amb

TODA & NEL-LO

garantia del compliment de l'objectiu d'estabilitat pressupostària i de sostenibilitat financera de l'entitat local, tot justificant que la iniciativa no genera risc per a la sostenibilitat financera del conjunt de la hisenda municipal.

- (iv) Els aspectes socials, financers, tècnics i jurídics de l'activitat, els beneficis potencials i els supòsits de cessament de l'activitat.
- (v) Una anàlisi de mercat relativa a l'oferta i a la demanda existent, a la rendibilitat i als possibles efectes de l'activitat local sobre la concurrència empresarial.
- (vii) L'avantprojecte, si s'escau, de les obres i instal·lacions necessàries per a la implantació de l'activitat proposada.

En qualsevol cas, en relació a alguns dels aspectes principals que ha de comprendre la motivació i justificació de la iniciativa econòmica local, cal formular els següents comentaris:

a) *Conveniència, oportunitat i interès públic.*

Aquest requisit té per objecte acreditar que la decisió d'iniciar l'activitat econòmica local (en el present cas, la comercialització d'energia elèctrica i altres serveis relacionats) és encertada i respon a un interès general veritable, objectiu i comprovable de l'administració local que es tracti i, si escau, dels seus ens.

En aquest sentit, la STS de 10 d'octubre de 1989 (F.D. Setè) declara que:

“Esta total indefinición de las concretas actividades o negocios que la Sociedad que se aprobaba fuera a desarrollar, conculcaba evidentemente el principio de la especialidad de las empresas públicas que exige determinar con rigor y precisión el objeto de la empresa pública y la actividad o negocio que ella deba desarrollar, pues sólo conociéndolos la misma se podrá examinar en todos sus aspectos (técnico, económico, social, jurídico) y se podrá determinar después objetivamente si su ejercicio conviene o no al interés público, es decir, si interesa al bien común que se cree y nazca una empresa pública que ejerza aquella o aquellas concretas actividades empresariales o económicas.”

Per la seva part, la STSJ 3049/2014, del País Basc, de 27 d'octubre de 2014 declara la nul·litat de la constitució d'una societat municipal que es pretén dedicar a la prestació de serveis funeraris (activitat econòmica liberalitzada pel RD-Llei 7/1996, de 7 de juny) en considerar que, en l'expedient acreditatiu de la seva conveniència i oportunitat, la seva creació no queda degudament justificada.

En definitiva la doctrina que es desprèn d'aquesta STSJ del País Basc és que la iniciativa econòmica municipal i l'expedient que la sustenta **hauran de posar de relleu**, no ja situacions i estats de coses teòrics, **sinó el veritable avantatge que els veïns i la comunitat local experimentaran en termes objectius i contrastables com a resultat d'aquesta ingerència pública en el lliure mercat**¹¹.

Aquesta doctrina, segons s'expressa en la pròpia STSJ del País Basc, ja va ser mantinguda en altres Sentències prèvies de la mateixa Sala, així les núms. 791/2006, de 26 de desembre; 309/2005, de 9 d'octubre; i les 749/2008 i 1288/2008, ambdues del 26 d'abril de 2010.

b) *La determinació de la forma de gestió del servei.*

L'article 86.1. LBRL estableix que l'expedient acreditatiu de la conveniència i oportunitat de la iniciativa econòmica local ha de **determinar també la forma concreta de gestió del servei**. De fet, aquest precepte legal no limita la forma de gestió de l'activitat econòmica podent, per tant i en principi, entendre vàlides qualssevol de les formes de gestió directa establertes en l'article 85.2.A) LBRL¹².

No obstant això, l'article 243.3 TRLMRLC i l'article 137.1 ROAS disposen que les activitats econòmiques a dur terme pels ens locals en règim de lliure concurrència poden realitzar-se mitjançant una **persona jurídica diferenciada** amb forma d'organisme autònom, societat mercantil o societat cooperativa. Cal entendre que, després de la reforma per la LBRL per la Llei 57/2003, de 16 de desembre, també seria admissible la forma d'entitat pública empresarial local.

En qualsevol cas, atès que la nova activitat empresarial a exercir seria principalment la de comercialització d'energia elèctrica, cal estar necessàriament a l'establert en la normativa sectorial d'aplicació. En aquest sentit, segons l'article

¹¹ VELASCO CABALLERO, F.: "Tratado de Derecho Económico Local", Marcial Pons, Madrid 2017, pàg. 101.

¹² VELASCO CABALLERO, F.: Op. cit., pàg. 84.

6.1.f) LSE, aquesta activitat serà desenvolupada per **societats mercantils** o per **societats cooperatives de consumidors i usuaris**.

D'aquesta manera, **la determinació de la forma d'exercici de la comercialitzadora d'energia elèctrica vindrà directament condicionada** per l'aplicació d'aquesta normativa sectorial.

D'altra banda, cal tenir en compte que la Disposició addicional 9ena, apartat 1, LBRL estableix que els ens locals no podran adquirir, constituir o participar en la constitució, directament o indirectament, de noves societats i altres ens durant el temps de vigència del seu pla econòmic-financer o del seu pla d'ajust.

Per tant, no sembla legalment possible la creació d'una societat o la incorporació en una d'existente per part d'aquells ens locals en els que hi hagi vigent un pla econòmic-financer o un pla d'ajust.

c) El compliment de l'objectiu d'estabilitat pressupostària i de sostenibilitat financera de l'entitat local.

Aquest requisit té per finalitat acreditar **que la nova iniciativa econòmica local no genera risc per a la sostenibilitat financera del conjunt de la hisenda** de l'administració local que es tracti i, si escau, dels seus ens, i caldrà elaborar els corresponents informes pertinents a aquest efecte.

d) Els aspectes socials, financers, tècnics i jurídics de l'activitat, la forma d'exercici o de gestió, els beneficis potencials i els supòsits de cessament de l'activitat.

Amb aquest requisit es tracta de completar la raonabilitat, l'ajust a Dret i l'interès públic de la iniciativa econòmica a exercir.

Recordem que, d'acord amb F. D. Setè abans transcrit, de la STS de 10 d'octubre de 1989, només amb l'examen de tots els aspectes (tècnic, econòmic, social i jurídic) de la nova activitat es podrà determinar si el seu exercici convé o no a l'interès públic.

Alguns d'aquests aspectes de l'article 243.2.b) TRLMRLC, com ara els financers, els beneficis potencials i els relatius a la forma d'exercici de l'activitat, ja estan compresos en altres extrems exposats ("determinació de la forma de gestió",

“compliment de l’objectiu d’estabilitat pressupostària i de sostenibilitat financera de l’entitat local”, “anàlisi del mercat”).

En canvi, n’hi ha d’altres que no, com són els aspectes tècnics, socials, jurídics i els supòsits de cessament de l’activitat.

Per tant, tots aquests aspectes hauran de ser objecte d’estudi en relació a la concreta activitat de comercialització d’energia elèctrica procedent de fonts renovables i de prestació d’altres serveis relacionats amb aquest tipus d’energia.

e) *Una anàlisi de mercat relativa a l’oferta i a la demanda existent, a la rendibilitat i als possibles efectes de l’activitat local sobre la concurrència empresarial.*

L’anàlisi de mercat té per objecte acreditar l’encert de la iniciativa empresarial local des del punt de vista de la seva raonabilitat econòmica, tant des de la perspectiva econòmica i financera de l’administració local que es tracti (rendibilitat econòmica i recuperació de la inversió) com des de la perspectiva de l’impacte de la mesura sobre la iniciativa empresarial ja existent (efectes de l’activitat local sobre la concurrència empresarial).

Per tant, *des de la perspectiva interna de l’administració local que es tracti*, la iniciativa econòmica ha d’estar **justificada de forma objectiva i raonable tenint en compte les característiques pròpies de la comercialització d’energia elèctrica**¹³.

I, des de la perspectiva de la incidència de l’activitat econòmica local sobre l’activitat empresarial privada preexistent en el sector de la comercialització de l’energia elèctrica, caldrà estudiar amb criteris econòmics i d’interès general si aquesta activitat empresarial de l’administració local que es tracti ocasionarà perjudicis a les empreses comercialitzadores d’energia elèctrica que concorren actualment en el mercat, en termes de pèrdua de beneficis econòmics i de llocs de treball en l’àmbit privat. En definitiva, cal justificar que els perjudicis no siguin significatius, o que preval l’interès públic d’altres aspectes, com els mediambientals, l’augment de la concurrència, el millor protecció dels drets dels consumidors, etc.

¹³ Per tant, les obligacions de caràcter econòmic contemplades a l’art. 46 LSE s’hauran de tenir en compte en la justificació econòmica de la iniciativa.

També s'haurà de valorar **si la producció d'aquests perjudicis a les empreses privades pot estar justificat o compensat amb l'obtenció de determinats beneficis o avantatges d'interès general**, en respondre a altres tipus d'interessos generals que també han de resultar protegits en el sector de la comercialització de l'energia elèctrica¹⁴ (com pot ser un reforçament de la lliure competència empresarial i/o dels drets dels consumidors i usuaris, eficiència i estalvi energètic, raons mediambientals, etc).

En aquest sentit, el fet que es limiti l'activitat econòmica local a realitzar a la comercialització d'**energia elèctrica procedent de fonts renovables** i a serveis relacionats amb aquesta energia, ja aporta per sí mateix un component d'interès públic, com és l'impuls de la lluita contra el canvi climàtic i una aposta clara a favor de la millora del medi ambient amb l'abandonament dels combustibles fòssils i el desenvolupament de les energies renovables.

II.2.2.2.- Alguns exemples concrets.

Per tal d'il·lustrar les bases jurídiques de la motivació i justificació de l'activitat econòmica local de comercialització d'energia elèctrica i de serveis relacionats amb aquesta energia, s'incorporen en **Annex** al present estudi diversos exemples concrets, per als quals s'analitza la motivació i justificació que figura en els diferents documents integrants dels respectius expedients d'activitat econòmica.

Sens dubte, els exemples de Barcelona Energia i de Reus Energia exposats a l'Annex poden servir de criteri inspirador a aquest efecte, sense perjudici de les especialitats pròpies del model d'activitat a implantar i de les particularitats pròpies de l'ens local que vulgui iniciar l'activitat.

II.3.- L'expedient per a l'exercici d'activitats econòmiques per part dels ens locals.

II.3.1.- Procediment a seguir.

Per a l'exercici d'activitats econòmiques per part de les administracions locals catalanes en règim de lliure concurrència, com és el cas de la comercialització d'energia elèctrica i altres serveis complementaris en aquest àmbit, s'ha de tramitar

¹⁴ VELASCO CABALLERO, F.: Op. cit., pàg. 98.

un expedient previ que s'ha d'ajustar, d'acord amb l'article 243 del TRLMRLC i els articles 142 a 149 del ROAS, al procediment següent:

- a) Acord inicial del Ple de municipal (o d'altre òrgan competent local), en el qual:
- Es farà constar la voluntat de l'ens local de desenvolupar l'activitat de comercialització d'energia elèctrica en règim de lliure concurrència.
 - Es designarà una comissió d'estudi per a la redacció de la memòria justificativa de la conveniència i oportunitat de l'activitat de comercialització d'energia elèctrica, tot fixant-se el termini màxim per a la presentació de la memòria justificativa.

La composició de la comissió d'estudi ha de ser paritària entre tècnics degudament qualificats i membres de la corporació. El nombre dels membres que la integren és el que determini l'ens local i els és aplicable el règim general sobre l'abstenció i la recusació per interès directe o indirecte en l'activitat. El nomenament pot recaure en personal del mateix ens o en professionals de lliure designació.

- b) Redacció de la memòria justificativa per l'esmentada comissió d'estudi.

Com s'ha exposat l'anterior apartat II.2.2., conforme als articles 86.1. de la LBRL, 243 del TRLMRLC, 142 i 146 del ROAS i 96 del TRLRL , la memòria justificativa haurà de comprendre els següents aspectes:

- (i) La justificació de la conveniència i l'oportunitat de la iniciativa i de l'interès públic que concorri en l'activitat, amb la valoració, entre d'altres, dels avantatges socials derivats dels béns o serveis a produir o de l'activitat a prestar, els llocs de treball a crear de forma directa o indirecta, el suport a altres activitats locals, la difusió de tecnologia i qualsevol d'altres.
- (ii) La determinació de la forma de gestió del servei, les normes reguladores i els estatuts de la societat o organisme que s'hagi d'instituir, i l'àmbit d'actuació de la societat o organisme. Tenint per activitat la comercialització d'energia elèctrica, només es pot adoptar la forma de

TODA & NEL-LO

societat mercantil -o de societat cooperativa de consumidors i usuaris- (article 6 de la LSE).

- (iii) El pressupost financer i el pla de posada en funcionament de l'activitat econòmica projectada, la rendibilitat prevista i l'anàlisi cost-benefici, amb garantia del compliment de l'objectiu d'estabilitat pressupostària i de sostenibilitat financera de l'entitat local, tot justificant que la iniciativa no genera risc per a la sostenibilitat financera del conjunt de la hisenda municipal.
- (iv) Els aspectes socials, financers, tècnics i jurídics de l'activitat, els beneficis potencials i els supòsits de cessament de l'activitat.
- (v) Una anàlisi de mercat relativa a l'oferta i a la demanda existent, a la rendibilitat i als possibles efectes de l'activitat local sobre la concurrència empresarial.
- (vii) L'avantprojecte, si s'escau, de les obres i instal·lacions necessàries per a la implantació de l'activitat proposada.

Tot això, **en termes similars** a les memòries justificatives exposades a l'**Annex** de Barcelona Energia i de Reus Energia que, sens dubte serveixen d'antecedent i criteri inspirador, sense perjudici de les especialitats pròpies del model d'activitat a implantar i de les particularitats pròpies de l'ens local que vulgui iniciar l'activitat.

- c) Sotmetiment de la memòria justificativa al Ple municipal (o altre òrgan competent local), el qual podrà:
 - Prendre-la en consideració (aprovació inicial de l'expedient d'iniciativa econòmica, inclosos els corresponents informes tècnics, jurídics i d'intervenció de la corporació) i acordar l'obertura d'informació pública.
 - No acceptar la memòria presentada i acordar l'arxiu de l'expedient o la seva devolució a la comissió d'estudi redactora perquè la completi o aclareixi, o bé procedir a la designació, mitjançant decisió raonada, d'una

altra comissió per a la redacció d'una nova memòria en el termini que s'estableixi.

- d) Sotmetiment de la memòria a informació pública.

En cas que la memòria s'hagi pres en consideració pel Ple municipal (o altre òrgan competent local), se sotmetrà a informació pública per un període no inferior a 30 dies hàbils, durant el qual es poden presentar al·legacions i reclamacions.

L'esmentat tràmit s'ha d'anunciar al DOGC, al BOPB, en un dels mitjans de comunicació escrita i en el tauler d'anuncis de l'ajuntament (o altre ens local).

- e) Resolució de les al·legacions i reclamacions presentades.

D'haver-se presentat, s'hauran de resoldre les al·legacions i reclamacions presentades i, si escau, s'haurà d'aprovar la conseqüent modificació de la memòria, la qual s'haurà de sotmetre de nou a informació pública quan la modificació afecti de manera substancial el seu contingut.

- f) Aprovació del projecte d'iniciativa.

No presentant-se al·legacions o reclamacions, o havent-se resolt les presentades sense haver de modificar substancialment la memòria o, havent-se modificat substancialment, després del subsegüent tràmit d'informació pública, l'aprovació definitiva de la memòria justificativa de l'exercici de l'activitat econòmica correspon al Ple municipal (o altre òrgan competent local).

II.3.2.- Procediment individual o conjunt.

El procediment descrit anteriorment se segueix normalment **de forma individualitzada i separada** per cada un dels ens locals que així ho acordin, però també es pot tramitar **de forma conjunta** per diversos ens locals.

A aquest efecte, els articles 150 a 152 del ROAS regulen **l'exercici conjunt** d'activitats econòmiques per diversos ens locals.

En relació a l'**expedient d'iniciativa comuna de diversos ens locals, qualsevol que sigui el nivell territorial**, per a exercir activitats econòmiques en règim de lliure concurrència, és de destacar que:

(i) Els ens locals interessats poden establir per conveni l'administració local encarregada de realitzar o de coordinar els estudis, els treballs de gestió i els tràmits pertinents, com també el grau de participació en la nova entitat jurídica -o en l'entitat ja constituïda a integrar-se- (art. 150 del ROAS).

(ii) El procediment a seguir és el mateix que en cas d'iniciativa econòmica individual d'un ens local, però amb les següents particularitats (art. 151 del ROAS):

a) L'acord inicial l'han d'adoptar els Plens de tots els ens locals interessats en la iniciativa.

En aquest acord, com s'ha dit, es pot delegar en un dels ens locals participants la realització o la coordinació dels estudis, els treballs de gestió i els tràmits pertinents fins a la constitució de la persona jurídica (o la incorporació a l'ens ja constituït) que ha d'exercir l'activitat.

La comissió d'estudi per a la redacció de la memòria justificativa és única, encara que els membres que la integren han de ser designats per tots els ens locals en l'acord inicial.

És d'observar que, malgrat que la comissió d'estudi és única i que l'expedient és conjunt de tots els ens locals interessats, per contra, **el contingut de la memòria justificativa s'ha de referir singularment a cada un d'ells**. Això significa que en la memòria cada ens local haurà de justificar de manera individualitzada els extrems propis d'aquesta (abans exposats) referits a cada ens en particular. A tall exemple, la memòria haurà de justificar:

- que la iniciativa econòmica obeeix a un interès general objectiu i apreciable pels veïns i/o la comunitat local de cada ens local;
- que la iniciativa econòmica compleix amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i de sostenibilitat financera de cada un dels ens locals;

TODA & NEL-LO

- que caldrà analitzar la incidència de la iniciativa econòmica sobre la concurrència empresarial en el sector del subministrament elèctric existent en cada ens local.
- b) El Ple de cadascun dels ens locals haurà d'acordar el que sigui procedent sobre la presa en consideració de la memòria justificativa.

Els ens que acordin no acceptar-la resten automàticament separats de la iniciativa, la qual haurà de seguir, no obstant això, la tramitació respecte dels altres.

- c) La informació pública de la memòria s'ha d'efectuar en un sol anunci, per un termini de 30 dies, i hi han de constar els ens locals participants en la iniciativa.
- d) El Ple de cadascuna de la corporacions ha d'aprovar, si s'escau, la proposta definitiva.

La no aprovació del projecte per algun o alguns dels ens interessats, transcorreguts tres mesos des de la finalització del termini d'informació pública, els exclou automàticament del projecte d'iniciativa, i la resta han d'adoptar nous acords d'aprovació, amb les modificacions que requereixi la nova composició dels ens participants.

(iii) L'entitat constituïda (o a incorporar-se) per la iniciativa comuna de diversos ens locals pot adoptar les formes de personificació jurídica previstes a la llei - segons s'ha dit, organisme autònom, societat mercantil, societat cooperativa i entitat pública empresarial local- (article 152.1 del ROAS).

També poden constituir-se consorcis o altres fórmules convencionals coparticipades per a la gestió d'activitats d'interès local o comú (art. 152.2 del ROAS).

No obstant, com s'ha exposat, tenint per activitat la comercialització d'energia elèctrica, només es pot adoptar la forma de societat mercantil -o de societat cooperativa de consumidors i usuaris- (article 6 de la LSE).

III.- LA CREACIÓ D'UN ENS PÚBLIC PER PART DELS ENS LOCALS, O LA SEVA INCORPORACIÓ A UN ENS PÚBLIC JA EXISTENT, QUE ELS PUGUI PROVEIR D'ENERGIA ELÈCTRICA I DE SERVEIS RELACIONATS AMB AQUESTA COM A MITJÀ PROPI PERSONIFICAT.

El segon requisit, afegit a l'anterior, per tal que els ens locals puguin auto-proveir-se d'energia elèctrica i altres serveis relacionats amb aquesta, mitjançant els corresponents encàrrecs a l'ens que creïn o al que s'incorporin per realitzar l'activitat de comercialització d'energia sense haver de licitar un contracte públic, és que l'entitat que dugui a terme aquesta nova activitat econòmica es configuri com un veritable mitjà propi personificat dels mateixos.

En aquest apartat ens centrem en l'estudi de la fonamentació jurídica, viabilitat, requisits legals i procediment a seguir per tal de configurar aquell ens com a mitjà propi personificat de les administracions locals, als efectes de poder-li atribuir encàrrecs directament, sense haver de tramitar un procediment de contractació pública.

III.1.- Fonamentació jurídica i viabilitat en relació a que els ens locals puguin crear o incorporar-se a un ens públic que operi com a mitjà propi personificat dels mateixos per tal que els pugui proveir d'energia elèctrica i de serveis relacionats amb aquesta.

Els encàrrecs a mitjans propis personificats (com a sistema d'auto-provisió administrativa) constitueixen un fórmula jurídica a cavall entre la potestat d'autoorganització administrativa i el principi de concurrència en l'adjudicació dels contractes del sector públic. D'aquí la dificultat d'establir amb nitidesa la línia que separa el Dret de l'organització administrativa i el Dret de la contractació pública.

El seu fonament jurídic el trobem en la jurisprudència del TJUE, que ha reconegut que, d'acord amb el Dret europeu, les administracions públiques són lliures de decidir recórrer o no a un contracte per desenvolupar les seves funcions d'interès

públic (entre altres, STJUE de 9 de juny de 2009, Comissió c. Alemanya, C-480/06, apartat 45).

Aquesta jurisprudència s'ha recollit posteriorment en les Directives de contractació pública.

En efecte, el Considerant 5 de la Directiva 2014/24/UE, en relació amb les obres, serveis o subministraments que requereixi obtenir l'Administració, declara que:

“(5) Debe recordarse que ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva. (...)”

Per la seva banda, de forma encara més clara, **l'article 2.1 de la Directiva 2014/23/UE**, de concessions, estableix la llibertat de les administracions públiques d'elecció per decidir la millor forma de gestionar l'execució de les obres o de prestar els serveis, ja sigui amb els recursos propis -individuals o en col·laboració amb altres administracions públiques-, o acudint als operadors privats.

En efecte, segons l'article 2.1 de l'esmentada Directiva:

“Artículo 2

Principio de libertad de administración de las autoridades públicas

1. La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos.

Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.”

Per tant, la pròpia Directiva no només reconeix el principi d'auto-organització de les administracions públiques (nacionals, regionals i locals) dels Estats membres,

sinó que, a més, explicita un principi de llibertat (o, el que és el mateix, de discrecionalitat) d'aquestes administracions per decidir com realitzar les seves obres i serveis, podent-ho fer cada administració bé de forma separada amb els seus propis recursos, bé de forma conjunta amb altres administracions o bé confiant-los a operadors econòmics.

Així s'ha corroborat pel TJUE més recentment, establint que les Directives europees de contractació pública no condicionen als ordenaments interns en l'elecció que es realitza en una fase lògicament anterior a la de l'adjudicació del contracte (STJUE de 3 d'octubre de 2019, *Igrita*, C-285/18).

Conseqüència de l'anterior és l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE , que exclou del seu àmbit d'aplicació els encàrrecs entre entitats del sector públic que compleixin determinats requisits, i que s'ha transposat al nostre Dret intern en els articles 31, 32 i 33 de la LCSP.

Com s'ha vist, **l'article 31.1 de la LCSP** preveu expressament els encàrrecs a mitjans propis personificats conjunts o dependents de diversos poders adjudicadors:

“Artículo 31. Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal.

1. Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual:

a) Mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, mediante el oportuno acuerdo de encargo. (...)”

Aquest precepte, com s'indica, es desenvolupa en l'article 32 de la mateixa LCSP pel que fa als poders adjudicadors (en el present cas, ens locals), tot regulant els requisits que han de complir els ens instrumentals per a tenir la consideració legal de mitjans propis personificats ¹⁵.

¹⁵ Val a dir que, en la redacció originària de la LCSP, el règim establert en els articles 32 i 33 de la LCSP, primer per als poders adjudicadors i el segon per als ens del sector públic que no tinguin la consideració de poder adjudicador, era diferent. Tanmateix, el RDL 17/2020, de 5 de maig, ha establert un règim uniforme pels dos tipus d'ens, essent ja indiferent que l'ens

En aquest sentit, la **viabilitat legal** dels mitjans propis personificats i dels encàrrecs al mateixos està **condicionada al compliment de tots i cada un dels requisits establerts legalment**, requisits que, com s'ha anticipat, s'interpreten de manera estricta.

III.2.- Els encàrrecs a mitjans propis com a opció organitzativa ordinària, de lliure elecció, si bé subjecta a interpretació estricta.

En efecte, de l'article 2.1 de la Directiva 2014/23/UE (llibertat d'opció), del Considerant (5) de la Directiva 2014/24/UE (no obligació de subcontractar o d'externalitzar) i de l'article 31.1 de la LCSP ("podran") abans transcrits, es desprèn que en el nostre ordenament jurídic vigent l'encàrrec a mitjans propis no presenta un caràcter excepcional, residual o subsidiari, sinó que es tracta d'una opció organitzativa ordinària.

Així ho entén un sector doctrinal autoritzat¹⁶, i també la doctrina administrativa, entre altres, la Resolució del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals nº 696/2022, de 16 de juny, segons la qual:

*"Pues bien, este Tribunal considera que **el encargo no es un régimen excepcional, sino una alternativa a la contratación pública** y que, conforme a la legislación vigente, acreditada la condición de medio propio de la entidad a quien se realiza el encargo en el momento de su creación o con posterioridad, dicha declaración evita que se exija una motivación ad hoc para cada encargo de los extremos que establece el artículo 86 de la LRJSP.*

(...)

Por consiguiente, la decisión de realizar este tipo de ejecución directa, está vinculada primero a la adecuada creación o consideración de una entidad como medio propio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 de la LRJSP y en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32 de la LCSP. En segundo lugar, se exige que el encargo cumpla una serie de requisitos y condiciones determinantes de su plena validez que se establecen en los apartados 6 y 7 del artículo 32 de la LCSP. En el caso de TRAGSA es, además, necesario tener en cuenta el contenido de lo dispuesto en la DA 23ª de la LCSP.

encarregant sigui o no poder adjudicador .

¹⁶ En aquest sentit es pronuncien FERNÁNDEZ RAMOS, S. i PÉREZ MONGUIÓ, J.M^a, Catedràtics de Dret Administratiu a la Universitat de Cadis: "Los encargos a medios propios: ¿recurso ordinario o excepcional?", treball publicat a la pàgina web del INAP, Ministerio de Hacienda y Función Pública, de data 20 de gener de 2023, pàgs. 11, 15 i 16.

En ese contexto, los encargos son una opción lícita y en ese sentido se ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

(...)

Partiendo de esa premisa, la Administración Pública puede libremente decidir acudir al encargo a un medio propio o a la contratación pública. Ningún reproche ni connotación negativa merece la elección, siempre que esta se haga reuniendo los requisitos exigibles para ello, que, a continuación, expondremos.”

Ara bé, com clarament resulta de la Resolució anterior, una cosa és que les administracions públiques puguin elegir lliurement entre l'opció del mitjà propi i la contractació i una altra, de ben diferent, és que no s'hagi de subjectar a una sèrie de requisits, que són d'interpretació estricta per tal d'evitar que el recurs al mitjà propi suposi una vulneració de la normativa sobre contractació pública.

En aquest sentit, l'encàrrec directe a mitjans propis personificats d'obres, serveis o subministraments que poden ser objecte de contractes del sector públic, sense licitació conforme a les normes de contractació pública, es concep com una excepció a l'aplicació d'aquestes normes.

Centrant acuradament aquesta tensió entre llibertat d'elecció i aplicació de les normes de contractació, cal remarcar que la interpretació estricta dels requisits per a que una entitat pugui ser considerada mitjà propi té per finalitat garantir que no escapen a l'àmbit de la contractació actuacions en les que, per no concórrer algun dels requisits establerts legalment, no existeix realment una “operació interna”, sinó un negoci jurídic que havia de licitar-se en el mercat. A més, com s'ha dit, aquesta interpretació estricta no condiona la llibertat d'elecció de les administracions per una forma o altra de realitzar les seves funcions, ja que aquesta elecció es realitza en una fase lògicament anterior a la de la formalització d'un encàrrec o a la de l'adjudicació d'un contracte ¹⁷.

La interpretació estricta dels requisits habilitants per encarregar directament obres, serveis o subministraments a mitjans propis personificats sense licitació pública, no només ve recollida en reiterada jurisprudència europea¹⁸ sinó que, a més, ve reforçada per la vigent LCSP, a dos nivells diferents:

¹⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, S. i PÉREZ MONGUIÓ, J.M^a, *Op. cit.*, pàgs. 10 i 11, 15.

¹⁸ Entre altres, STJUE d'11 de gener de 2005, Stadt Halle (apartat 46) i STJUE de 13 d'octubre de 2005, Parking Brixen (apartat 63).

- s'exigeix expressament que el mitjà propi reuneixi "tots i cada un dels requisits" establerts legalment (art. 32.2 LCSP);
- s'amplia el recurs especial en matèria de contractació a la formalització d'encàrrecs a mitjans propis en aquells casos en què aquests no compleixin els requisits legals (art.44.2.e) LCSP).

Per tant, d'acord amb la jurisprudència europea i la LCSP, i també la jurisprudència i doctrina dels tribunals espanyols¹⁹, els requisits establerts legalment per a la configuració d'un ens com a mitjà propi personificat s'exigeixen de forma estricta.

A destacar, entre altres, la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de setembre de 2018 (rec. 4396/2017) la qual, tot recollint l'apartat 46 de la Sentència del TJUE de 13 d'octubre de 2005, assumpte C-458/03, *Parking Brixen*, declara que:

"Los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella."

Veiem seguidament quins són aquests requisits.

III.3.- Requisits legals per tal que els ens locals puguin crear o incorporar-se a un ens públic que operi com a mitjà propi personificat dels mateixos que els pugui proveir d'energia elèctrica i de serveis relacionats amb aquesta.

Les administracions locals poden crear un ens o incorporar-se a un ens públic ja constituït que operi com a mitjà propi personificat de les mateixes, per tal que les pugui proveir d'energia elèctrica i de serveis relacionats amb aquesta sense necessitat de licitació, sempre que aquest ens reuneixi una sèrie de requisits legals.

Els requisits que ha de complir l'ens de nova creació o l'ens ja constituït a incorporar-se, perquè aquest pugui tenir la consideració legal de mitjà propi

¹⁹ Entre altres, STS de 20 de setembre de 2018 en el seu FJ 9 (rec. 4396/2017), STSJC de 17 de desembre de 2020 (rec. 284/2019), STSJC de 21 de setembre de 2020 (rec. 107/2018), STSJC de 20 de maig de 2022 (rec. 27/2019), STSJ de Castilla y León de 22 de febrer de 2019 (rec. 130/2015) o Resolució 120/2019, de 18 de febrer, del TACRC.

personificat de les administracions locals, venen regulats a l'article 32 LCSP i a l'article 86 de la LRJSP, al que es remet l'article 32.1 LCSP i l'apartat 3 de la Disposició Final 4a de la LCSP.

En concret, partint del supòsit que aquest mitjà propi personificat sigui conjunt o dependent de diversos poders adjudicadors (en aquest cas, administracions locals), cal que concorrin en el mateix **tots i cada un dels requisits materials i formals següents**:

III.3.1.- Requisits de caràcter material.

1) Els poders adjudicadors (ens locals) han d'exercir sobre el mitjà propi personificat (ens de nova creació o ja constituït) un **control conjunt anàleg** al que ostentarien sobre els seus propis serveis o unitats respectives.

S'entendrà que existeix un **control conjunt** quan es compleixin **totes** les condicions següents (art. 32.4.a) LCSP):

1er. Que en els òrgans decisoris del mitjà propi personificat conjunt estiguin representats tots els poders adjudicadors (ens locals) que poden conferir-li encàrrecs, si bé cada representant pot representar a un o més dels poders adjudicadors o a la totalitat d'ells.

Els òrgans decisoris d'una societat de capital, per exemple, amb forma de Societat Anònima, són: la Junta General d'Accionistes i el Consell d'Administració.

Per tant, els ens locals dels que depengui el mitjà propi personificat conjunt han de ser accionistes del nou ens o de l'ens ja constituït amb forma de S.A. i membres del seu Consell d'Administració, o bé han d'estar representats en aquests dos òrgans socials.

2on. Que aquests ens puguin exercir directament i conjuntament una influència decisiva sobre els objectius estratègics i sobre les decisions significatives de l'ens destinatari de l'encàrrec.

3er. Que l'ens destinatari de l'encàrrec no persegueixi interessos contraris als interessos dels poders adjudicadors (ens locals) que puguin conferir-li encàrrecs.

2) La **compensació tarifària** a percebre pel mitjà propi personificat conjunt s'ha d'ajustar a l'establert en l'article 32.4.a) LCSP, segons el qual:

- Aquesta compensació s'establirà per referència a **tarifes aprovades pels poders adjudicadors (ens locals) dels que depèn el mitjà propi conjunt.**
- Les tarifes es calcularan de manera que representin **els costos reals de realització** de les unitats produïdes directament pel mitjà propi o, en el seu cas, atenent al **cost efectiu** suportat pel mitjà propi per a les activitats objecte de l'encàrrec que se subcontracti amb empresaris particulars en els supòsits en que aquest cost sigui inferior al resultat d'aplicar les tarifes a les activitats subcontractades.
- L'aprovació de les tarifes es farà en la forma que reglamentàriament es determini. No obstant, a data d'avui encara no s'ha aprovat aquesta normativa reglamentària.

Tanmateix, en relació a la fixació de tarifes elèctriques, és d'observar que, en ser el mercat elèctric un mercat regulat, la seva determinació per part dels poders adjudicadors (ens locals) se subjectarà als condicionants específics d'aquest mercat.

3) **Més del 80% de les activitats** del mitjà propi personificat conjunt ha de dur-se a terme en l'exercici dels encàrrecs realitzats pels poders adjudicadors (ens locals) que el controlen (art. 34.2.b) LCSP).

Quant al càlcul d'aquest 80%, l'article 34.2.c) de la LCSP disposa que:

“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.”

Per tant, el mitjà propi personificat conjunt només pot actuar en el lliure mercat, realitzant prestacions a terceres persones, en un percentatge inferior al 20% de les seves activitats²⁰.

4) En cas que el mitjà propi personificat conjunt sigui un ens de personificació jurídica privada, a més, la totalitat del seu capital o patrimoni haurà ser de titularitat o aportació pública. És a dir que, si es tracta d'una societat de capital, aquest **no pot tenir participació directa de capital privat** en el seu capital social (art. 32.4.c) LCSP).

5) El mitjà propi personificat haurà de disposar de **mitjans** (personals i materials) **suficients i adequats** per realitzar les prestacions en el sector de l'activitat corresponent al seu objecte social (article 32.2.d) de la LCSP i article 86.2 de la LRJSP²¹.)

En aquest sentit, cal tenir present que el mitjà propi personificat no pot, per regla general, subcontractar amb tercers més enllà del 50% de la quantia dels encàrrecs que rebi (article 32.7 de la LCSP).

6) Segons l'article 86.2 de la LRJSP, en el mitjà propi s'ha de donar alguna de les circumstàncies següents :

- ha d'ésser **una opció més eficient que la contractació pública** i ha de resultar **sostenible i eficaç, aplicant criteris de rendibilitat econòmica**; o bé,

²⁰ Sobre el còmput del 80% escau consultar la Circular Conjunta, de 22 de març de 2019, de l'Advocacia de l'Estat-Direcció General del Servei Jurídic de l'Estat i de la Intervenció General de l'Administració General de l'Estat sobre criteris per al càlcul del còmput del requisit d'activitat exigít per la LCSP en aquelles entitats que siguin considerades mitjans propis.

²¹ Veure exposició següent sobre l'àmbit subjectiu d'aplicació de l'article 86 de la LRJSP.

- ha de resultar **necessari per raons de seguretat pública o d'urgència** en la necessitat de disposar dels béns o serveis subministrats pel mitjà propi (no és el cas objecte del present assessorament).

La concurrència d'aquests requisits anteriors formarà part del **control d'eficàcia** dels mitjans propis.

A aquest efecte, en el supòsit de **creació d'un nou mitjà propi** la proposta de declaració de mitjà propi s'haurà d'acompanyar d'una **memòria justificativa que els acrediti**.

Així resulta de l'article 86.3 de la LRJSP, en la seva redacció introduïda per la disposició final 34.2 de la Llei 11/2020, de 30 de desembre, de Pressupostos generals de l'Estat per al 2021, el qual disposa que:

*"3. En el supuesto de **creación de un nuevo medio propio** y servicio técnico deberá acompañarse la propuesta de declaración de una **memoria justificativa que acredite** lo dispuesto en el apartado anterior y que, en este supuesto de nueva creación, deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado."*

No obstant, cal tenir en compte que la doctrina científica i administrativa no és pacífica sobre si l'article 86 de la LRJSP és un precepte d'aplicació només a l'Administració i sector públic de l'Estat o si, per contra, també s'aplica a les Administracions autonòmiques i locals i als seus respectius sectors públics.

Aquesta discussió té el seu origen en la diferent naturalesa jurídica de la LCSP (norma bàsica) i de l'article 86 de la LRJSP (norma no bàsica i aplicable exclusivament a l'Administració General de l'Estat i al sector públic estatal -D.F. 14a, apartat 2, LRJSP-), i en l'antinòmia o contradicció entre la redacció literal de l'article 32.1 de la LCSP i la de l'apartat 3 de la Disposició Final 4a de la LCSP²².

²² L'article 32.1 d la LCSP disposa que els mitjans propis personificats es regiran per aquest precepte legal, *"sin perjuicio de los requisitos establecidos **para los medios propios del ámbito estatal** en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público"*; mentre que l'apartat 3 de la D.F 4ª de la LCSP estableix que: *"3. En relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, **en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.**"*

A favor de la no aplicació inequívoca i directa de l'article 86 de la LCSP a les Administracions públiques i sectors públics diferents de l'Administració General de l'Estat i del sector públic estatal es pronuncia un sector doctrinal²³.

Així mateix, la Resolució 245/2018, de 21 de novembre, del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic considera que l'article 86.2 de la LRJSP no és d'aplicació a una encomana d'una entitat local a una societat instrumental pròpia. No obstant, la llibertat i discrecionalitat en la forma de gestió d'un servei no eximeix de justificar la seva decisió en raons d'eficiència i eficàcia:

*" (...) En aquest sentit, cal recordar que, amb independència de la no aplicació en aquest cas de les previsions de l'article 86.2 de la LRJSP, la motivació i justificació de l'encàrrec es configura com la més elemental eina de garantia de bon govern i bona administració, especialment vinculada al compliment del principi d'eficiència en l'assignació i utilització dels recursos públics (article 7 de la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera). Des d'aquesta perspectiva, **la motivació i la justificació de l'acord** esdevé un requisit de base per poder efectuar la revisió d'una decisió que, **si més no, ha d'implicar una escrupolosa observança de la concurrència dels requeriments exigits per tal de situar aquest negoci jurídic fora de l'abast de la normativa de contractació pública** i, per tant, de la seva exclusió de la licitació en el mercat obert (en aquest sentit, els informes de la Junta Consultiva de l'Estat núm. 65/2007, de 29 de gener de 2009, i 2/12, de 7 de juny de 2012).*

Efectivament, els poders públics disposen d'una àmplia llibertat i discrecionalitat per a l'adopció de la forma de gestió del servei, tal i com reconeixen les pròpies directives de 2014 (articles 1.4 de la Directiva 2014/24/UE i 2.1 de la Directiva 2014/23/UE), però aquesta capacitat d'elecció de la forma de gestió no els eximeix de justificar el recurs a la fórmula que sigui –gestió directa o indirecta– en termes, si més no, d'eficiència i eficàcia. La pròpia legislació de contractes exigeix, amb caràcter general, la necessitat de justificar degudament l'adequació de l'objecte contractual a les necessitats a satisfer, així com de justificar la configuració dels elements essencials del disseny de la contractació (articles 22 i concordants del TRLCSP i 28 i concordants de la LCSP)."

Per contra, a favor de l'aplicació de l'article 86 de la LRJSP a tots els poders adjudicadors, i no només als d'àmbit estatal, es pronuncia la Resolució 41/2019, de 19 de febrer, del Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia, segons la qual:

²³ FERNÁNDEZ RAMOS, S. i PÉREZ MONGUIÓ, J.M^a, Op. cit., pàgs. 9 i 10.

*“Para resolver esta antinomia, y dado que la misma se produce no entre dos normas, con lo que no cabría acudir a las reglas habituales de resolución de los conflictos de leyes (lex posterior derogat lex anterior; ley especial preferente a ley general; etc...), sino dentro de una misma norma, habremos de acudir a las reglas de la lógica. De esta manera caben en principio dos soluciones: o bien entender que, pese a lo dispuesto en la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, el régimen jurídico previsto en la Ley 40/2015 para los medios propios se aplica exclusivamente a aquellos de ámbito estatal, o bien **entender que pese a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la LCSP, dicho régimen también resulta de aplicación a los medios propios de todos los poderes adjudicadores, y no solo a los de ámbito estatal.***

Este Tribunal considera que la solución debe ser esta última, partiendo en primer lugar del carácter básico de la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, y en consecuencia, de su aplicación a todos los poderes adjudicadores y a sus medios propios; y en segundo lugar porque la primera solución dejaría vacío de contenido lo dispuesto en la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, lo que sería contrario al principio de efectividad de las normas.

En consecuencia, el artículo 86 de la Ley 40/2015 ha de entenderse aplicable a las Comunidades Autónomas.”

En el mateix sentit es pronuncia un sector de la doctrina científica²⁴.

Per la seva part, de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 1921/2022, de 20 de maig de 2022, es desprèn que l'article 86 de la LRJSP és aplicable a les Administracions locals de Catalunya, en declarar que:

*“Finalmente, y para dar respuesta a las cuestiones planteadas en el proceso, debemos indicar que la controversia sobre la mejor rentabilidad o eficiencia del servicio, ampliamente debatida en estos autos y examinada en la resolución del TCCSP que se impugna, debe analizarse en sede de cambio de modelo de gestión, de indirecta a directa, y no tanto en la formalización del encargo a medios propios que es la actividad impugnada en este proceso. En este punto, como se indicaba en la Sentencia de esta Sala y Sección número 3719/2021, de 17 de septiembre, **la prestación del servicio por medio propio exige el requisito de que esa prestación sea más eficiente que la gestión indirecta en los términos establecidos en el art. 86 de la LRJSP, por lo que la Administración debe acreditar esa mayor eficacia antes de atribuir a un medio propio la gestión del servicio.***”

²⁴ NOGUERA DE LA MUELA, Belén: “Los encargos a medios propios personificados como técnica de autoprovisión administrativa en el sistema jurídico europeo y español de contratación pública”, en l'obra col·lectiva “La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos”, ed. Marcial Pons, Madrid 2022, pàgs. 46 i 47.

Per tant, a efectes pràctics i per un criteri de prudència, **cal entendre que l'article 86 de la LRJSP és d'aplicació a totes les Administracions públiques i a tots els sectors públics.**

En aquest sentit, la Resolució de 16 de maig de 2019 de la Intervenció General de l'Administració de l'Estat, per la que s'aprova la Instrucció per a l'elaboració de l'informe a emetre en virtut de l'article 86.3 de la LRJSP, exigeix, respecte de l'acreditació del requisit de ser *“una opció més eficient”*, que la memòria justificativa esmentada en aquell precepte haurà de:

“(...) aportar la información y documentación que permita acreditar que se cumplen dichos extremos, acompañando, entre otros, y a título meramente enunciativo, estudios comparativos de mercado, análisis de rentabilidad, certificados de buena ejecución de los encargos realizados en el periodo anterior a un año o cualquier otro que permita su acreditación.”

D'aquesta manera, l'acreditació, mitjançant una memòria justificativa, del requisit de la major eficiència dels encàrrecs als mitjans propis personificats envers la contractació pública **s'exigeix en el moment de la creació del mitjà propi, però no, en canvi, per cada un dels encàrrecs realitzats a una entitat** que ja té la condició de mitjà propi.

Així ho ha declarat la doctrina administrativa de forma majoritària com, entre altres, en la Resolució 1106/2019, de 7 d'octubre, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, l'Informe 52/2021, de 7 de maig, de l'Advocacia de l'Estat, o la Resolució núm. 323/2021, de 15 de juliol, del Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid.

De l'abans exposat es conclou que, si bé la utilització del mitjà propi personificat ha de comportar de forma general una opció més eficient que la contractació pública, no sembla que aquest requisit s'hagi d'acreditar cada vegada per a cada encàrrec concret.

Ara bé, una cosa és que no calgui, en principi, haver de preparar una memòria justificativa per a cada encàrrec, i una altra ben diferent que no sigui prudent i convenient fer-ho o, almenys, elaborar un estudi econòmic que permeti acreditar la major eficiència econòmica de l'encàrrec respecte de la contractació pública, atès que l'eficiència i economia en l'assignació i utilització dels recursos públics és un

principi general que presideix tota actuació administrativa (entre altres, articles 31.2 de la Constitució, 3.1.j) de la LRJSP, 7 de la Llei Orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'Estabilitat Pressupostaria i Sostenibilitat Financera) i, en particular, la contractació del sector públic (entre altres, articles 1, 28, 99 i 145.2 de la LCSP).

7) Els encàrrecs que facin els poders adjudicadors al seu mitjà propi personificat conjunt **no tindran la consideració jurídica de contractes**, però hauran de complir l'establert a l'article 32.6 LCSP:

- El mitjà propi personificat haurà d'haver **publicat a la Plataforma de Contractació** corresponent la seva **condició de mitjà propi, respecte de quins poders adjudicadors té aquesta condició, i els sectors d'activitat** en els que, estant compresos en el seu objecte social, seria apte per executar les prestacions que vagin a ser objecte d'encàrrec.
- Els encàrrecs hauran de ser objecte de **formalització en documents** que seran **publicats a la Plataforma de Contractació** corresponent en els supòsits previstos en l'article 63.6 LCSP. Els documents de formalització dels encàrrecs establiran **el termini de duració** dels mateixos.

III.3.2.- Requisits de caràcter formal (art. 32.4.c) i 32.2.d) de la LCSP).

Conforme als articles 32.4.c) i 32.2.d) de la LCSP i a l'article 86.2 de la LRJSP, els Estatuts del mitjà propi personificat conjunt a crear o al que es vulguin incorporar els ens locals han de reunir una sèrie de requisits formals, com són els següents:

1) Els Estatuts del mitjà propi personificat conjunt han de **reconèixer expressament la seva condició de mitjà propi** i han de **determinar respecte de quins poders adjudicadors (ens locals) té aquesta condició**.

Per a què els Estatuts del mitjà propi puguin reconèixer la condició de mitjà propi, **caldrà que prèviament els poders adjudicadors (ens locals) dels que depèn o va dependre el mitjà propi**:

- donin la seva **conformitat o autorització expressa** i
- **verifiquin** que el que vagi a ser **el seu mitjà propi personificat compta amb els mitjans personals i materials apropiats per la realització dels encàrrecs**

de conformitat amb el seu objecte social. Es presumirà que es compleix aquest requisit quan el mitjà propi personificat hagi obtingut la corresponent classificació respecte als Grups, Subgrups o Categories que ostenti.

Per tant, aquest requisit s'exigeix **tant respecte dels mitjans propis de nova creació com respecte dels ja constituïts**, de manera que cada ens local haurà d'elaborar **un informe o memòria justificativa** que acrediti aquests requisits per tal que pugui verificar el seu compliment i, en conseqüència, pugui donar la seva conformitat o autorització perquè els Estatuts del mitjà propi personificat conjunt puguin declarar que aquest és mitjà propi personificat dels mateixos.

2) Els Estatuts han de precisar el règim jurídic administratiu dels encàrrecs que es puguin conferir al mitjà propi personificat i han d'establir que els poders adjudicadors (ens locals) dels que depèn poden conferir al mitjà propi personificat encàrrecs que seran d'execució obligatòria per aquest.

3) Els Estatuts han d'establir la impossibilitat que el mitjà propi personificat participi en les licitacions públiques convocades pels poders adjudicadors dels que depèn, sens perjudici que, quan no concorri cap licitador, se li pugui encarregar l'execució de la prestació objecte d'aquelles.

4) Els Estatuts han d'incloure en la denominació social del mitjà propi personificat necessàriament la indicació "*Mitjà Propi*" o la seva abreviatura "*MP*" (article 86.2 de la LRJSP).

III.3.3.- Conseqüències de la manca de compliment dels anteriors requisits.

Cal tenir present que l'incompliment dels requisits anteriors dels mitjans propis personificats -que, recordem, són d'interpretació estricta-, no només comporta una vulneració de les normes de contractació del sector públic, amb les conseqüències que es deriven d'aquesta vulneració, sinó també, quan implica una lesió injustificada dels principis de concurrència i competència en el mercat, pot arribar a constituir una infracció del Dret de la competència²⁵.

²⁵ GRAU I ARNAU, S: "*Decisiones de las Administraciones Públicas relativas a la gestión de los servicios públicos desde la perspectiva de la política de competencia*", en l'obra col·lectiva "La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos", ed. Marcial Pons, Madrid 2022, pàg. 193.

Això és així ja que, com han declarat, entre altres, les Sentències del TJUE de 12 de juny de 2012, assumpte C-138/11, *Compass-Datenbank*, i de 28 de febrer de 2013, assumpte C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, i la Sentència del Tribunal Suprem nº 3525/2016, de 18 de juliol, les Administracions públiques se subjecten a la normativa de defensa de la competència quan actuen com operadors econòmics (qualsevol que sigui la forma jurídica amb la que es realitzi una activitat econòmica), atès que la seva conducta té capacitat per incidir en el mercat i restringir la competència.

En concret, la doctrina científica²⁶ identifica els següents entorns de risc d'infracció de normes de competència: (i) els acords anticompetitius, per infracció de l'article 1 de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de Defensa de la Competència (LDC) i de l'article 101 del Tractat de Funcionament de la UE (TFUE); (ii) l'abús de posició de domini (ex article 2 de la LDC i article 102 del TFUE; i (iii) l'aplicació del règim d'ajuts d'Estat en els termes de l'article 107 del TFUE.

En aquest sentit, des de la perspectiva del Dret de competència, en l'elecció de l'opció dels mitjans propis personificats cal observar el següent²⁷:

- No es pot obviar una anàlisi de competència, consistent en **sospesar el cost**, en termes de perjudici per a la competència efectiva en el mercat, **de les activitats a dur a terme i els beneficis per l'interès general que aquestes persegueixen**, tot valorant la necessitat, proporcionalitat, mínima distorsió i no discriminació de les restriccions a la competència.
- Fonamentar l'elecció en **criteris d'eficiència**, amb l'objectiu d'oferir als ens locals el millor servei possible en termes de preu, qualitat, sostenibilitat i fiabilitat.
- Si es produeixen sacrificis del principi de competència en el mercat, l'elecció ha de ser sempre **conscient, raonada i motivada**, de manera que no incorpori restriccions injustificades a la competència. A aquest efecte, es poden considerar aspectes com un alt nivell de qualitat, seguretat i accessibilitat econòmica, la igualtat de tracte i la promoció de l'accés

²⁶ GRAU I ARNAU, S.: *Op. cit.*, pàgs. 194 a 199.

²⁷ GRAU I ARNAU, S.: *Op. cit.*, pàgs. 203 a 205.

universal i dels drets dels usuaris en els serveis (ex article 2.1 de la Directiva 2014/23/UE).

L'opció al mitjà propi pot ser un instrument necessari o idoni per a l'assoliment de finalitats d'interès general. Així, per exemple, el Reial Decret-Llei 36/2020, de 30 de desembre, pel que s'aproven mesures urgents para la modernització de l'Administració Pública i per a l'execució del Pla de Recuperació, Transformació i Resiliència, preveu el recurs al mitjà propi personificat com a una opció adequada per a assolir les finalitats d'aquest Pla²⁸.

No obstant, cal respectar de forma estricta la normativa reguladora dels mitjans propis per tal d'evitar alterar les condicions de competència en el mercat.

III.4.- Procediment a seguir.

La LCSP no regula específicament el procediment per a crear un ens públic o per a incorporar-se a un ens públic ja constituït que pugui tenir la qualificació legal de mitjà propi personificat conjunt.

Tanmateix, atès que la creació d'un nou ens públic o la incorporació en un ja existent implica l'exercici d'una nova iniciativa econòmica local per part dels ens locals interessats, el procediment és el mateix abans descrit per a l'exercici d'aquesta iniciativa pública i, en el qual, en el moment de determinar la forma de gestió d'aquesta iniciativa mitjançant una personificació jurídica, s'ha de contenir la

²⁸ En efecte, disposa el seu article 55 que:

" Artículo 55. Encargos a medios propios.

*Para la aplicación de los fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia los poderes adjudicadores y las entidades contratantes **podrán organizarse ejecutando de manera directa** prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obra y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, **valiéndose de un medio propio** en aplicación de lo establecido en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, previo encargo a éste, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, o al artículo 25 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, según proceda, no siendo exigible en estos casos la autorización del Consejo de Ministros previa a la suscripción de un encargo prevista en el artículo 32.6.c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre."*

regulació específica necessària d'aquest ens a constituir o a incorporar-se per tal que pugui tenir la consideració legal de mitjà propi personificat conjunt.

D'aquesta manera, en el mateix expedient d'iniciativa econòmica local s'haurà de justificar i acreditar que en l'ens a crear o a incorporar-se concorren tots els requisits materials i formals dels mitjans propis abans exposats exigits per la LCSP i la LRJSP.

Per tant, en aquest expedient caldrà:

- Elaborar i incorporar un informe o memòria justificativa que acrediti que el mitjà propi personificat que es proposa per dur a terme la nova l'activitat econòmica local (i) compta amb els mitjans personals i materials apropiats per la realització dels encàrrecs de conformitat amb el seu objecte social, i (ii) els encàrrecs al mitjà propi personificat són una opció més eficient que la contractació pública i resulten sostenibles i eficaços, aplicant criteris de rendibilitat econòmica.

I això als efectes de verificar el compliment d'aquest requisit i que, en conseqüència, es pugui donar la conformitat o autorització perquè els Estatuts del mitjà propi personificat conjunt puguin declarar que aquest és mitjà propi personificat dels corresponents ens locals.

- En cas que el nou ens a crear o l'ens existent a incorporar-se te una forma de personificació jurídica privada, acreditar o fer constar que la totalitat del seus capital o patrimoni serà o és de titularitat o aportació pública.
- Proposar el text dels Estatuts del nou ens públic a crear o la modificació dels Estatuts de l'ens públic a incorporar-se que siguin exigibles a aquest efecte, així com, si escau, els pactes para-socials o de socis necessaris a aquest efecte.
- Manifestar que a la Plataforma de Contractació corresponent es publicarà la seva condició de mitjà propi, respecte de quins poders adjudicadors té aquesta condició, i els sectors d'activitat en els que, estant compresos en el seu objecte social, seria apte per executar les prestacions que vagin a ser objecte d'encàrrec.

Sense perjudici del compliment de tots els requisits legals, cal destacar que és essencial que es motivi adequadament que el mitjà propi personificat (i) te per objecte cobrir unes necessitats públiques, (ii) respon a criteris d'eficiència econòmica, (iii) no restringeix la competència en el mercat i que (iv), en cas que comporti algun sacrifici del principi de competència, aquest sigui conscient, raonat i justificat en finalitats d'interès general o en l'assoliment de beneficis socials.

IV.- DESCRIPCIÓ DELS ENS PÚBLICS EXISTENTS QUE DESENVOLUPEN SERVEIS RELACIONATS AMB L'ENERGIA ELÈCTRICA COM A MITJÀ PROPI DELS PODERS ADJUDICADORS DELS QUE DEPENEN. VIABILITAT, FONAMENTACIÓ JURÍDICA, REQUISITS LEGALS I PROCEDIMENT A SEGUIR EN RELACIÓ A LA MODIFICACIÓ DELS MATEIXOS PER ESDEVENIR MITJÀ PROPI DELS ENS LOCALS.

IV.1.- Ens públics existents que desenvolupen serveis relacionats amb l'energia elèctrica com a mitjà propi dels poders adjudicadors dels que depenen. Descripció.

En el present estudi es consideren els dos ens públics catalans d'àmbit territorial més ampli, com són:

- Tractament i Selecció de Residus, S.A (TERSA).
- Energies Renovables Públiques de Catalunya, SAU (L'Energètica).

IV.1.1.- Tractament i Selecció de Residus, S.A (TERSA).

IV.1.1.1.- Principals característiques legals i estatutàries.

D'acord amb els seus Estatuts, TERSA té les següents **característiques principals**:

- 1) És una societat de capital de caràcter local amb forma de Societat Anònima, subjecta a la legislació de Societats de capital, de Règim Local, l'altra normativa aplicable i als seus Estatuts (*article 1 dels Estatuts*).
- 2) TERSA té una **doble naturalesa jurídica** (*articles 1 i 1 bis dels Estatuts*):

TODA & NEL-LO

- com a ens de gestió directa o entitat funcional descentralitzada de l'Ajuntament de Barcelona i de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (**AMB**) per a l'exercici de les competències i gestió dels respectius serveis i activitats públiques locals;
 - com a mitjà propi personificat de l'Ajuntament de Barcelona, de Barcelona de Serveis Municipals, S.A. (BSM, SA), de l'Ajuntament de Sant Boi de Llobregat, de l'Ajuntament de Sant Feliu de Llobregat, de l'Ajuntament de Sant Vicenç dels Horts, de l'Ajuntament d'Esplugues de Llobregat, de l'Ajuntament de Sant Just Desvern, de l'Ajuntament del Papiol i de l'Ajuntament de Santa Coloma de Gramenet, així com de les entitats que en depenen o hi estan vinculades, i de l'AMB.
- 3) D'acord amb la seva doble naturalesa, TERSA també té un **doble objecte social** (*article 2 dels Estatuts*):
- Com a entitat funcional descentralitzada de l'Ajuntament de Barcelona i de l'AMB, té per objecte l'exercici de les competències i la gestió directa dels respectius serveis i activitats públiques locals següents:
 - a) la gestió, tractament, aprofitament, eliminació i valorització de residus sòlids i assimilables, que compren també la logística, el triatge, l'emmagatzematge, l'ús energètic, el reciclatge, la recuperació i la comercialització dels residus i subproductes, la disposició de la deixalla;
 - b) tota classe d'activitats que fan referència a gestió d'infraestructures de residus i a sistemes de gestió i aprofitament dels mateixos;
 - c) la planificació i execució d'obres i prestació de serveis públics en els àmbits del medi ambient i els residus, així com la gestió i explotació de les esmentades obres i serveis;
 - d) la promoció i organització d'accions formatives i de conscienciació públiques en relació amb el medi ambient.

TODA & NEL-LO

- Com a mitjà propi personificat de diversos poders adjudicadors, també té per objecte la realització dels següents serveis i activitats:
 - a) l'estudi, desenvolupament i explotació de les tecnologies urbanes i els seus derivats;
 - b) l'estudi, desenvolupament i realització de tot tipus d'activitats, subministraments, obres i serveis relacionats amb l'energia elèctrica, respectant les exigències de separació d'activitats i comptes exigits per la normativa elèctrica que resulti d'aplicació;
 - c) l'estudi, desenvolupament i realització de tot tipus d'activitats, obres i serveis relacionats amb altres energies;
 - d) la promoció, construcció i gestió d'infraestructures i instal·lacions relacionades amb els serveis per l'abastament d'energia;
 - e) la prestació de serveis tècnics d'enginyeria i de serveis de consultoria i assistència tècnica en els camps del medi ambient.
- 4) El termini de durada de TERSA és de 50 anys, a partir de l'1 de març de 1983, dia en què van començar les seves operacions.

Una vegada expirat el termini de durada, les instal·lacions, béns i materials integrants dels serveis públics que es presten revertiran, en condicions normals d'ús, als titulars dels serveis. Els restants actius i passius de la Societat revertiran a les entitats locals participants en proporció a la seva respectiva participació (*article 4 dels Estatuts*).

- 5) El capital social es fixa en 12.861.839,34 euros, representant per 214.003 accions nominatives de 60,101210 euros de valor nominal cadascuna, totes elles subscrietes i desemborsades en la seva totalitat i numerades de l'1 al 214.003 ambdós inclosos (*article 5 dels Estatuts*).
- 6) S'estableix per a la vàlida adopció d'acords per part de la Junta General un quòrum reforçat de votació de les dues terceres parts del capital assistent o representat i de vots els següents acords (*article 10 dels Estatuts*) :

TODA & NEL-LO

- a) Aprovació de l'augment o disminució de capital de la Societat.
 - b) Aprovació de la modificació dels Estatuts de la Societat.
 - c) Aprovació dels balanços de la companyia.
 - d) Aprovació dels comptes anuals i distribució del resultat.
 - e) Censura de la gestió social.
 - f) Determinació dels objectius estratègics i la presa de decisions significatives de la Societat.
 - g) Nomenament dels membres del Consell d'Administració.
 - h) Separació d'accionistes.
 - i) Aprovació dels pressupostos, les inversions, dels projectes o dels termes o condicions de la gestió dels serveis o activitats que afecten els encàrrecs de l'Àrea Metropolitana de Barcelona.
 - j) Aprovació de la reducció o ampliació de la participació de TERSA en altres empreses, quan actua per compte de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (ecoparcs, gestora de runes, etc.).
 - k) La delegació a altres òrgans de la Societat de qualsevol competència o de les facultats esmentades, llevat que es tracti de competències indelegables. Respecte dels acords que afectin els objectius estratègics i decisions significatives de la Societat referents als encàrrecs dels ajuntaments de Sant Boi de Llobregat, de Sant Feliu de Llobregat, de Sant Vicenç dels Horts, d'Esplugues de Llobregat, de Sant Just Desvern, del Papiol i/o de Santa Coloma de Gramenet, per a la vàlida adopció d'aquests acords caldrà el vot favorable dels expressats ajuntaments afectats.
- 7) El Consell d'Administració és l'òrgan de gestió i representació permanent de la Societat (*article 15 dels Estatuts*).

Es compondrà d'un mínim de set i un màxim de quinze consellers i conselleres nomenats per la Junta General per un termini de cinc anys, podent ser reelegits indefinidament. El càrrec d'administrador és gratuït (*article 16 dels Estatuts*).

Els acords que afectin la delegació de facultats en el conseller delegat o consellera delegada i apoderaments en el gerent o la gerent, així com la gestió dels serveis encomanats per l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB), hauran de ser adoptats amb el vot favorable de dues terceres parts dels consellers o conselleres presents o representats.

TODA & NEL-LO

Els acords relatius als objectius estratègics i decisions significatives de la Societat referents als encàrrecs dels ajuntaments de Sant Boi de Llobregat, de Sant Feliu de Llobregat, de Sant Vicenç dels Horts, d'Esplugues de Llobregat, de Sant Just Desvern, del Papiol i/o de Santa Coloma de Gramenet, hauran de ser aprovats amb el vot favorable del conseller designat a proposta dels esmentats ajuntaments (*article 17 dels Estatuts*).

- 8) El gerent o la gerent serà nomenat, remogut o reelegit per la Junta General, i el seu càrrec tindrà una durada de deu anys (*article 18 dels Estatuts*).

IV.1.1.2.- Aspectes empresarials de TERSA.

TERSA és una empresa en funcionament des de l'any de la seva constitució a l'any 1983, amb una àmplia estructura de recursos personals i materials i amb una activitat consolidada. Té dos empreses filials: SEMESA i SIRESA.

Quant als principals aspectes empresarials de TERSA, podem destacar el següent:

- 1) Segons els Comptes Anuals de 2022, en el 2022 TERSA ha tingut una facturació de 139M d'euros, un patrimoni net de 83M i una plantilla mitjana de 143 persones.
- 2) En les activitats de TERSA, d'acord amb els seus Estatuts, concorren dos tipus de negocis principals: (i) els provinents de la gestió i valorització dels residus urbans de l'àrea metropolitana de Barcelona, atès que aquest és un servei públic local competència de l'AMB; (ii) els provinents dels encàrrecs dels poders adjudicadors dels que depèn com a mitjà propi personificat.
- 3) La pràctica totalitat de l'activitat de TERSA com a mitjà propi (tot excloent del còmput la seva activitat com a ens descentralitzat de gestió de servei públic²⁹) es realitza pels encàrrecs que rep dels poders adjudicadors dels que depèn.

²⁹ Per així resultar de la Circular Conjunta, de 22 de març de 2019, de l'Advocacia de l'Estat-Direcció General del Servei Jurídic de l'Estat i de la Intervenció General de l'Administració General de l'Estat sobre criteris per al càlcul del còmput del requisit d'activitat exigida per la LCSP en aquelles entitats que siguin considerades mitjans propis.

- 4) La pràctica totalitat de l'activitat de TERSA es realitza amb els seus recursos propis, essent la subcontractació d'escassa rellevància en el conjunt de les seves despeses, la part més rellevant a les empreses filials: SEMESA i SIRESA.
- 5) El preu de subministrament de l'energia elèctrica és reduït gràcies a un PPA financer basat en el cost de l'energia produïda per TERSA.

IV.1.1.3.- TERSA com a mitjà propi personificat.

D'acord amb l'anterior, es pot entendre que TERSA reuneix els requisits legals dels mitjans propis personificats, principalment: control conjunt anàleg per part dels poders adjudicadors dels que depèn, disposa de recursos personals i materials escaients per dur a terme l'objecte de la seva activitat, realitza en el mercat lliure menys del 20% de la seva activitat, compleix el requisit d'eficiència econòmica (acreditat en el seu moment en l'expedient administratiu de Barcelona Energia i en virtut d'una PPA financera), es reconeix expressament en els seus Estatuts la condició de mitjà propi personificat de diverses administracions locals i dels seus poders adjudicadors, té un àmbit territorial (l'àrea metropolitana de Barcelona) ampli, però aquest és purament local (termes municipals de l'àrea metropolitana) i delimitat.

IV.1.2.- Energies Renovables Públiques de Catalunya, SAU ("L'Energètica")

IV.1.2.1.- Principals característiques legals i estatutàries.

La constitució de la societat **Energies Renovables Públiques de Catalunya, SAU ("Energètica")** es va aprovar per Acord del Govern de la Generalitat de Catalunya núm. 199/2022, de 4 d'octubre, el qual també va aprovar els seus Estatuts.

Conforme als esmentats Acord de Govern i Estatuts, aquesta empresa pública de la Generalitat té les següents **característiques principals**:

- 1) L'Energètica és una Societat Anònima Unipersonal (SAU) constituïda amb un capital social de 60.000 euros i participada al 100% per la Generalitat, i quedarà adscrita al departament competent en matèria d'energia.

TODA & NEL-LO

(Articles 2.1. i 6 dels Estatuts; apartat 1 de l'Acord de Govern/199/2022)

- 2) La Societat es regeix pels seus Estatuts i per la LSC, sense perjudici de l'aplicació, quan escaigui, de la Llei de patrimoni de la Generalitat, la Llei de finances públiques de Catalunya, la Llei de l'Estatut de l'empresa pública catalana, les lleis de pressupostos de la Generalitat de Catalunya, la Llei de contractes del sector públic i la resta de disposicions normatives aplicables. Les referències relatives a les normes esmentades aplicables a la societat, s'entenen efectuades també a les normes que, si s'escau, les substitueixin.

El règim jurídic de contractació de la Societat s'ajustarà a allò previst en la normativa reguladora de contractes del sector públic social. En aquest sentit, se subjecta a la normativa aplicable als poders adjudicadors del sector públic.

(Article 2, apartats 2 i 3, i article 3.2., "in fine", dels Estatuts)

- 3) Té la consideració de mitjà propi personificat de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i del seu sector públic, **sempre que es compleixin les condicions previstes als articles 32 i 33 de la LCSP.**

Aquesta **condició de mitjà propi personificat s'estableix per** a l'activitat de comercialització, venda i emmagatzematge de l'energia elèctrica generada a través d'instal·lacions de producció d'electricitat per mitjà de fonts d'energia renovables.

(Article 2.4 dels Estatuts)

- 4) L'Energètica té per objecte la realització de tot tipus d'activitats, obres i serveis relacionats amb l'energia elèctrica i amb tot tipus d'energies renovables, incloent les activitats següents:

"a) La producció d'energia elèctrica procedent de fonts d'energia renovables.

b) La promoció, gestió, explotació, manteniment i comercialització d'instal·lacions de generació d'electricitat a través de fonts d'energia renovables.

TODA & NEL-LO

- c) *La comercialització, venda i emmagatzematge de l'energia elèctrica generada a través d'instal·lacions de producció d'electricitat per mitjà de fonts d'energia renovables.*
- d) *Promoure i participar en la creació de comunitats d'energies renovables i comunitats ciutadanes d'energia.*
- e) *La participació en la propietat o en el finançament de projectes de generació renovable.*
- f) *La participació en la prestació del servei de recàrrega de vehicles elèctrics i de serveis d'injecció d'energia a la xarxa procedent de vehicles elèctrics.*
- g) *La realització d'estudis i investigacions relacionades amb les energies renovables i amb les tecnologies aplicables a aquesta activitat."*

(Article 3.1. dels Estatuts)

- 5) Aquestes activitats es desenvolupen amb la finalitat de garantir la generació i el proveïment energètic, principalment de la Generalitat de Catalunya (si bé, també del seu sector públic), mitjançant la generació i el subministrament d'energies d'origen renovable sota criteris d'interès general i interès públic, i, preferentment, seguint un model distribuït.

(Article 3.4. dels Estatuts)

La societat exercirà les seves funcions d'acord amb la separació de les activitats previstes a la LSE.

(Preàmbul de l'Acord del Govern/199/2020, "in fine")

- 6) Així mateix, aquestes activitats poden ser dutes a terme (i) per la societat de manera directa o bé de manera indirecta a través de la titularitat d'accions o de participacions en altres societats amb un objecte social anàleg, i se subjectaran en qualsevol cas a les disposicions legals aplicables en cada moment i, en particular, a la normativa sobre separació d'activitats regulades, o bé (ii) per terceres persones amb les quals contracti de conformitat amb la normativa aplicable als poders adjudicadors del sector públic.

(Article 3, apartats 2 i 3 dels Estatuts)

TODA & NEL-LO

- 7) L'Energètica està constituïda per temps indefinit, i les seves operacions socials s'iniciaran en la data d'atorgament de l'escriptura de constitució, llevat de les activitats subjectes a autorització administrativa, que comencen a partir del moment en què s'atorgui l'autorització.

(Article 5 dels Estatuts)

- 7) L'àmbit territorial de l'Energètica s'estén a tot el territori de Catalunya, doncs el sector públic de la Generalitat de Catalunya opera en tot el seu àmbit de competències.

A més, conforme als seus Estatuts, "el Consell d'Administració està facultat per traslladar el domicili de la societat a una altra població ubicada dins l'àmbit de Catalunya, i per establir, traslladar o suprimir oficines, delegacions, sucursals o agències, a qualsevol lloc, amb les funcions, facultats i modalitats de funcionament que el Consell esmentat determini."

(Article 4 dels Estatuts)

- 8) En tractar-se d'una Societat Anònima Unipersonal:

- No es regula amb detall el funcionament de la Junta General ni s'estableixen quòrums de constitució ni d'adopció d'acords reforçats.

(Articles 16 i 17 dels Estatuts)

- No s'estableixen quòrums de constitució ni d'adopció d'acords reforçats en la regulació del seu Consell d'Administració, llevat del supòsit de l'aprovació o modificació del Reglament del Consell d'Administració, el qual té caràcter potestatiu.

(Articles 30, 31 i 32 dels Estatuts)

- 9) El Consell d'Administració es compon d'un mínim de cinc i un màxim de deu membres, amb càrrec no retribuït, nomenats per cinc anys, renovables una vegada, per la Junta General d'Accionistes.

TODA & NEL-LO

(Articles 23 i 24 dels Estatuts)

- 10) La modificació dels Estatuts de l'Energètica s'efectuarà de conformitat amb l'Estatut de l'empresa pública catalana i la LSC.

(Article 39 dels Estatuts)

IV.1.2.2.- Missió i objectius d'interès públic general de l'Energètica.

D'altra banda, d'acord amb el preàmbul de l'Acord de Govern/199/2022, l'Energètica es crea amb una **missió i objectius d'interès públic general**, el que ve a ser la motivació i justificació pública la necessitat i conveniència d'aquesta empresa pública de la Generalitat.

En essència aquesta missió i objectius són els següents:

- Eina clau per accelerar la transició energètica a Catalunya amb l'objectiu de reduir les emissions de gasos amb efecte d'hivernacle en un 55% l'any 2030 i arribar a la neutralitat d'emissions de carboni l'any 2050.
- Respon a un model energètic distribuït, democràtic, amb cohesió territorial i participat per la ciutadania, per al qual esdevé fonamental disposar d'un instrument públic amb capacitat inversora en la generació elèctrica, els serveis de recàrrega del cotxe elèctric, els serveis d'emmagatzematge, els serveis d'agregació de demanda flexible i els serveis de comercialització lligats a aquests nous models econòmics.
- Té per missió aprofitar el potencial renovable de les instal·lacions, edificacions i infraestructures de la Generalitat de Catalunya i el seu sector públic per satisfer principalment les demandes de consum propi i, d'aquesta manera, contribuir a la implantació d'un model energètic distribuït, democràtic, amb cohesió territorial i participat per la ciutadania.
- La seva activitat se centrarà en les activitats de generació i de comercialització d'energia renovable. En essència, els objectius de la nova empresa han de ser els de comercialitzar energia procedent de fonts d'energia renovables, subministrant-la, com a mitjà propi, a l'Administració de la Generalitat i el seu

sector públic; i generar energia procedent de fonts d'energia renovables aprofitant el potencial renovable de les instal·lacions, edificacions i infraestructures de la Generalitat de Catalunya i el seu sector públic.

- Podrà contribuir mitjançant una política d'aprovisionament energètic que permeti la compra d'energia renovable amb acords bilaterals a generadors locals i la inversió en generació pròpia en terrenys i sostres propietat de la Generalitat, o bé amb la participació en la propietat de projectes de generació.

IV.1.2.3.- Aspectes empresarials de l'Energètica.

A diferència de TERSA, que és una realitat empresarial, l'Energètica s'acaba de constituir, sense que es tingui coneixement de si disposa ja o no de recursos personals i materials suficients i adequats per a desenvolupar les activitats incloses en el seu objecte social. No obstant, segons la informació facilitada per l'Energètica, comptarà amb el personal i els permisos suficients i estarà operativa a partir del setembre d'enguany.

També es desconeix quin és el seu pla de negoci i de quina manera finançarà les seves activitats, ni si actuarà o no en règim de lliure competència en el mercat. També, segons la informació facilitada, el Pla d'empresa està en licitació i estarà finalitzat a l'octubre de 2023, tot preveient-se que el finançament de les seves activitats es farà amb la producció i la venda d'energia elèctrica, actuant només pel sector públic català, sense activitat amb clients privats.

IV.1.2.4.- L'Energètica com a mitjà propi.

Com hem vist, l'Energètica, a data d'avui, és un mer instrument empresarial purament formal, encara buit de contingut, pendent de concretar i de desenvolupar des d'un punt de vista material o empresarial. No obstant, segons la informació facilitada, començarà a tenir operativitat empresarial a partir de setembre d'enguany.

Segons l'article 2.4 dels seus Estatuts, la consideració de l'Energètica com a mitjà propi personificat de l'Administració de la Generalitat i del seu sector públic està

condicionada a que compleixi els requisits dels articles 32 i 33 de la LCSP, ja analitzats amb anterioritat a aquest estudi.

Per tant, a data d'avui, i fins que es compleixin -i a més de forma estricta- aquells requisits, no es pot considerar l'Energètica com a mitjà propi personificat de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i dels seu sector públic.

D'altra banda, respecte de l'assoliment per part de l'Energètica de la condició legal de mitjà propi de l'Administració de la Generalitat i del seu sector públic, es plantegen diversos dubtes o incerteses com, entre altres, els següents:

- (i) En desconèixer quin és el seu pla de negoci i de quina manera finançarà les seves activitats, ni com actuarà en el mercat, en l'actualitat no ens podem pronunciar sobre si complirà els requisits legals per tenir la consideració de mitjà propi personificat, o sobre si la seva activitat pot arribar a comportar restriccions no justificades en el mercat.

Tanmateix, segons resulta de l'Acord de Govern 199/2022, sembla clara la voluntat de la Generalitat de Catalunya que l'Energètica assoleixi la condició de veritable mitjà propi personificat de la seva Administració i del seu sector públic. A aquest efecte, caldrà estar al seu Pla d'empresa una vegada s'aprovi i es vagi implementant.

- (ii) Atès que l'article 2.4 dels seus Estatuts limita el reconeixement de l'Energètica com a mitjà propi personificat a unes activitats concretes del seu objecte social (comercialització, venda i emmagatzematge de l'energia elèctrica generada a través d'instal·lacions de producció d'electricitat per mitjà de fonts d'energia renovables), no estenent-se a totes elles, es genera el dubte de com es calcularà el còmput del 80% de l'article 32.2.b) de la LCSP.

Això és així perquè la resta d'activitats de l'objecte social, respecte de les quals l'Energètica no serà mitjà propi, no constitueixen funcions ni serveis públics, sinó activitats empresarials. En aquest sentit, es contempla la possibilitat que un mitjà propi desenvolupi al mateix temps funcions o serveis públics (en quin cas aquesta activitat no entra en el càlcul del còmput del 80%)³⁰, però

³⁰ Així ho preveu la Circular Conjunta, de 22 de març de 2019, de l'Advocacia de l'Estat-Direcció General del Servei Jurídic de l'Estat i de la Intervenció General de l'Administració General de l'Estat sobre criteris per al càlcul del còmput del requisit d'activitat exigida per la LCSP en

només activitats empresarials en el mercat sempre que siguin inferiors al 20% de les activitats del mitjà propi.

Tot l'anterior fa pensar que, a data d'avui, existeixen incerteses per tal de poder arribar a considerar l'Energètica com a un veritable mitjà propi personificat de l'Administració de la Generalitat i del seu sector públic, incerteses i dubtes que cal aclarir amb caràcter previ. Ara bé, com hem dit, cal partir de la voluntat del Govern que l'Energètica assoleixi la condició legal de mitjà propi personificat.

IV.2.- Viabilitat, fonamentació jurídica, requisits legals i procediment a seguir en relació a la modificació dels ens públics anteriors per esdevenir mitjà propi dels ens locals.

IV.2.1.- Consideració prèvia.

Tenint en compte les particularitats específiques actuals de TERSA, no sembla que sigui viable l'opció d'una entrada generalitzada dels ens locals de Catalunya com a accionistes d'aquesta Societat local, llevat que es tracti d'ajuntaments metropolitans.

En canvi, i sempre que es consideri adient i s'admeti per part de la Generalitat de Catalunya, podria semblar en principi una opció viable l'entrada dels ens locals catalans en l'Energètica, bàsicament, atès que, com s'ha dit, té com a àmbit de les seves activitats socials tot el territori de Catalunya.

Ara bé, la configuració de l'Energètica com a mitjà propi dels ens locals presenta alguns esculls a considerar i a treballar, com ara, les consideracions anteriors sobre l'assoliment per part de l'Energètica de la condició de mitjà propi; i, una vegada superades aquestes incerteses, el compliment del control conjunt anàleg per part d'una multitud d'ens locals amb una participació social minoritària o la mateixa amplitud de l'àmbit territorial d'actuació de l'Energètica, que també genera dubtes des del punt de vista del Dret de competència.

IV.2.2.- Entrada dels ens locals com accionistes de l'Energètica i modificació del Estatuts d'aquesta societat del sector públic de la Generalitat de Catalunya.

aquelles entitats que siguin considerades mitjans propis.

En el present subapartat partim de la premissa que, amb caràcter previ, l'Energètica arribi a configurar-se com un veritable mitjà propi de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i del seu sector públic.

IV.2.2.1.- Actuacions principals a dur a terme.

L'entrada dels ens locals com accionistes de l'Energètica consistiria, principalment, en el següent:

- 1) Modificar els Estatuts de l'Energètica per tal de:
 - a. Especificar tots els poders adjudicadors (ens locals) dels quals l'Energètica tingui la consideració de mitjà propi.
 - b. Crear diverses classes d'accions, per exemple, classe A, classe B, classe C, classe D i classe E.

Les accions actuals pertanyents a la Generalitat de Catalunya es podrien convertir en accions de la classe A i les accions classe B, C, D i E es podrien o bé detreure proporcionalment de les que ja tenen els actuals socis o bé crear-se mitjançant un acord d'augment de capital.

Les accions de la classe A s'assignarien a la Generalitat de Catalunya i les accions de la classe B, C, D i E s'assignarien als ens locals pertanyents, respectivament, a l'àmbit de les províncies de Barcelona, Tarragona, Lleida i Girona.

- c. Reconèixer a les accions de les classes B, C, D i E el dret a nomenar per part dels titulars de cada una d'elles a un membre del Consell d'Administració, el qual actuarà en representació dels ens locals titulars de cada una d'aquestes classes d'accions.
 - d. Ampliar en quatre consellers/es més, és a dir fins a catorze, el nombre màxim de consellers o conselleres, per donar entrada als consellers/es dels ens locals i, per tant, dintre del nombre màxim de consellers/es fixat a la Disposició addicional 12ena, apartat 4, LBRL.

TODA & NEL-LO

- e. Regular el funcionament de la Junta General i del Consell d'Administració d'acord amb la nova realitat societària i reforçar els quòrums de votació en aquests òrgans socials per a la presa de decisions sobre els objectius estratègics i sobre les decisions significatives de l'Energètica, sense en cap cas exigir la unanimitat.
- 2) Donar entrada als ens locals de Catalunya que així ho acordin, com a socis minoritaris de l'Energètica, mitjançant la compravenda o subscripció d'una o més accions, respectivament, de les classes B, C, D o E.

Aquesta participació accionarial donaria dret a aquests ens locals:

- a. A participar a la Junta General de l'Energètica.
 - b. A nomenar conjuntament els ens locals titulars d'accions de les classes B, C, D o E un conseller/a de l'Energètica per cada un d'aquests quatre grups d'accionistes, els quals actuaran com representants, respectivament, dels ens locals titulars de les accions B, C, D o E en el Consell d'Administració.
- 3) Formalitzar un Pacte de Socis a subscriure entre la Generalitat de Catalunya i els ens locals interessats (titulars d'accions de la classe B, C, D o E), que regularia els següents aspectes bàsics:
 - La no interferència dels titulars de les accions de la classe B, C, D i E en l'àmbit d'activitats de l'Energètica propi del sector públic de la Generalitat de Catalunya.
 - La creació i regulació de quatre òrgans extraestatutaris composts, respectivament, pels accionistes de la classe B, C, D o E, per tal que es reunixin per a elegir al conseller/a de l'Energètica representant dels ens locals titulars, respectivament, d'accions de la classe B, C, D o E.
 - El compromís de la Generalitat de Catalunya de no prendre en Junta General ni en Consell d'Administració decisions referents a la prestació dels serveis encomanats a l'Energètica pels ens locals titulars de les accions B, C, D o E, sense comptar amb el vot favorable d'aquests.

TODA & NEL-LO

- El compromís dels ens locals titulars de les accions de la classe B de no prendre en Junta General ni en Consell d'Administració decisions referents a la prestació dels serveis encomanats a l'Energètica pels altres ens locals titulars de les accions C, D o E, sense comptar amb el vot favorable d'aquests.
 - El compromís dels ens locals titulars de les accions de la classe C de no prendre en Junta General ni en Consell d'Administració decisions referents a la prestació dels serveis encomanats a l'Energètica pels altres ens locals titulars de les accions B, D o E, sense comptar amb el vot favorable d'aquests.
 - El compromís dels ens locals titulars de les accions de la classe D de no prendre en Junta General ni en Consell d'Administració decisions referents a la prestació dels serveis encomanats a l'Energètica pels altres ens locals titulars de les accions B, C o E, sense comptar amb el vot favorable d'aquests.
 - El compromís dels ens locals titulars de les accions de la classe E de no prendre en Junta General ni en Consell d'Administració decisions referents a la prestació dels serveis encomanats a l'Energètica pels altres ens locals titulars de les accions B, C o D, sense comptar amb el vot favorable d'aquests.
- 4) Introducció als Estatuts socials de l'Energètica de l'obligació dels accionistes titulars de les accions de les classes B, C, D o E de subscriure el Pacte de Socis referit en l'anterior apartat 3) com una prestació accessòria inherent a aquestes classes accions.

L' incompliment de la prestació accessòria (no subscriure, no adherir-se o no complir els pactes i condicions del Pacte de Socis) es podria configurar com a causa estatutària d'exclusió del soci de la Societat (arts. 86 i 351 LSC).

IV.2.2.2.- Observacions a aquesta opció: avantatges i possibles inconvenients o limitacions legals.

a) Avantatges.

- 1) Des del punt de vista de la normativa administrativa local, aquesta fórmula comportaria que els ens locals que volguessin integrar-se en l'Energètica com accionistes (titulars d'accions de la classe B, C, D o E) i amb un representant al Consell d'Administració, participarien en una societat (l'Energètica) que també té per objecte altres activitats pròpies del sector públic de la Generalitat de Catalunya.

No obstant, aquesta circumstància podria venir neutralitzada mitjançant el Pacte de Socis esmentat al punt 3) de l'apartat IV.2.2.1 anterior.

- 2) Des del punt de vista de la normativa dels contractes del sector públic, aquesta fórmula societària permetria entendre que els ens locals titulars d'accions B, C, D o E passarien a exercir un "control conjunt anàleg" sobre l'Energètica, de manera que es podria considerar complert aquest requisit per tal de convertir l'Energètica en mitjà propi personificat també d'aquests ens locals, els quals podrien fer-li encàrrecs de subministrament d'energia elèctrica i de prestació de serveis relacionats amb aquesta sense necessitat de licitar.

No obstant, aquesta és una de les qüestions referents als mitjans propis conjunts més controvertides i que han generat més conflictivitat, essent objecte de nombroses resolucions judicials tant europees com internes, a vegades poc clares o contradictòries entre sí. Per tant, requereix d'una anàlisi jurídica més profunda i específica que, per la seva complexitat i extensió, excedeix de l'objecte del present estudi.

- 3) Des de la perspectiva de la normativa del sector elèctric, aquesta fórmula presenta l'avantatge que cal partir de la premissa que l'Energètica, amb forma de societat mercantil -tal com estableix l'article 6 de la LSE-, disposaria ja de les autoritzacions administratives necessàries per actuar com a comercialitzadora d'energia elèctrica.

b) Possibles inconvenients o limitacions legals.

- 1) Des de la perspectiva de la normativa local, com ja s'ha exposat abans, la Disposició addicional 9ena, apartat 1, de la LBRL (introduïda per la LRSAL) estableix que els ens locals no podran adquirir, constituir o participar en la

constitució, directament o indirectament, de noves societats i altres ens durant el temps de vigència del seu pla econòmic-financer o del seu pla d'ajust.

Per tant, no sembla legalment possible la incorporació a l'Energètica per part d'aquells ens locals en els que hi hagi vigent un pla econòmic-financer o un pla d'ajust.

- 2) També des de la perspectiva de la normativa local, la Disposició addicional 9ena, apartat 3, de la LBRL (introduïda per la LRSAL) estableix que:

“3. Los organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que estén adscritos, vinculados o sean dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, a cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley o de sus organismos autónomos, no podrán constituir, participar en la constitución ni adquirir nuevos entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional.”

En una primera aproximació, podria pensar-se que aquesta prohibició, que afecta a les entitats de segon nivell en l'àmbit local, podria comportar respecte dels ens locals una limitació en cas que l'Energètica tingués societats participades per ella.

Tanmateix, cal entendre que aquest precepte no seria aplicable a l'Energètica doncs, amb una participació minoritària dels ens locals, difícilment es pot concebre l'Energètica com una entitat adscrita, vinculada o dependent dels ens locals a efectes del SEC.

D'aquesta manera, cal entendre que aquest precepte no suposa cap inconvenient quant a l'adquisició d'accions de la pròpia Energètica per part de les administracions públiques locals.

- 3) Igualment, des de la perspectiva de la normativa local, podria objectar-se una limitació quant a l'àmbit territorial de les activitats socials.

Com s'ha explicat abans, la iniciativa econòmica local en règim de lliure concurrència constitueix l'exercici d'una competència dels ens locals reconeguda i regulada en els articles 86.1 de la LBRL, 243 del TRLMRLC I 136 i següents del ROAS.

TODA & NEL-LO

Com a competència local que és, el seu àmbit d'actuació es circumscriu en principi al territori i al cercle dels interessos dels respectius ens locals, tal com resulta dels següents preceptes legals:

- L'article 2.1. de la LBRL:

*"1. Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su **derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses**, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera."*

- L'article 5 de la LBRL:

"Para el cumplimiento de sus fines y en el ámbito de sus respectivas competencias, las Entidades locales, de acuerdo con la Constitución y las leyes, tendrán plena capacidad jurídica para adquirir, poseer, reivindicar, permutar, gravar o enajenar toda clase de bienes, celebrar contratos, establecer y explotar obras o servicios públicos, obligarse, interponer los recursos establecidos y ejercitar las acciones previstas en las leyes."

- L'article 12.1. de la LBRL:

"1. El término municipal es el territorio en que el ayuntamiento ejerce sus competencias."

Per l'anterior, procediria entendre que la iniciativa econòmica local s'ha de realitzar dins l'àmbit competencial de l'entitat local que realitza l'activitat econòmica.

En aquest sentit, com també s'ha exposat abans, determinats aspectes a incloure a la memòria justificativa de la nova activitat econòmica a

TODA & NEL-LO

desenvolupar, tals com la conveniència i oportunitat de la iniciativa, el seu interès públic, l'anàlisi del mercat relatiu als possibles efectes de l'activitat local sobre la concurrència empresarial i els aspectes mediambientals i socials, entre altres, s'han d'estudiar des de la perspectiva concreta de l'ens local que vol exercir la nova activitat empresarial.

Així es pronuncia l'article 96 del TRLRL, conforme al qual:

“La iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes.”

Per la seva part, l'article 136.2 del ROAS indica que:

“136.2 L'esmentada activitat ha de respondre, en tot cas, a l'interès públic local.”

No obstant l'exposat, les anteriors limitacions legals no exclouen la possibilitat que diversos ens locals realitzin una activitat econòmica de forma conjunta i, per tant, dintre de la demarcació territorial d'altres ens locals.

A aquest efecte, l'article 227 del ROAS preveu expressament aquesta iniciativa econòmica local conjunta en establir que:

“Article 227

Societats mercantils amb capital íntegrament públic que pertany a diverses corporacions locals

227.1 En el cas que es constitueixi una societat amb capital íntegrament públic aportat per diverses corporacions locals, cadascuna d'elles ha de complir el tràmit escaient per a la constitució i la dissolució, si s'escau, que preveu aquest Reglament. En el supòsit de dissolució, ha de resoldre, a més, sobre la continuïtat i la manera de prestar el servei.”

D'aquesta manera, l'article 227 del ROAS flexibilitza la limitació de l'àmbit d'actuació dels ens locals dintre de la seva demarcació territorial i admet expressament una actuació en un àmbit territorial diferent més ampli.

- 4) També des de la perspectiva del Dret de competència, un àmbit territorial ampli (com seria el territori de Catalunya) es pot entendre, respecte dels ens locals, com una restricció injustificada a la lliure concurrència en el mercat. Així ho han declarat diverses Sentències del Tribunal de Justícia de Catalunya (de 21 de setembre de 2020 -rec. 107/2018, i de 17 de desembre de 2020 -rec. 284/2019).

En efecte, aquestes Sentències declaren que el fet que els mitjans propis personificats de caràcter local estiguin, segons els seus estatuts, oberts a acollir altres municipis de Catalunya comporta que tinguin una vocació de mercat, el que consideren contrari a la figura dels mitjans propis i al principi de lliure competència.

És cert que l'àmbit territorial de Catalunya de les activitats de l'Energètica prové de ser una empresa de la Generalitat de Catalunya, i no de la voluntat dels ens locals que s'hi puguin integrar. No obstant, aquesta és una qüestió complexa que requeriria d'una anàlisi jurídica més profunda i específica que, per la seva complexitat i extensió, excedeix també de l'objecte del present estudi.

V.- CONCLUSIONS.

Primera.- Per a l'obtenció del subministrament d'energia elèctrica procedent de fonts renovables i d'altres serveis relacionats amb aquesta energia, les administracions locals poden optar per aplicar diferents procediments de contractació pública, sistemes de racionalització de la contractació, o fórmules

d'auto-provisió (encàrrecs a mitjans propis personificats), ja sigui de forma individual o conjunta.

Els procediments de licitació conjunta es troben admesos per la pròpia LCSP, i permeten un ampli joc ja que, com s'ha exposat, la doctrina administrativa admet fins a tres opcions diferents, que es consideren ajustades a les normes de contractació europees i internes.

En canvi, els sistemes de racionalització -com poden ser les centrals de contractació, els acords marc o els sistemes dinàmics d'adquisició-, ja siguin individuals o conjunts, no semblen en principi adequats per a la contractació de serveis complexos, singulars o específics relacionats amb l'energia elèctrica, o per serveis o subministraments de llarga durada.

Per la seva part, els encàrrecs a mitjans propis personificats, ja siguin individuals o conjunts, exigeixen el compliment d'una sèrie de requisits legals d'interpretació estricta.

Segona.- D'acord amb el nostre ordenament jurídic vigent, no hi ha cap dubte sobre la potestat de les administracions locals catalanes d'exercir la iniciativa pública pel desenvolupament d'activitats econòmiques, com és la comercialització d'energia elèctrica procedent de fonts renovables i la prestació de serveis relacionats amb aquest tipus d'energia.

De fet, múltiples administracions locals catalanes, i altres administracions locals, realitzen en l'actualitat aquestes activitats.

Ara bé, la viabilitat legal d'aquesta activitat econòmica, a l'igual que respecte de qualsevol altra, per part de les administracions locals obliga a haver de complir uns rigorosos requisits tant de fons (motivació i justificació de l'activitat) com de forma o procedimentals (seguiment d'un expedient administratiu).

Tercera.- Així mateix, la normativa tant europea com interna parteixen del principi de llibertat de les administracions públiques per a decidir la millor forma de gestionar l'execució d'obres o la prestació de serveis, tot podent optar per realitzar les seves funcions d'interès públic amb recursos propis o en col·laboració amb altres administracions o confiar-les a operadors econòmics.

Així, es reconeix la potestat d'auto-organització de les administracions públiques, les quals poden cooperar entre sí mitjançant, entre altres, sistemes de cooperació vertical consistents en l'ús de mitjans propis personificats.

Per tant, en el nostre ordenament jurídic vigent, l'encàrrec a mitjans propis no presenta un caràcter excepcional, residual o subsidiari, sinó que es tracta d'una opció organitzativa ordinària.

No obstant això, la viabilitat legal dels mitjans propis personificats i dels encàrrecs al mateixos està condicionada al compliment de tots i cada un dels requisits establerts legalment.

Quarta.- D'acord amb l'anterior, en la mesura que el mitjà propi personificat desenvoluparà una nova activitat econòmica local -el subministrament d'energia elèctrica procedent de fonts d'energia renovable i la prestació de serveis relacionats amb aquesta-, atès que no constitueix un servei públic local, per tal de crear-lo o d'incorporar-se a un altre de ja existent amb la finalitat que pugui auto-proveir els ens locals mitjançant els corresponents encàrrecs sense necessitat de licitació pública cal:

- a) que els ens locals interessats tramitin prèviament el corresponent expedient d'iniciativa econòmica pel desenvolupament de l'activitat de comercialització d'energia elèctrica procedent de fonts d'energia renovable i de prestació de serveis relacionats amb aquesta, tot seguint el procediment legalment establert a aquest efecte i complint tots els requisits legals;
- b) que els ens locals interessats configurin l'entitat que desenvoluparà la nova activitat econòmica com a un mitjà propi personificat, acreditant adequadament que compleix tots els requisits exigits a aquest efecte per a poder assolir aquesta consideració legal.

Així mateix, s'haurà d'ajustar als requeriments legals derivats de la normativa reguladora del sector elèctric.

Cinquena.- Respecte del contingut de l'expedient d'iniciativa econòmica a tramitar pels ens locals interessats, d'acord amb la normativa vigent aplicable, aquest ha de motivar i justificar adequadament l'activitat econòmica local que es pretén exercir, en els termes exposats en aquest estudi i en els següents aspectes:

- (i) La justificació de la conveniència i l'oportunitat de la iniciativa i de l'interès públic que concorre en l'activitat, amb la valoració, entre d'altres, dels avantatges socials derivats dels béns o serveis a produir o de l'activitat a prestar, els llocs de treball a crear de forma directa o indirecta, el suport a altres activitats locals, la difusió de tecnologia i qualsevol d'altres.
- (ii) La determinació de la forma de gestió del servei, les normes reguladores i els estatuts de la societat o organisme que s'hagi d'instituir, i l'àmbit d'actuació de la societat o organisme.

Ara bé, d'acord amb la normativa vigent reguladora del sector elèctric, tenint per activitat la comercialització d'energia elèctrica, només es pot adoptar la forma de societat mercantil -o de societat cooperativa de consumidors i usuaris-.

- (iii) El pressupost financer i el pla de posada en funcionament de l'activitat econòmica projectada, la rendibilitat prevista i l'anàlisi cost-benefici, amb garantia del compliment de l'objectiu d'estabilitat pressupostària i de sostenibilitat financera de l'entitat local, tot justificant que la iniciativa no genera risc per a la sostenibilitat financera del conjunt de la hisenda municipal.
- (iv) Els aspectes socials, financers, tècnics i jurídics de l'activitat, els beneficis potencials i els supòsits de cessament de l'activitat.
- (v) Una anàlisi de mercat relativa a l'oferta i a la demanda existent, a la rendibilitat i als possibles efectes de l'activitat local sobre la concurrència empresarial.
- (vii) L'avantprojecte, si s'escau, de les obres i instal·lacions necessàries per a la implantació de l'activitat proposada.

Els exemples dels expedients d'iniciativa econòmica local de Barcelona Energia i de Reus Energia exposats a l'Annex d'aquest estudi poden servir per il·lustrar i com a criteri inspirador de la motivació i justificació de l'activitat econòmica local de comercialització d'energia elèctrica i de serveis relacionats amb aquesta, sense perjudici de les especialitats pròpies del model d'activitat a implantar i de les particularitats pròpies de l'ens local que vulgui iniciar l'activitat.

Sisena.- Quant al procediment de l'expedient d'iniciativa econòmica a seguir pels ens locals interessats, d'acord amb la normativa vigent aplicable, aquest és, en essència, el que s'ha exposat en l'apartat II.3.1 d'aquest Informe, i que comprèn fonamentalment els següents tràmits: (i) l'acord inicial del Ple municipal manifestant la voluntat de desenvolupar l'activitat econòmica; (ii) la redacció d'una memòria justificativa per la comissió d'estudi designada pel Ple, que contingui la motivació en els termes exposats a la Conclusió anterior i de forma similar a les memòries justificatives exposades a l'Annex de Barcelona Energia i de Reus Energia; (iii) el sotmetiment de la memòria justificativa al Ple municipal, per la seva presa en consideració; (iv) el sotmetiment de la memòria justificativa a informació pública per un període no inferior a 30 dies hàbils; (v) la resolució de les al·legacions i reclamacions presentades en el seu cas; i (vi) l'aprovació del projecte d'iniciativa econòmica.

Setena.- El procediment d'iniciativa econòmica local se segueix normalment de forma individualitzada i separada per cada un dels ens locals que així ho acordin, però també es pot tramitar de forma conjunta per diversos ens locals.

En relació a l'expedient d'iniciativa comuna de diversos ens locals, qualsevol que sigui el nivell territorial, per a exercir activitats econòmiques en règim de lliure concurrència, és de destacar que:

(i) Els ens locals interessats poden establir per conveni l'administració local encarregada de realitzar o de coordinar els estudis, els treballs de gestió i els tràmits pertinents, com també el grau de participació en la nova entitat jurídica -o en l'entitat ja constituïda a integrar-se-.

(ii) El procediment a seguir és el mateix que en cas d'iniciativa econòmica individual d'un ens local, però amb les particularitats apuntades en l'apartat II.3.2 d'aquest Informe. De forma rellevant, cal destacar que en aquest cas, si bé la

comissió d'estudi per a la redacció de la memòria justificativa és única -integrada per representants designats per tots els ens locals interessats-, l'acord inicial l'han d'adoptar els Plens de tots els ens locals interessats en la iniciativa, i la memòria haurà de justificar de manera individualitzada els extrems propis d'aquesta (abans exposats) referits a cada ens local en particular. La falta de presa en consideració de la memòria justificativa per algun dels ens locals, o la falta d'aprovació definitiva del projecte d'iniciativa, suposarà que aquest ens quedi exclòs automàticament del projecte d'iniciativa.

Vuitena.- Les administracions locals poden crear un ens o incorporar-se a un ens públic ja constituït que operi com a mitjà propi personificat de les mateixes, per tal que les pugui proveir d'energia elèctrica i de serveis relacionats amb aquesta sense necessitat de licitació, sempre que aquest ens reuneixi una sèrie de requisits legals.

Partint del supòsit que aquest mitjà propi personificat sigui conjunt o dependent de diversos poders adjudicadors (en aquest cas, ens locals), cal que concorrin en el mateix tots i cada un dels requisits materials i formals exigits legalment a aquest efecte, els quals, en essència, són els següents:

a) Materials:

- 1) Els poders adjudicadors (ens locals) han d'exercir sobre el mitjà propi personificat (ens de nova creació o ja constituït) un control conjunt anàleg al que ostentarien sobre els seus propis serveis o unitats respectives.
- 2) La compensació tarifària a percebre pel mitjà propi personificat conjunt ha de respondre als costos reals de realització dels subministraments o serveis, en els termes legalment establerts.
- 3) Més del 80% de les activitats del mitjà propi personificat conjunt ha de dur-se a terme en l'exercici dels encàrrecs realitzats pels poders adjudicadors (ens locals) que el controlen.
- 4) En cas que el mitjà propi personificat conjunt sigui un ens de personificació jurídica privada, a més, la totalitat del seu capital o patrimoni haurà de ser de titularitat o aportació pública. És a dir que, si es tracta d'una societat de capital, aquest no pot tenir participació directa de capital privat en el seu capital social.

- 5) El mitjà propi personificat haurà de disposar de mitjans (personals i materials) suficients i adequats per realitzar les prestacions en el sector de l'activitat corresponent al seu objecte social, havent de tenir en compte que el mitjà propi personificat no pot, per regla general, subcontractar amb tercers més enllà del 50% de la quantia dels encàrrecs que rebí.
- 6) En el mitjà propi s'ha de donar alguna de les circumstàncies següents :
 - (i) ha d'ésser una opció més eficient que la contractació pública i ha de resultar sostenible i eficaç, aplicant criteris de rendibilitat econòmica; o bé,
 - (ii) ha de resultar necessari per raons de seguretat pública o d'urgència en la necessitat de disposar dels béns o serveis subministrats pel mitjà propi (no és el cas objecte del present assessorament).

b) Formals:

Els Estatuts del mitjà propi personificat conjunt a crear o al que es vulguin incorporar els ens locals han de reunir una sèrie de requisits formals, com són els següents:

- 1) Han de reconèixer expressament la seva condició de mitjà propi i han de determinar respecte de quins poders adjudicadors (ens locals) té aquesta condició.

Per a què els Estatuts del mitjà propi puguin reconèixer la condició de mitjà propi, caldrà que prèviament els poders adjudicadors (ens locals) dels que depèn o va dependre el mitjà propi:

- donin la seva conformitat o autorització expressa i
- verifiquin que el que vagi a ser el seu mitjà propi personificat compta amb els mitjans personals i materials apropiats per la realització dels encàrrecs de conformitat amb el seu objecte social, el que requereix de l'elaboració d'un informe o memòria justificativa que acrediti aquest requisit per tal

TODA & NEL-LO

que els ens locals puguin verificar el seu compliment i, en conseqüència, puguin donar la seva conformitat.

- 2) Han de precisar el règim jurídic administratiu dels encàrrecs que es puguin conferir al mitjà propi personificat i han d'establir que els poders adjudicadors (ens locals) dels que depèn poden conferir al mitjà propi personificat encàrrecs que seran d'execució obligatòria per aquest.
- 3) Han d'establir la impossibilitat que el mitjà propi personificat participi en les licitacions públiques convocades pels poders adjudicadors dels que depèn, sens perjudici que, quan no concorri cap licitador, se li pugui encarregar l'execució de la prestació objecte d'aquelles.
- 4) Han d'incloure en la denominació social del mitjà propi personificat necessàriament la indicació "*Mitjà Propi*" o la seva abreviatura "*MP*".

D'altra banda, els encàrrecs que facin els poders adjudicadors al seu mitjà propi personificat conjunt no tindran la consideració jurídica de contractes, però hauran de complir el següent:

- El mitjà propi personificat haurà d'haver publicat a la Plataforma de Contractació corresponent la seva condició de mitjà propi, respecte de quins poders adjudicadors té aquesta condició, i els sectors d'activitat en els que, estant compresos en el seu objecte social, seria apte per executar les prestacions que vagin a ser objecte d'encàrrec.
- Els encàrrecs hauran de ser objecte de formalització en documents que seran publicats a la Plataforma de Contractació corresponent en els supòsits previstos en la LCSP. Els documents de formalització dels encàrrecs establiran el termini de duració dels mateixos.

Com s'ha dit, és rellevant recalcar que cal complir tots i cada un dels requisits materials i formals anteriors, els quals són d'interpretació estricta, corresponent la càrrega de la prova de que realment concorren a qui pretengui beneficiar-se dels mitjans propis personificats, atès que comporten una exclusió de la normativa sobre contractació pública i, per tant, la no aplicació dels principis d'igualtat de tracte i lliure concurrència.

Novena.- L'incompliment dels requisits anteriors dels mitjans propis personificats no només comporta una vulneració de les normes de contractació del sector públic, amb les conseqüències que es deriven d'aquesta vulneració, sinó també, quan implica una lesió injustificada dels principis de concurrència i competència en el mercat, pot arribar a constituir una infracció del Dret de la competència.

Això és així ja que les Administracions públiques se subjecten a la normativa de defensa de la competència quan actuen com operadors econòmics (qualsevol que sigui la forma jurídica amb la que es realitzi una activitat econòmica), atès que la seva conducta té capacitat per incidir en el mercat i restringir la competència.

En concret, com a entorns de risc d'infracció de normes de competència, s'identifiquen els següents: els acords anticompetitius, l'abús de posició de domini i l'aplicació del règim d'ajuts d'Estat.

En aquest sentit, des de la perspectiva del Dret de competència, en l'elecció de l'opció dels mitjans propis personificats cal observar que:

- No es pot obviar una anàlisi de competència, consistent en sospesar el cost, en termes de perjudici per a la competència efectiva en el mercat, de les activitats a dur a terme i els beneficis per l'interès general que aquestes persegueixen, tot valorant la necessitat, proporcionalitat, mínima distorsió i no discriminació de les restriccions a la competència.
- Fonamentar l'elecció en criteris d'eficiència, amb l'objectiu d'oferir als ens locals el millor servei possible en termes de preu, qualitat, sostenibilitat i fiabilitat.
- Si es produeixen sacrificis del principi de competència en el mercat, l'elecció ha de ser sempre conscient, raonada i motivada, de manera que no incorpori restriccions injustificades a la competència. A aquest efecte, es poden considerar aspectes com un alt nivell de qualitat, seguretat i accessibilitat econòmica, la igualtat de tracte i la promoció de l'accés universal i dels drets dels usuaris en els serveis.

L'opció al mitjà propi pot ser un instrument necessari o idoni per a l'assoliment de finalitats d'interès general, per tal que respecti de forma estricta la normativa reguladora dels mitjans propis també per tal d'evitar alterar les condicions de competència en el mercat.

Desena.- El nostre ordenament jurídic no regula de forma específica el procediment per a crear un ens públic o per a incorporar-se a un ens públic ja constituït que pugui tenir la qualificació legal de mitjà propi personificat conjunt.

Tanmateix, atès que la creació d'un nou ens públic o la incorporació en un ja existent implica l'exercici d'una nova iniciativa econòmica local per part dels ens locals interessats, el procediment és el mateix abans descrit per a l'exercici d'aquesta iniciativa econòmica i, en el qual, en el moment de determinar la forma de gestió d'aquesta iniciativa mitjançant una personificació jurídica, s'ha de contenir la regulació específica necessària d'aquest ens a constituir o a incorporar-se per tal que pugui tenir la consideració legal de mitjà propi personificat conjunt.

D'aquesta manera, en el mateix expedient d'iniciativa econòmica local s'haurà de justificar i acreditar que en l'ens a crear o a incorporar-se concorren tots els requisits materials i formals dels mitjans propis abans exposats.

Sense perjudici del compliment de tots els requisits legals, cal destacar que és essencial que es motivi adequadament que el mitjà propi personificat (i) te per objecte cobrir unes necessitats públiques, (ii) respon a criteris d'eficiència econòmica, (iii) no restringeix la competència en el mercat i que (iv), en cas que comporti algun sacrifici del principi de competència, aquest sigui conscient, raonat i justificat en finalitats d'interès general o en l'assoliment de beneficis socials.

Onzena.- Quant als ens públics existents que desenvolupen serveis relacionats amb l'energia elèctrica com a mitjà propi dels poders adjudicadors dels que depenen, en el present estudi només s'analitzen els principals aspectes legals i estatutaris, així com els empresarials, de Tractament i Selecció de Residus, S.A (TERSA) i d'Energies Renovables Públiques de Catalunya, SAU (L'Energètica), atès que són els únics dos ens públics catalans amb un àmbit territorial ampli.

Dotzena.- D'acord amb l'anàlisi de TERSA, es pot entendre que aquesta empresa reuneix els requisits legals dels mitjans propis personificats, principalment: control

conjunt anàleg per part dels poders adjudicadors dels que depèn, disposa de recursos personals i materials escaients per dur a terme l'objecte de la seva activitat, realitza en el mercat lliure menys del 20% de la seva activitat, compleix el requisit d'eficiència econòmica (acreditat en el seu moment en l'expedient administratiu de Barcelona Energia i en virtut d'una PPA financera), es reconeix expressament en els seus Estatuts la condició de mitjà propi personificat de diverses administracions locals i dels seus poders adjudicadors i té un àmbit territorial (l'àrea metropolitana de Barcelona) ampli, però aquest és de caràcter purament local (termes municipals de l'àrea metropolitana) i delimitat.

Tretzena.- D'acord amb l'anàlisi de l'Energètica, cal entendre que, a data d'avui, aquesta empresa pública de l'Administració de la Generalitat de Catalunya és un instrument empresarial purament formal, encara buit de contingut, pendent de concretar i de desenvolupar des d'un punt de vista material o empresarial. No obstant, segons la informació facilitada per l'Energètica, comptarà amb el personal i els permisos suficients i començarà a tenir operativitat empresarial a partir de setembre d'enguany.

Segons els seus Estatuts, la consideració de l'Energètica com a mitjà propi personificat de l'Administració de la Generalitat i del seu sector públic està condicionada a que compleixi els requisits legals dels mitjans propis personificats.

Per tant, a data d'avui, i fins que es compleixin -i a més de forma estricta- aquells requisits, no es pot considerar l'Energètica com a mitjà propi personificat de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i del seu sector públic.

D'altra banda, respecte de l'assoliment per part de l'Energètica de la condició legal de mitjà propi de la Generalitat i del seu sector públic, es plantegen diversos dubtes o incerteses com, entre altres, els següents:

- (iii) En desconèixer quin és el seu pla de negoci i de quina manera finançarà les seves activitats, ni com actuarà en el mercat, en l'actualitat no ens podem pronunciar sobre si complirà els requisits legals per tenir la consideració de mitjà propi personificat, o sobre si la seva activitat pot arribar a comportar restriccions no justificades en el mercat.

Tanmateix, segons resulta de l'Acord de Govern 199/2022, sembla clara la voluntat de la Generalitat de Catalunya que l'Energètica assoleixi la condició de veritable mitjà propi personificat de la seva Administració i del seu sector públic. A aquest efecte, caldrà estar al seu Pla d'empresa, una vegada s'aprovi i es vagi implementant. Segons la informació facilitada per l'Energètica, aquest Pla d'empresa està licitat i estarà finalitzat a octubre de 2023.

- (i) Atès que els seus Estatuts limiten el reconeixement de l'Energètica com a mitjà propi personificat a unes activitats concretes del seu objecte social (comercialització, venda i emmagatzematge de l'energia elèctrica generada a través d'instal·lacions de producció d'electricitat per mitjà de fonts d'energia renovables), no estenent-se a totes elles, es genera el dubte de com es calcularà el còmput del mínim del 80% establert legalment.

Això és així perquè la resta d'activitats de l'objecte social, respecte de les quals l'Energètica no serà mitjà propi, no constitueixen funcions ni serveis públics, sinó activitats empresarials. En aquest sentit, es contempla la possibilitat que un mitjà propi desenvolupi al mateix temps funcions o serveis públics (en quin cas aquesta activitat no entra en el càlcul del còmput del 80%), però només activitats empresarials en el mercat sempre que siguin inferiors al 20% de les activitats del mitjà propi.

Tot l'anterior fa pensar que, a data d'avui, existeixen incerteses per tal de poder arribar a considerar l'Energètica com a un veritable mitjà propi personificat de l'Administració de la Generalitat i del seu sector públic, incerteses i dubtes que cal aclarir amb caràcter previ. Ara bé, com hem dit, cal partir de la voluntat del Govern que l'Energètica assoleixi la condició legal de mitjà propi personificat.

Catorzena.- Tenint en compte les particularitats específiques actuals de TERSA, no sembla que sigui viable l'opció d'una entrada generalitzada dels ens locals de Catalunya com a accionistes d'aquesta Societat local, llevat que es tracti d'ajuntaments metropolitans.

En canvi, i sempre que es consideri adient i s'admeti per part de la Generalitat de Catalunya, podria semblar en principi una opció viable l'entrada dels ens locals catalans en l'Energètica, bàsicament, atès que, com s'ha dit, té com a àmbit de les seves activitats socials tot el territori de Catalunya.

TODA & NEL-LO

Ara bé, Ara bé, la configuració de l'Energètica com a mitjà propi dels ens locals presenta alguns esculls a considerar i a treballar, com ara, les consideracions anteriors sobre l'assoliment per part de l'Energètica de la condició de mitjà propi; i, una vegada superades aquestes incerteses, el compliment del control conjunt anàleg per part d'una multitud d'ens locals amb una participació social molt minoritària o la mateixa amplitud de l'àmbit territorial d'actuació de l'Energètica, que també genera dubtes des del punt de vista del Dret de competència.

Quinzena.- Si partim de la premissa que, amb caràcter previ, l'Energètica arribi a configurar-se com un veritable mitjà propi de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i del seu sector públic, l'entrada dels ens locals com accionistes de l'Energètica consistiria, principalment, en el següent:

- 1) Modificar els Estatuts de l'Energètica per tal de:
 - a. Especificar tots els poders adjudicadors (ens locals) dels quals l'Energètica tingui la consideració de mitjà propi.
 - b. Crear diverses classes d'accions, per exemple, classe A, classe B, classe C, classe D i classe E.

Les accions actuals pertanyents a la Generalitat de Catalunya es podrien convertir en accions de la classe A i les accions classe B, C, D i E es podrien o bé detreure proporcionalment de les que ja tenen els actuals socis o bé crear-se mitjançant un acord d'augment de capital.

Les accions de la classe A s'assignarien a la Generalitat de Catalunya i les accions de la classe B, C, D i E s'assignarien, per exemple, als ens locals pertanyents, respectivament, a l'àmbit de les províncies de Barcelona, Tarragona, Lleida i Girona.

- c. Reconèixer a les accions de les classes B, C, D i E el dret a nomenar per part dels titulars de cada una d'elles a un membre del Consell d'Administració, el qual actuarà en representació dels ens locals titulars de cada una d'aquestes classes d'accions.

TODA & NEL-LO

- d. Ampliar en quatre consellers/es més, és a dir fins a catorze, el nombre màxim de consellers o conselleres, per donar entrada als consellers/es representants dels ens locals titulars de les accions B, C, D i E i, per tant, dintre del nombre màxim de consellers/es fixat a la normativa de règim local.
 - e. Regular el funcionament de la Junta General i del Consell d'Administració d'acord amb la nova realitat societària i reforçar els quòrums de votació en aquests òrgans socials per a la presa de decisions sobre els objectius estratègics i sobre les decisions significatives de l'Energètica, sense en cap cas exigir la unanimitat.
- 2) Donar entrada als ens locals de Catalunya que així ho acordin, com a socis minoritaris de l'Energètica, mitjançant la compravenda o subscripció d'una o més accions, respectivament, de les classes B, C, D o E.

Aquesta participació accionarial donaria dret a aquests ens locals:

- a. A participar a la Junta General de l'Energètica.
 - b. A nomenar conjuntament els ens locals titulars d'accions de les classes B, C, D o E un conseller/a de l'Energètica per cada un d'aquests quatre grups d'accionistes, els quals actuaran com representants, respectivament, dels ens locals titulars de les accions B, C, D o E en el Consell d'Administració.
- 3) Formalitzar un Pacte de Socis a subscriure entre la Generalitat de Catalunya i els ens locals interessats (titulars d'accions de la classe B, C, D o E), que regularia, en essència, la no interferència recíproca (i) dels titulars de les accions de les classes B, C, D i E en les competències i activitats de la Generalitat de Catalunya a realitzar mitjançant l'Energètica, (ii) de la Generalitat respecte dels encàrrecs a realitzar pels titulars de les classes B, C, D i E, i (iii) dels titulars de les mateixes quant als encàrrecs a realitzar pels titulars de cada una d'aquesta classes d'accions respecte dels altres.
- 4) Introducció als Estatuts socials de l'Energètica de l'obligació dels accionistes titulars de les accions de les classes B, C, D o E de subscriure el Pacte de Socis

referit en l'anterior apartat 3) com una prestació accessòria inherent a aquestes classes accions.

L' incompliment de la prestació accessòria (no subscriure, no adherir-se o no complir els pactes i condicions del Pacte de Socis) es podria configurar com a causa estatutària d'exclusió del soci de la Societat.

Setzena.- La incorporació dels ens locals catalans a l'Energètica, tot i partint del supòsit que aquesta arribi a constituir un veritable mitjà propi de la Generalitat de Catalunya i del seu sector públic, presenta una sèrie d'avantatges i possibles inconvenients o limitacions legals que cal considerar.

a) Avantatges.

- 1) Des del punt de vista de la normativa administrativa local, aquesta fórmula comportaria que els ens locals que volguessin integrar-se en l'Energètica com accionistes (titulars d'accions de la classe B, C, D o E) i amb un representant al Consell d'Administració, participarien en una societat (l'Energètica) que també té per objecte altres activitats pròpies del sector públic de la Generalitat de Catalunya.

No obstant, aquesta circumstància podria venir neutralitzada mitjançant el Pacte de Socis esmentat abans.

- 2) Des del punt de vista de la normativa dels contractes del sector públic, aquesta fórmula societària permetria entendre que els ens locals titulars d'accions B, C, D o E passarien a exercir un "control conjunt anàleg" sobre l'Energètica, de manera que es podria considerar complert aquest requisit per tal de convertir l'Energètica en mitjà propi personificat també d'aquests ens locals, els quals podrien fer-li encàrrecs de subministrament d'energia elèctrica i de prestació de serveis relacionats amb aquesta sense necessitat de licitar.

No obstant, aquesta és una de les qüestions referents als mitjans propis conjunts més controvertides i que han generat més conflictivitat, essent objecte

de nombroses resolucions judicials tant europees com internes, a vegades poc clares o contradictòries entre sí. Per tant, requereix d'una anàlisi jurídica més profunda i específica que, per la seva complexitat i extensió, excedeix de l'objecte del present estudi.

- 3) Des de la perspectiva de la normativa del sector elèctric, aquesta fórmula presenta l'avantatge que cal partir de la premissa que l'Energètica, amb forma de societat mercantil -tal com estableix l'article 6 de la LSE-, disposaria ja de les autoritzacions administratives necessàries per actuar com a comercialitzadora d'energia elèctrica.

b) Possibles inconvenients o limitacions legals.

- 1) Des de la perspectiva de la normativa de règim local, aquesta estableix que els ens locals no podran adquirir, constituir o participar en la constitució, directament o indirectament, de noves societats o altres ens durant el temps de vigència del seu pla econòmic-financer o del seu pla d'ajust.

Per tant, no sembla legalment possible la incorporació a l'Energètica per part d'aquells ens locals en els que hi hagi vigent un pla econòmic-financer o un pla d'ajust.

- 2) També des de la perspectiva de la normativa local, aquesta estableix que les entitats, societats, etc., adscrites, vinculades o dependents, a efectes del SEC, a qualsevol ens local, no podrà constituir, participar en la constitució ni adquirir nous ens de qualsevulla tipologia.

Cabria pensar-se que aquesta prohibició, que afecta a les entitats de segon nivell en l'àmbit local, podria comportar respecte dels ens locals una limitació en cas que l'Energètica tingués societats participades per ella.

Tanmateix, aquesta prohibició no sembla aplicable a l'Energètica doncs, amb una participació minoritària dels ens locals, difícilment es pot concebre l'Energètica com una entitat adscrita, vinculada o dependent dels ens locals a efectes del SEC.

D'aquesta manera, cal entendre que aquest precepte no suposa cap inconvenient quant a l'adquisició d'accions de la pròpia Energètica per part de les administracions públiques locals.

- 3) Igualment, des de la perspectiva de la normativa local, podria objectar-se una limitació quant a l'àmbit territorial de les activitats socials.

La iniciativa econòmica local en règim de lliure concurrència constitueix l'exercici d'una competència dels ens locals i, com a tal, el seu àmbit d'actuació es circumscriu en principi al territori i al cercle dels interessos dels respectius ens locals, tal com resulta de la normativa de règim local.

Per aquesta raó, procediria entendre que la iniciativa econòmica local s'ha de realitzar dins l'àmbit competencial de l'entitat local que realitza l'activitat econòmica.

No obstant això, les anteriors limitacions legals no exclouen la possibilitat que diversos ens locals realitzin una activitat econòmica de forma conjunta i, per tant, dintre de la demarcació territorial d'altres ens locals.

D'aquesta manera, amb el supòsit de la realització d'una activitat econòmica local conjunta es flexibilitza la limitació de l'àmbit d'actuació dels ens locals dintre de la seva demarcació territorial i s'admet expressament una actuació en un àmbit territorial diferent més ampli.

- 4) També des de la perspectiva del Dret de competència, un àmbit territorial ampli (com seria el territori de Catalunya) es pot entendre, respecte dels ens locals, com una restricció injustificada a la lliure concurrència en el mercat. Així ho han declarat diverses Sentències del Tribunal de Justícia de Catalunya.

És cert que l'àmbit territorial de Catalunya de les activitats de l'Energètica prové de ser una empresa de la Generalitat de Catalunya, i no de la voluntat dels ens locals que s'hi puguin integrar. No obstant, aquesta és una qüestió complexa que requeriria d'una anàlisi jurídica més profunda i específica que, per la seva complexitat i extensió, excedeix també de l'objecte del present estudi.

TODA & NEL-LO

Aquest és el meu informe que, de bon grat, sotmeto a qualsevol altre millor fonamentat en Dret.

Barcelona, maig de 2024.

Ricard Nel-lo Padró
Advocat - Soci

ANNEX. ANÀLISI D'EXEMPLES CONCRETS DE JUSTIFICACIÓ I MOTIVACIÓ EN EXPEDIENTS D'ACTIVITAT ECONÒMICA LOCAL SIMILARS.

a) *Ajuntament de Barcelona.*

Actualment, Barcelona Energia (TERSA) subministra electricitat a edificis i equipaments municipals de l'Ajuntament de Barcelona.

Durant els anys 2016 i 2017, l'Ajuntament de Barcelona va tramitar la memòria justificativa de la conveniència, l'oportunitat i l'interès públic de l'exercici de l'activitat econòmica en règim de lliure competència consistent en la comercialització pública d'energia elèctrica per mitjà de l'empresa pública Tractament i Selecció de Residus, SA(TERSA), tot aprovant-se definitivament aquesta memòria pel Plenari del Consell Municipal en sessió de 31 de juliol de 2017.

Pel que fa a la justificació de la conveniència, l'oportunitat i l'interès públic de l'exercici de l'activitat econòmica en règim de lliure competència de la comercialització pública d'energia elèctrica, la memòria contenia tres informes principals:

- Informe de la Direcció de Serveis d'Empreses, Consorcis i Fundacions.
- Informe de la Direcció de Serveis Jurídics.
- Informe de la Intervenció General.

(i) A l'informe de la Direcció de Serveis d'Empreses, Consorcis i Fundacions s'analitzaren els següents aspectes principals: objectiu de la memòria i el procediment de tramitació; motivació de l'operació proposada; entitat en la que es proposa la nova activitat i la modificació dels estatuts de la societat; descripció de l'operació; àmbit d'actuació de la societat; justificació de la conveniència i l'oportunitat de la iniciativa i de l'interès públic; necessitats per a la implantació de l'activitat proposada; pressupost financer, rendibilitat prevista i l'anàlisi cost-benefici, amb un estudi de viabilitat econòmica (pla de negoci), i supòsits d'acabament de la societat.

Destaquem a continuació alguns dels apartats més rellevants d'aquest Informe:

- Respecte de la motivació de l'operació s'expressa que:
 - *“La societat actual es troba davant reptes sense precedents degut a una creixent dependència de les importacions d'energia i escassetat del recursos energètics així com la necessitat de limitar el canvi climàtic i superar la crisi econòmica.”*
 - *“És en aquest context que parlem de transició energètica, un canvi estructural a mig termini que permeti fomentar les fonts d'energia netes i renovables i amb un increment de l'eficiència energètica. Aquests canvis s'alineen amb la Directiva 2012/27/UE relativa a l'eficiència energètica i amb l'estratègia Europea 20/20/20 que recull les diferents polítiques europees en matèria de reducció d'emissions, renovables i eficiència energètica.*

Barcelona, seguint aquesta tendència, ha iniciat la transició cap a un model energètic més sostenible, treballant per maximitzar la generació d'energia per mitja de recursos renovables locals, alhora que reduint el consum d'energia final amb l'aplicació de mesures d'estalvi i fent un ús més intel·ligent dels recursos en totes les activitats i serveis que desenvolupa.”

- *“Així mateix, aquest canvi també passa per repensar les solucions de finançament, dissenyar nous models de governança adequats, i entendre la planificació urbana com a eina per avançar cap a un futur sostenible i baix en carboni.”*
- *“Per tant, eficiència energètica i generació renovable són el nucli de l'estratègia per als pròxims anys i cal realitzar un plantejament integrat que contempli el sector del subministrament d'energia i els sectors finals.”*
- *“En el cas de l'increment de la generació energètica a partir de recursos renovables i locals, un dels principals objectius que es persegueixen, l'acció passarà per democratitzar l'energia i que aquesta arribi a tothom, fent créixer i*

desenvolupant noves instal·lacions de generació renovables en millors condicions de qualitat i a un ritme més elevat.

En el procés d'optimització de les instal·lacions de generació renovable, sobretot en el cas de les de generació d'energia elèctrica, aquesta optimització passa sens dubte per lligar la generació amb el consum i poder determinar en cada cas quina és l'opció òptima de gestió de l'energia generada (autoconsum i/o venda a pool en el cas de generació elèctrica).

En aquest sentit, estudis previs conclouen que l'eina que pot permetre, en el context energètic actual, una gestió integrada de la generació elèctrica i l'aprovisionament energètic és una comercialitzadora."

- Respecte de l'entitat en la que es proposa la nova activitat:
 - *"D'acord amb la Llei 24/2013, de 26 de desembre, del sector elèctric, l'activitat de comercialització d'energia elèctrica cal que es desenvolupi mitjançant una societat mercantil que, si es vol que satisfaci la demanda elèctrica municipal, cal que, a més, sigui mitjà propi de l' Ajuntament.*

Ateses les limitacions legals actualment existents per a la nova creació de societats públiques per les Administracions locals, l'Ajuntament de Barcelona considera que es podria atribuir la condició i les tasques de la Comercialitzadora a una societat pública ja existent, que sigui mitjà propi de l'Ajuntament.

En aquest sentit, es considera que l'empresa pública Tractament i Selecció de Residus, S.A. (TERSA) podria constituir la societat idònia per a assumir les tasques que es pretenen atribuir a la Comercialitzadora. Així s'estableix a l'apartat 2.2 de la Mesura de govern de transició cap a la Sobirania energètica, on s'indica la intenció de l'Ajuntament de Barcelona d'aprofitar la figura de TERSA -societat ja existent-, per tal de beneficiar-se dels recursos disponibles i de la facilitat i rapidesa en l'execució, així com de potenciar el paper de TERSA com a mantenidor i gestor operatiu de les instal·lacions de generació municipals (...)"

- Quant a la descripció de l'operació, el procés d'operació d'una comercialitzadora consta de tres parts: constitució, implantació i operació:
 - 1. Constitució: cal canviar els estatuts de TERSA per tal d'incloure l'activitat de comercialitzadora d'energia elèctrica i altres serveis relacionats amb aquesta energia, donar d'alta a l'Impost d'Activitats

TODA & NEL-LO

Econòmiques (IAE) a l'epígraf o epígrafs corresponents i iniciar el procés d'alta per a poder iniciar l'activitat de comercialitzadora d'energia elèctrica (gestions davant de REE, OMIE, CNMC, Ministeri competent en matèria d'energia, Ministeri d'Hisenda i distribuïdores amb les que es vulgui operar).

- 2. Implantació: la definició dels productes i serveis a comercialitzar, el càlcul dels preus, la definició dels procediments operatius i l'establiment de l'estructura de recursos (humans i tècnics) adients.
 - 3. Operació: desenvolupant les tasques puntuals inicials i les tasques recurrents necessàries per a l'activitat.
-
- Pel que fa a l'àmbit d'actuació de la societat:
 - *"L'àmbit d'actuació de la societat és, principalment, Barcelona i la seva àrea metropolitana, si bé, d'acord amb les normes que regulen el sector elèctric, les seves activitats podran ser realitzades en tot el territori de l'Estat Espanyol."*
 - Respecte de la justificació de la conveniència i oportunitat de la iniciativa i l'interès públic:
 - *"El desenvolupament d'una comercialitzadora pública d'electricitat permet una sèrie d'oportunitats que han de possibilitar una millora de la qualitat dels serveis entorn a la generació i al subministrament d'energia a la ciutat. Les principals oportunitats detectades s'emmarquen en aspectes socials i mediambientals, a més de ser sostenibles econòmicament.*

 - Des del punt de vista ambiental, la creació d'una comercialitzadora pública permet fomentar l'autonomia energètica de la ciutat, reduir l'impacte ambiental de la producció d'energia, tant en termes d'afectació al canvi climàtic com a la qualitat de l'aire de la ciutat, alhora que garantir un subministrament energètic per a tothom.*

 - L'aposta clara per la comercialització d'energia elèctrica d'origen renovable i de proximitat, permet reduir les pèrdues energètiques que suposen el consumir energia*

produïda lluny dels punts de consum augmentant, per tant, l'eficiència global del sistema.

El disposar d'una comercialitzadora pública d'energia elèctrica permet avançar cap a una transició energètica i un canvi de model que recuperi l'energia com a servei públic, fent-la més democràtica i permetent la participació de la ciutadania en tot el procés. Així doncs, l'Ajuntament, activant aquest nou servei, dóna a la ciutadania la possibilitat de relació amb tots els aspectes d'energia. A més, s'alinea amb els plans de desenvolupament que existeixen a nivell europeu i possibilita el disposar d'una eina que ha d'ajudar a l'Ajuntament a equilibrar desigualtats i reduir la vulnerabilitat de les famílies, oferint mecanismes més enllà del pur assistencialisme, i possibilitant un preu just de l'energia i aportant solucions d'estalvi, eficiència energètica i ús racional de l'energia que permetin fer front a les necessitats energètiques, amb els avantatges que a nivell social això comporta.

Adicionalment, mitjançant aquest instrument, l'Ajuntament podrà oferir altres serveis a la ciutadania i sector privat que apostin per generar energia, com són la gestió i explotació de les instal·lacions de generació renovables de la ciutat o la representació de la producció d'energia davant el mercat, a més d'introduir nous mecanismes econòmics sostenibles que garanteixen la implantació de projectes dirigits a assolir l'autosuficiència energètica i l'autonomia de l'Ajuntament i de la ciutadania en general, a més d'esdevenir una oportunitat per a poder executar nous escenaris energètics que puguin sorgir de la transposició de les directives europees existents i noves que es desenvolupin.

Pel que fa a garantir la sostenibilitat econòmica de l'activitat, les condicions en les que operarà la comercialitzadora pública són molt favorables des de l'inici respecte una comercialitzadora convencional i això és degut principalment a què:

- Té un consum conegut i des del primer dia, el de l'Ajuntament de Barcelona.*
- La generació energètica que suposa la valorització energètica dels residus de TERSA i la generació fotovoltaica municipal permetran compensar els avals a depositar a l'Operador del Mercat (OMIE) i alleugerir les tensions de tresoreria.*
- S'assegura la comercialització d'energia 100% renovable i el màxim local possible"*

"Per tant, es llença una activitat amb poc risc però amb molt potencial per fer altres coses, esdevenint una oportunitat per poder impulsar noves accions adreçades a aquest canvi de model que s'està plantejant, que aposta per la generació renovable i local, que prioritza l'estalvi i l'eficiència energètica i que asseguri una quantitat bàsica d'energia per a tothom.

TODA & NEL-LO

A més a més, aquesta eina ens permetrà, des de l'Ajuntament i l'Agència d'Energia de Barcelona, entre d'altres:

- ✓ *Fomentar la formació i difusió sobre les característiques del sector elèctric*
 - ✓ *Fer possible la realització d'instal·lacions participades amb col·lectius particulars de la ciutat.*
 - ✓ *Desenvolupar nous projectes de generació renovable i local a la ciutat.*
 - ✓ *Fomentar el creixement d'un sector actualment força castigat com el de les energies renovable."*
- Quant a les necessitats per a la implantació de l'activitat proposada, es defineixen quines seran les necessitats, tant a nivell de recursos humans com a nivell de necessitats tècniques i de sistemes, per a dur a terme l'activitat amb garanties.
- Respecte del pressupost financer, rendibilitat prevista i anàlisi cost-benefici i estudi de viabilitat econòmica (pla de negoci), aquest apartat analitza de forma detallada l'escenari de partida, el càlcul del potencial estalvi disponible, el càlcul del marge net disponible (costos, primes de risc i marge net disponible) i les necessitats financeres (garanties i tresoreria).

L'informe de la Direcció de Serveis d'Empreses, Consorcis i Fundacions conclou dient que:

- *"L'activitat de comercialització és una activitat que, per si mateixa, genera benefici econòmic, el que permet endegar iniciatives derivades a partir del marge aconseguit.*
- *L'avantatge de la comercialitzadora que s'està plantejant és que des del primer dia ja compta amb un volum important de consum (client assegurat) i de generació (...).*
- *Els escenaris plantejats corresponen a una fotografia estàtica del moment en el que s'està desenvolupant l'estudi i, per tant, estan condicionats a la volatilitat actual del mercat elèctric. Tot i això, es tracta d'escenaris conservadors.*
- *La situació del mercat marcarà doncs el potencial marge net a obtenir, però, en qualsevol cas, aquest existeix.*
- *Amb les premisses i escenaris estudiats, s'estarien obtenint marges nets anuals de l'ordre de 500.000€, un cop l'activitat de comercialització ja estigués normalitzada.*

- *Considerant una situació desfavorable del mercat elèctric i amb externalització mínima, estaríem en una situació similar a la que actualment tenim.*
- *El cost que actualment s'està obtenint per la compra d'energia esta ajustat i és força avantatjós, però disposant d'una comercialitzadora pròpia tindriem més capacitat de millora i d'actuació per tal de poder desenvolupar accions complementaries a la pròpia comercialització d'energia elèctrica, fet important i en línia amb la política energètica i el model energètica que es vol per Barcelona."*

(ii) Per la seva part, l'Informe de la Direcció de Serveis Jurídics analitza els aspectes jurídics de l'expedient i informa favorablement la memòria justificativa de la conveniència i l'oportunitat de la iniciativa i de la concurrència de l'interès públic per a l'exercici de l'activitat econòmica en règim de lliure concurrència consistent en la comercialització pública d'energia elèctrica mitjançant TERSA.

(iii) Igualment, l'Informe de la Intervenció General analitza, en particular, els aspectes econòmics, financers i pressupostaris de l'activitat proposada, i conclou que:

- *"En conseqüència, aquesta intervenció General, només es pot pronunciar sobre la primera fase prevista a la memòria, subministrant el volum d'energia que actualment contracta l'Ajuntament a subhasta per a cobrir les seves necessitats, així com la d'altres ens dependents que estan adherits al conveni marc existent.*

En principi, i dins dels paràmetres actuals, aquestes quantitats, no són significatives, per la seva importància relativa, com per fer perdre l'actual capacitat de finançament, en termes de comptabilitat nacional, de la que disposa l'Ajuntament.

A la memòria, s'inclouen les precisions exigides per l'esmentat art. 86, i el compliment de les hipòtesis formulades implicaria la sostenibilitat per si mateixa de l'activitat econòmica proposada, raó per la qual, aquesta Intervenció General no s'oposa a la continuació de la tramitació de l'expedient."

Com a conseqüència de la tramitació, aprovació i execució de l'abans exposat expedient d'iniciativa econòmica local tramitat per l'Ajuntament de Barcelona, Barcelona Energia (TERSA) subministra electricitat a edificis i equipaments municipals de l'Ajuntament de Barcelona i dels seus ens.

b) *L'Àrea Metropolitana de Barcelona i altres ajuntaments metropolitans.*

Amb posterioritat, i després de la tramitació del corresponent expedient administratiu, des del 2019 Barcelona Energia (TERSA) també ofereix el servei als equipaments de l'Àrea Metropolitana de Barcelona i a les seves empreses.

Així mateix, TERSA també és mitjà propi de l'Ajuntament de Sant Boi de Llobregat, de l'Ajuntament de Sant Feliu de Llobregat, de l'Ajuntament de Sant Vicenç dels Horts, de l'Ajuntament d'Esplugues de Llobregat, de l'Ajuntament de Sant Just Desvern, de l'Ajuntament del Papiol i de l'Ajuntament de Santa Coloma de Gramenet, després d'haver tramitat aquests Ajuntaments els seus corresponents expedients administratius per a l'exercici de l'activitat econòmica en règim de lliure concurrència consistent en la seva incorporació com a socis de TERSA.

c) *Reus.*

Per la seva part, L'Ajuntament de Reus va aprovar definitivament en sessió plenària del 20 de maig de 2021 la memòria justificativa per a l'exercici de l'activitat econòmica de comercialització d'energia elèctrica.

Aquesta memòria justificativa, de febrer de 2021, exposa i analitza els antecedents, objectiu, consideracions jurídiques, situació del sector elèctric a l'Estat, motivació de la creació d'un operador energètic local, viabilitat tècnica de la creació del gestor energètic local, característiques i funcions de l'operador d'energia elèctrica local, justificació de la conveniència i oportunitat de la iniciativa, desplegament del projecte i aspectes tècnics, necessitats de Reus Energia, viabilitat econòmica i anàlisi financer i supòsits d'acabament de la societat.

Tal com es desprèn del text de la memòria, si bé s'inspira en la de Barcelona Energia, aquesta aporta elements nous d'actualitat normativa i de desenvolupament i evolució dels serveis energètics.

D'aquesta memòria justificativa destaquem els següents aspectes més rellevants:

- Respecte dels antecedents:

- Fa referència a la Directiva 2012/27/UE, l'Acord de París del 2015 en el marc de les Nacions Unides sobre el Canvi Climàtic, el Pacte Nacional per a la Transició Energètica de Catalunya aprovat per Acord del Govern de la Generalitat de Catalunya de 31 de gener de 2017, la Llei 16/2017, de l'1 d'agost, del canvi climàtic, el Decret Llei 16/2019, de 26 de novembre, de mesures urgents per a l'emergència climàtica i l'impuls a les energies renovables, la Llei de Transició energètica de Catalunya (en aquell moment en fase de consulta) i la Llei estatal 7/2021, de 20 de maig, de canvi climàtic i transició energètica (en aquell moment en tramitació parlamentària).

A aquesta normativa, caldria afegir el Decret Llei 24/2021, de 26 d'octubre, d'acceleració del desplegament de les energies renovables distribuïdes i participades.

Així mateix fa referència a que el plenari municipal de l'Ajuntament de Reus de 29 de novembre de 2019 va aprovar per unanimitat assumir l'Agenda 2030 i els Objectius de Desenvolupament Sostenible (ODS) de la ONU, com a marc de les polítiques públiques a impulsar per aconseguir una societat més justa, igualitària i ambientalment sostenible.

Aquell compromís va quedar reflectit en el Pla d'Acció Municipal (2019-2023), que planifica l'acció de govern municipal al llarg del mandat de manera transversal, definint i ordenant els objectius que es volen impulsar i les accions que es duran a terme per aconseguir-los, on es recull com a línia d'acció «Impulsar els Objectius de Desenvolupament Sostenible de l'agenda 2030 de la ONU de manera transversal a totes les regidores» i en l'àmbit del Medi Ambient i la Sostenibilitat: “Avançar cap a una ciutat més sostenible i eficient”.

En execució del punt 2.6.1.4 dels objectius marcats al PAM (2019-2023) destinat a “analitzar la viabilitat de la creació d'una empresa elèctrica pública”, per acord plenari de 29 de novembre de 2020, va acordar iniciar l'expedient per acreditar la conveniència i oportunitat de la iniciativa pública municipal per a l'exercici de l'activitat econòmica de comercialització d'energia elèctrica, anomenant una comissió per al seu

estudi, fruit del treball de la qual ha estat la memòria justificativa que estem analitzant.

- Val a dir que la visió de l'operadora del sector elèctric objecte d'estudi a la memòria és, lògicament pel temps transcorregut, més àmplia que la contemplada en l'expedient de 2017 de Barcelona Energia, atès que aquesta la nova operadora pública de Reus ha de contemplar:

"(...) a més de la pròpia activitat de comercialització, i desenvolupament d' aspectes com la compra d'energia energètica, la seva gestió en els "mercats", la participació en la comercialització i la promoció d' un accés senzill, transparent i econòmicament just i sostenible al propi ajuntament de Reus.

També altres objectius de caràcter més mediambiental i social, com poden ser la promoció de l'energia neta i l'autoconsum, participació en iniciatives per la instal·lació i producció d'energies netes tant en àmbits públics com privats o publico-privats, gestió de projectes i instal·lacions d'energies renovables, gestió i auditories energètiques, redacció de projectes, construcció i manteniment d'instal·lacions, establiment de polítiques energètiques públiques, etc., en definitiva qualsevol activitat relacionada amb l'energia i especialment la promoció de polítiques energètiques sostenibles i socials."

- Pel que fa a la motivació de la creació d'un operador energètic local, aquesta és molt semblant a la que consta a l'expedient de Barcelona Energia, si bé introdueix nous matisos com, per exemple:
 - que el nucli de l'estratègia per als propers anys és l'eficiència energètica i la generació renovable de proximitat i que *"acceleri la difusió de solucions tecnològiques innovadores, impulsant un mercat entorn a l'energia i creant llocs de treball de qualitat en aquests sectors";* i
 - que *"el Govern municipal planteja, entre altres accions, la posada en marxa d'un organisme que faci les funcions de subministrament d'energia a l'Ajuntament i als seus ens dependents i pugui gestionar la capacitat generadora d'energia que actualment i en un futur puguin tenir el Consistori i els seus ens dependents. Amb l'objectiu que també es converteixi amb un element arrossegador i sensibilitzador del teixit empresarial local cap a la implantació de models energètics més sostenibles i propers al territori."*

- Quant a la viabilitat tècnica de la creació del gestor energètic local:
 - *“Des de l’ajuntament de Reus es planteja quina pot ser la figura que faci les funcions d’operador energètic, una de les opcions és que sigui una comercialitzadora d’electricitat, atès que es la figura que pot aglutinar totes les tasques que l’Ajuntament vol desenvolupar sobre la base d’aquest operador energètic local (...).”*
 - *“El desenvolupament d’aquesta activitat estaria centrada en la creació d’un operador energètic local, que també seria l’encarregat del desenvolupament de les polítiques energètiques, serà doncs l’anomenat Operador Energètic.*

Tanmateix, aquesta entitat hauria de ser molt més que una simple comercialitzadora d’electricitat. Seria la responsable d’aplicar una política energètica pública, gestionant les possibilitats de producció energètica amb fonts renovables i la promoció de l’estalvi i eficiència energètica de les instal·lacions consumidores.”
- S’exposen les diferents alternatives: comercialitzadora, consumidor directe a mercat (CDM), compra d’energia amb contractes bilaterals PPA’s i contracte bilateral amb una altra comercialitzadora.

Després de l’anàlisi de les diferents alternatives, la memòria proposa que la millor opció és la següent:

*“(...) actuar com a **Comercialitzadora Elèctrica**, per bé que al mateix temps i en paral·lel també actui com a productora en el mercat o pugui prestar altres serveis vinculats addicionals i assessorar en l’àmbit energètic, procurant la màxima eficiència dels recursos, l’ús d’energies netes i de proximitat. En aquest sentit destacar que el rol de Comercialitzadora d’energia es l’únic que permet vendre energia tant als organismes propis com a tercers, que es una de les funcions bàsiques, a banda dels altres possibles serveis esmentats, que es pretén realitzar amb aquest operador elèctric municipal.*

Ara bé, el volum de negoci, al menys inicialment d’aquesta comercialitzadora, s’entén insuficient per poder operar al mercat per si sola, pel que es considera adient i necessari establir una relació contractual amb una comercialitzadora externa que sigui l’encarregada

TODA & NEL-LO

de comprar al mercat segons les necessitats energètiques de les diferents pòlisses i que vengui l'energia al preu de compra, amb un petit diferencial.

Per seleccionar la millor comercialitzadora destinada a fer aquesta funció de “partner” i, alhora, establir el diferencial que podrà aplicar sobre el preu de compra, es preveu convocar una licitació ajustada a la normativa de contractació pública de pertinent aplicació, on les empreses comercialitzadores interessades hauran d'acreditar la seva capacitat, solvència i expertesa dins del mercat energètic i ofertar aquest diferencial destinat a cobrir les seves despeses de gestió i marge de negoci.”

- Respecte de la justificació de la conveniència i oportunitat de la iniciativa, la memòria justificativa de Reus també s'inspira en la de Barcelona Energia, si bé introdueix alguns elements nous:

(i) Aspectes de gestió energètica:

- *“El fet de disposar d'un operador amb atributs de comercialitzador propi per a l'ajuntament de Reus obre una sèrie d'oportunitats en la gestió energètica:*

ENERGIA OPTIMITZADA. Control directe de tots els punts de subministrament, els seus perfils de consum així com la demanda de cadascun d'ells. Aquest fet permet ajustar la demanda d'energia amb les necessitats dels propis consumidors. Associat a aquest punt es poden treballar molt millor les optimitzacions dels consums energètics, sigui per adequar tarifes o potències contractades, de tal manera que es compra i/o es genera l'energia justa i necessària.

En aquest sentit a continuació s'inclou un resum dels punts de subministrament i de consum del conjunt de l'operador a Reus, que partirà de la següent base (...).

COST ENERGIA sota control. Control de la gestió del cost de l'energia i els seus costos associats. El seguiment directe del cost de l'energia en el mercat elèctric (OMIE – OMIP), que permet recollir les oportunitats i possibilitats que aquest presenta, sigui de present o de futur. I l'efecte contrari, de contrarestar les incerteses de futur.

ENERGIA KM0. Disposar d'instal·lacions fotovoltaïques en els equipaments municipals, és apostar per la producció d'energies d'origen renovables i en el seu punt de consum. Aquest fet permet reduir les pèrdues energètiques que suposa actualment el transport de l'energia del punt de producció al de consum. Incentivar la producció de KM0 és doncs fer més eficient el sistema i alhora estalviar-se la producció d'una

TODA & NEL-LO

energia que es perd pel camí i es paga. Actualment els costos per pèrdues de la xarxa representen un 7% de l'energia consumida el cost de la qual va carregat als costos complementaris de l'energia.

ENERGIA 100% d'origen renovable. El model de generació elèctrica a partir de panells fotovoltaics promogut i utilitzat per l'ajuntament és energia neta i d'origen renovable. A més l'energia que assegurarà la comercialitzadora serà també 100% d'origen renovable certificada i al màxim de local possible. Actualment, entre les instal·lacions en funcionament i les previstes per enguany permetran tenir un parc de 700kWp de potencia instal·lada i una producció específica de 1.121MWh anual.

AUTONOMIA ENERGÈTICA. És a partir del control de les demandes d'energia, dels costos de l'energia i que junt amb la producció pròpia és configuren un seguit de sinergies que permeten la gestió del sistema energètic de Reus, tant en la configuració dels costos com d'avançar cap a la sobirania energètica."

- *"Atès que Reus energia no es limitarà a comercialitzar energia elèctrica, aquesta podrà oferir altres serveis complementaris relacionats amb la generació d'energia, com són la gestió i explotació de les instal·lacions de generació renovables de la ciutat o la representació de la producció d'energia davant el mercat, a més d'introduir nous mecanismes econòmics que potencïïn i permetin la implantació de plantes de producció fotovoltaica d'autoconsum per part de la iniciativa privada."*

(ii) Aspectes socials:

- *"En aquesta context, l'Ajuntament de Reus es proposa tirar endavant, junt amb Reus Serveis Municipals, un projecte destinat a crear un operador energètic, amb l'objectiu de disminuir els costos de la despesa elèctrica que comporten les diferents dependències de l'Ajuntament i de les empreses municipals, la reducció de les emissions diòxid de carboni (CO2) que generen totes aquestes activitats mitjançant diferents actuacions d'implantació de plantes solars i transició de la mobilitat dels vehicles a un model sostenible i d'emissions zero."*
- *"L'objectiu bàsic de la constitució d'una comercialitzadora és contribuir a baixar el preu de l'energia a les empreses municipals, a la pròpia Administració i, en darrer terme, a la ciutadania. Però la missió ha d'anar més enllà i aquesta s'ha de convertir en una eina útil per accelerar el canvi de model energètic des de l'àmbit municipal sota una filosofia d'activitat d'interès general."*
- *"A més, l'existència de Reus Energia, permet a l'Ajuntament disposar d'un organisme que ajudi a equilibrar desigualtats i reduir la vulnerabilitat de les famílies,*

oferint mecanismes més enllà del pur assistencialisme a través dels serveis socials, possibilitant un preu just de l'energia, aportant solucions d'estalvi i ajust dels consums elèctrics, eficiència energètica, ús racional de l'energia, alhora que permet donar suport als col·lectius en risc d'exclusió residencial i social, més necessitats d'ajudes i d'acompanyament en la seva optimització i planificació energètica als que, en una fase avançada del projecte, fins i tot es podria arribar a donar servei, amb l'objectiu de garantir i assegurar el subministrament d'aquest servei bàsic a tothom, amb especial atenció a aquells més afectats per situacions de vulnerabilitat i pobresa."

- *"La comercialitzadora elèctrica pot centrar les seves activitats al desenvolupament de serveis que acompanyin i guïïn a la població cap al canvi de cultura energètica fent que (...)."*
- *"Per tant, una comercialitzadora elèctrica municipals no s'ha de cenyir únicament a la compra d'energia elèctrica per subministrar-la a les seves dependències, ha d'anar més enllà i ser un agent transformador i sensibilitzador cap a un canvi de model energètic sostenible."*
- *"Un dels pilars que regeixen el projecte és el de reinvertir els beneficis en la generació que passin a ser actius de l'empresa i rebaixin els Kw a comprar per consum.(...) Aquesta reinversió permetrà anar en la línia de sostenibilitat i en el compliment dels objectius medi ambientals fixats."*

(iii) Anàlisi del mercat i efectes sobre l'economia:

- *"Reus sí que compta amb empreses comercialitzadores ubicades a la ciutat, però l'activitat de la nova operadora en cap cas es preveu entri en conflicte amb les mateixes.*

Al contrari, s'entén pot col·laborar a promocionar-les, tota vegada que l'objectiu local no es el de substituir o fer-se amb la quota de mercat destinada a la comercialització pura i simple (per aquesta funció ja té previst buscar un partner extern, que bé podria ser algun agent ubicat actualment a la ciutat), tampoc substituir o prendre quota de mercat a les empreses instal·ladores o assessores en l'implantació d'energies renovables del municipi.

La seva finalitat se centra en l'optimització dels recursos energètics dins l'esfera local, i en la promoció d'instal·lacions d'autosum, autonomia energètica, l'ús i producció d'energia de fons renovables, incentivant una producció i consum energètics de km 0, i reservant l'execució pròpiament dita dels projectes (instal·lació, redacció i direcció,

comercialització energètica, etc..) als operadors privats del territori. En conseqüència, si no hi ha una oferta real d'aquesta activitat, no es preveu que hi hagi, en principi, cap afectació sobre el mercat, sobre els tercers, precisament pel seu caràcter inexistent.

En un escenari de concurrència real, amb existència d'un mercat d'empreses dedicades a la generació i comercialització d'energia elèctrica, la opinió és que no es produiria cap efecte sobre aquest mercat per raó de la limitada capacitat de generació d'oferta destinada a privats que pot efectuar aquesta nova operadora.

Pel que fa a l'estabilitat pressupostària, la present memòria conté als annexes els estudis econòmics que acrediten la viabilitat de l'activitat en termes econòmics, es a dir, que l'activitat no generà cap dèficit, inclús amb preus de venda més competitiu que els de preus de referència de les altres fonts de subministrament d'energia..”

(iv) Impacte sobre l'ocupació:

- *“Està previst que el projecte, en la seva fase inicial, generi de forma directa dos nous llocs de treball per dur a terme les tasques inicials de desplegament de la comercialitzadora(...) Així mateix, un cop es pugi iniciar l'activitat, es generarà també ocupació de forma indirecta, a través de les possibles empreses subcontractades per manteniment, assessorament, construcció d'equipaments, etc.*

A mig termini, en el segon any de funcionament, i un cop s'hagi de desplegar tota l'activitat prevista, es preveu la incorporació d'un altre tècnic. Així mateix, considerant les potencials activitats a desenvolupar per aquesta societat a nivell de auditories energètiques, gestió dels consums, suport en cas de voler implementar un sistema de generació per autoconsum, caldrà contemplar la integració a la plantilla de nous tècnics per afrontar aquestes tasques. Igualment, considerant que es contempla l'execució de projectes de plantes solars a executar per potenciar la generació d'energia neta, requerirà la presència de personal tècnic que porti a terme aquestes tasques.

Altrament també es pot esmentar el ventall d'oportunitats que aquesta activitat generarà, que van més enllà dels llocs de treball directes i indirectes, en la mesura que tot sovint una iniciativa econòmica rendible, atreu altres inversors que generen una indústria, que seria plenament innovadora pel municipi.”

- Pel que fa al desplegament del projecte, la memòria justificativa de Reus tracta i analitza les gestions pròpies de l'operador energètic i les fases d'implantació i desplegament de Reus Energia (amb 4 fases).

- Quant a les necessitats de Reus Energia, s'analitzen els recursos humans, els estructurals, els tècnics i materials i els externs.
- Respecte de la viabilitat econòmica i anàlisi financera, s'analitzen les pòlisses elèctriques, els consums d'energia, l'estructura de costos del sistema elèctric (potència contractada, energia consumida, Impost elèctric), anàlisi dels costos, el càlcul del potencial estalvi i el càlcul de la viabilitat econòmica (aspectes generals del pressupost de l'activitat, ingressos, tarifes aplicar, resultat econòmic i viabilitat i inversions).

Finalment, la memòria justificativa de Reus conclou que:

- *“L'alternativa més viable i garantista a per la gestió de l'energia elèctrica segons els plantejament realitzat és la constitució d'una comercialitzadora elèctrica integrada en l'estructura de Reus Serveis Municipals SA.*
- *Reus Serveis Municipals SA podria ser la societat idònia per a assumir les tasques que es pretenen atribuir a l'operador energètic i les tasques de la Comercialitzadora. Dins dels seus estatuts ja consta l'activitat de generació d'energia elèctrica i la comercialització.*
- *Desenvolupar l'activitat d'un operador amb atributs de comercialitzador energètic és una activitat que per si mateixa pot generar benefici econòmic.*
- *La possibilitat de disposar d'un operador energètic local permet anar més enllà de comprar i vendre energia i s'ha de convertir en una eina útil per accelerar el canvi de model energètic des de l'àmbit municipal sota una filosofia d'activitat d'interès general.*
- *L'operador energètic ha de permetre oferir altres serveis com: auditories energètiques, gestió dels consums, suport en cas de voler implementar un sistema de generació per autoconsum, etc...*
- *Es pot plantejar el tractament de les famílies vulnerables i famílies en règim d'exclusió social a través de la contractació de les pòlisses amb Reus Energia, permetent l'aplicació de descomptes, bons socials o altres fórmules que garanteixin el subministrament elèctric.*
- *Els escenaris estudiats corresponen a una situació plantejada en el moment del seu estudi i anàlisi i per tant, estan condicionats a la particularitat del mercat elèctric. No obstant això els paràmetres de partida es consideren suficientment conservadors i per tant mantenen un ampli marge de maniobra.*

TODA & NEL-LO

- *Invertir en projectes de producció d'energia renovable permet tenir un millor control del preu de l'energia, baixar molt més el preu del kWh i alhora augmentar encara més els estalvis anual.*
- *El cost actual de l'energia és un preu segur, però apostar per l'operador comercialitzador es disposar de més capacitat de millora i actuació per tal de poder desenvolupar les polítiques energètiques que vol l'Ajuntament de Reus.*
- *L'estalvi generat permet invertir en la construcció de plantes de producció solar fotovoltaïques per augmentar la generació d'energia per autoconsum.*
- *Disposar d'un operador energètic local proporciona un eina arrossegadora cap a un canvi de model energètic orientat a optimitzar el consum elèctric i potenciar la generació d'energia neta per assolir el compliment dels objectius mediambientals de reducció d'emissions."*

En virtut de la tramitació de l'expedient d'iniciativa pública local per a l'exercici de l'activitat econòmica de comercialització d'energia elèctrica objecte de la memòria justificativa exposada, l'Ajuntament de Reus, a través de la nova divisió de Reus Serveis Municipals S.A. dedicada a al producció i comercialització d'energia, Reus Energia, té diferents instal·lacions de generació d'aprofitament de recursos renovables, principalment fotovoltaica, a les escoles de la ciutat i altres edificis

La producció d'aquestes instal·lacions és comercialitzada per Reus Energia per a l'autoconsum del propi Ajuntament.



amep@amep.cat

<https://amep.cat>