



17/2021 TXOSTENA, ABENDUAREN 2KOA, KONTRATAZIO PUBLIKOAREN A HOLKU-BATZORDEAREN OSOKO BILKURARENA.

XEDEA: KONTSUMITZAILE ETA ERABILTZAILEEN ESTATUTUAREN LEGE-AURREPROIEKTUA

I.- AURREKARIAK.

2021eko irailaren 16an, Turismo, Merkataritza eta Kontsumo Sailak txostena eskatu zuen, Kontsumitzaileen eta Erabiltzaileen Estatutuaren lege-aurreproiektuari buruz.

Espedientea prozedurak elektronikoki izapidetzeko aplikazio informatikoaren -Tramitaguneren- bidez izapidetu da (erreferentzia: DNCG_LEY_1952/19_52).

II- ESKUMENA.

Xedapen orokorrak egiteko prozeduraren abenduaren 22ko 8/2003 Legearen 11. artikulua honakoa ezartzen du: «Nahitaezko txostenak eta kontsulta-organoen irizpenak izapide hori arautzen duten xedapenek ezarritako unean eta eran eskatuko dira».

Kontratazio Publikoaren Aholku Batzordeak eskumena du aipatutako arauaren proiektuari buruzko txostena egiteko; izan ere, horrek eragina du kontratazio publikoan, Euskal Autonomia Erkidegoko Sektore Publikoaren Kontratazioaren araubidea ezartzeko uztailaren 27ko 116/2016 Dekretuaren 27. artikulua a) letraren 1. apartatuan xedatutakoari jarraikiz.

«27. artikulua.– Aholkularitza-eginkizunak.

Aholkularitza-eginkizuna betetzean, hauek egitea dagokio Kontratazio Publikoaren Aholku Batzordeari:

a) Hauei buruz nahitaez informatzea:

1.– Kontratazio publikoaren alorreko edo haren eremuan eragiten dutenei buruzko xedapen orokorren proiektuak edo aurreproiektuak, Gobernu Kontseiluak edo hango sailburuek onartu beharrekoak».

Xedapen-proiektua denez eta helburua ez duenez sektore publikoko erakundeak sortzea edota Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorreko eta Instituzionaleko erakundeen egitura



organiko eta funtzionalak arautzea txostena onartzeko eskumena Aholku Batzordearen Osoko Bilkurari dagokio, 116/2016 Dekretuaren 30. artikularekin bat.

II.- OHARPEN JURIDIKOAK

Lege-aurreproiektuan kontratazio publikoari egiten zaion aipamen bakarra 92. artikularen bigarren atalera mugatzen da, honako hau dio:

(...)

2. Euskal administrazio publikoek kontratuak egiten dituztenean kontsumitzaile eta erabiltzaileei kontsumo-harremanen bidez ondasun edo zerbitzuak eskaintzen dizkieten enpresekin, kontratua egiteko beharrezko baldintzatzat jaso beharko dute enpresa adjudikazioduna kontsumoko arbitraje-sistemara atxikita egotea.

Lehenik eta behin, artikularen idazkerari dagokionez, badirudi artikulua hori ez dela zabaltzen euskal administrazio publikoek egiten dituzten kontratu guztietara, baizik eta administrazio publikoek hirugarren bat kontratatzen dutenak besterik ez ditu hartzen, kontsumitzaile bati zuzenean zerbitzu bat eman diezaion, aurreproiektuak 3.g) artikuluan definitzen duen bezala, harremana hau baita:

g) Kontsumo-harremana: kontsumitzaile edo erabiltzaile baten eta enpresaburu baten artean sortzen den harreman juridikoa da, barnean hartzen dituen ondasun eta zerbitzuen informazioa, eskaintzak, sustapenak, publizitatea, merkaturatzea, erabilera, salmenta eta hornidura, baita alderdi horietatik datozen betebeharrak ere.

Hau da, aurreikuspen hori aplikatzekotan, harreman juridikoak egon behar luke administrazioaren esleipendunaren eta kontsumitzailearen edo erabiltzailearen artean, eta ez haren eta administrazioaren artean. Beraz, badirudi zerbitzu-emakidako kontratuez ari dela, eta, gutxiago, obra-emakidako kontratuak edo herritarren aldeko zuzeneko prestazioak dakartzaten beste zerbitzu-kontratu batzuez.

Xedapen hori zein lizitazio motari buruzkoa den alde batera utzita, gure buruari galdetu behar diogu zein lizitazio uneri buruzkoa den "*kontratatzeko bete beharreko baldintza izango da*" esamoldea, guztiz anbigua baita. Nolanahi ere, horrelako klausulak baldintza gisa ezartzeko balizko hiru kasuak aztertuko ditugu.



Hala, aztertu behar dugu ea enpresa lizitatzaila kontsumoko arbitraje-sistema bati atxikita egoteko obligazioa ba ote den enpresaren kaudimen teknikoren bat. Gai hori Estatuko Kontratazio Batzordeak ebatzita dauka 33/99 txostenean (1999ko ekainaren 30ekoa). Txosten horretan, honako hau adierazi zuen:

Europako Erkidegoko zuzentarauek eta Herri Administrazioen Kontratuen Legeak argi eta garbi bereizten dituzte kontratista hautatzeko fasea eta kontratua esleitzeko fasea, eta arau desberdinek arautzen dituzte horiek. Hala ere, Europar Batasuneko zuzentarauek interpretazio-elementu gisa erabiltzeari ezin zaio aurka egin zuzentarau horiek zerbitzu publikoak kudeatzeko kontratua oraindik arautzeke dagoela esanda; izan ere, dagoeneko badagoen arren proiekturen bat edo beste zerbitzu publikoak kudeatzeko kontratu horiek Batasuneko Zuzenbidean sartzeko, finean Administrazio Publikoen Kontratuen Legeak (horretarako ia literalki kopiatuz Zuzentarauetako arauak), 19. Artikuluaren bidez, erregulatuta dauka kaudimen teknikoa edo profesionala badirela enpresak aztertzerakoan kontu hartu beharreko irizpidea, eta hori Legeak arautzen dituen bestelako kontratuetan ere aplikatu behar dela, hau da, obrako edo hornidurako kontratuak ez diren kontratuetan, alegia, zerbitzu publikoak kudeatzeko kontratuetan. Gainera, 87. artikulua (kontratu guztiei aplikatzekoa da, izaera orokorra duelako eta Herri Administrazioen Kontratuen Legearen I. liburuan jasota dagoelako) aratuta dauka kontratuak esleitzeko irizpide objektiboak, eta dio irizpide horiek eskaintzetan bete behar direla eta ez enpresetan.

3. Azaldu diren ideia orokorrak abiapuntutzat hartuta, ikus daiteke Herri Administrazioen Kontratuen Legearen 19. artikulua ez duela inongo atalik aukera ematen duenik kontsumoko arbitraje-sistema bati edo, oro har, arbitraje-sistema bati atxikita egon beharra kaudimen-baldintza gisa txertatzeko. Kontsulta-idazkian egiten den bezala, emandako zerbitzu publikoaren kalitatearekin lotu nahi bada kontu hau, eta, beraz, 19. artikulua f) apartatuarekin (kalitatea kontrolatzeko enpresaburuek hartutako neurrien deklarazioari buruzkoarekin), adierazi behar da enpresa arbitraje-sistema bati atxiki izanak ez duela zerikusirik enpresa horrek zerbitzua emateko daukan kaudimen teknikoarekin; badira kaudimen handia duten enpresak eta zerbitzua ondo eman dezaketenak, nahiz inongo arbitraje-sistemari atxikita ez egon, eta, alderantziz, badira enpresak inongo kaudimenik ez dutenak, nahiz sistemaren bati atxikiak egon, eta zerbitzu kaskarra ematen dutenak. Eta hori are argiago dago zenbat eta erreklamazio gehiago aurkeztu eta zenbat eta kontu gehiago aztertu arbitraian. Kontuan hartzen bada, gainera, Herri Administrazioen Kontratuen Legearen arabera, kaudimen teknikoaren baldintza hori ezarriz gero, arbitraje-sistemari atxiki ez zaizkion enpresa guztiak baztertu beharko lirakeela, eskaintzak aztertzeko aukerarik gabe, eta horrek



diskriminazio-efekturen bat sor lezakeela Europar Batasuneko gainerako herrialdeetakoak izanik espainiarrak ez diren enpresaburuekiko, eta inguruabar hori nahikoa izango litzateke, berez, ez onartzeko arbitraje-sistemaren bati atxikia egon beharra kaudimen-baldintza moduan sartzeko baldintza-agirietan”.

Hala, nahiz eta erreferentziak Administrazio Publikoen Kontratuei buruzko maiatzaren 18ko 13/1995 Lege indargabetuaren 19. artikuluari buruzkoak ziren, Estatuko Batzordeak egin dituen oharpenak eta ondorioak guztiz indarrean daude, Sektore Publikoko Kontratuei buruzko azaroaren 8ko 9/2017 Legearen 86. artikuluan eta hurrengoetan arreta jartzen badugu. Lege horren bidez egin zen Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2014/2014 otsailaren 26ko eta Europar Batasuneko 88/2014 Zuzentarau zehatzen transposizioa, Espainiako ordenamendu juridikora egokitzeke.

Esleipen-irizpide gisa erabiltzeko aukerari dagokionez, hau adierazi dute Baliabide Zentralen Administrazio Auzitegiaren ebazpenek (897/2019 eta 235/2019 ebazpenen bidez):

Esleipen-irizpideren bat 2014/24 Zuzentarauarekin bat datorren esateko, bi alderdi zehatz bete behar ditu, hona hemen:

1. 2014/24 Zuzentarauak eta Erkidegoko jurisprudentziak esleipen-irizpide moduan jokatzeko eskatzen duten beharrezko ezaugarria agertzea irizpidean, hau da, benetan esleipen-irizpidea izatea, eta

2. Aurreko baldintza hori betez gero, irizpideak Europako araudiaren (2014/24/EB Zuzentarauaren 67. artikulua) lau baldintzak eta Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren jurisprudentziaren baldintzak bete beharko ditu (nolanahi ere, kontratu publiko bat esleitzeko irizpideak bete behar dituzte baldintza horiek):

a) Kontratuaren xedeari lotuta egon behar dute.

b) espezifikoak eta objektiboki kuantifikagarriak izan behar dute.

c) Europako Zuzenbidea errespetatu behar dute, bereziki diskriminaziorik ezaren printzipioa, eta, horrekin batera, zerbitzuak emateko eta ezartzeko askatasuna.

d) Aldez aurretik argitaratu behar dira.

Aurreko guztiaz gain, irizpideek aukera eman behar dute eskaintza bakoitzak kontratuaren xedearikiko duen errendimendu-mailaren ebaluazio konparatiboa egiteko, zehaztapen teknikoetan zehazten den bezala.

Aipatutako irizpide zehatzari dagokionez, enplegatuen ezaugarriak, kontratuaren



betearazpenean kalitatea baldintzatzen dutenak kontratuaren xede den prestazioan, bai erabil daitezke adjudikazio-irizpide gisa, baina soilik hori erabakigarria bada kontratuaren errendimendu-mailarako. Azken alderdi horri buruz, Zuzentarauaren 67. artikulua zehazten du ezen langileen kalitate horrek eragin nabarmena izan dezakeela kontratua betearazteko. Beraz, esleipen-irizpide bat kontratua gauzatzeko erabiltzen diren langileen alderdi, inguruabar edo ezaugarrietan oinarritzekotan, horiek kontratuaren xede den prestazioaren errendimendu-mailan edo kontratuaren exekuzioan eragin nabarmena badute besterik ezingo da oinarritu. Eta langileen kalitatea kontuan hartzen bada (adimen-zerbitzuetan, adibidez), langileen antolamendua, kualifikazioa eta esperientzia erabil daitezke esleipen-irizpide gisa. Aitzitik, ezin dira esleipen-irizpide izan eskaintzak kontratuaren xedearen gainean duten errendimenduaren arabera konparatiboki ebaluatzeko aukera ematen ez duten irizpideak, ez baitiote eragiten ez exekuzioaren kalitateari, ez eta balio ekonomikoari ere. Bestalde, 2014/24 Zuzentarauak berak zehazten duen bezala, produkzio-prozesuari lotutako zenbait gizarte-kontsiderazio esleipen-irizpide edo egikaritze-baldintza gisa soilik erabil daitezke, 2014/24 Zuzentarauaren 98. kontuan hartutakoan ezartzen den bezala, honako hau zehazten baitu: “ ... 96/71/EE Zuzentarauaren arabera aplikatu beharko lirateke, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak interpretatzen duenaren arabera, eta ez dira hautatu edo aplikatu behar beste estatu kide batzuetako edo hirugarren herrialdeetako operadore ekonomikoak zuzenean edo zeharka diskriminatzeko moduan, baldin eta ACPn edo Batasuna partaide den Merkataritza Askeko Akordioetan parte hartzen badute.

Beraz, ikusi dugunez, ezingo litzateke esleipen-irizpide gisa erabili; izan ere, adierazi den bezala, arbitraje-sistema bati atxikitzeak ez dakar eskaintza ekonomikoki onuragarriagoa izatea, eta ez du aukerarik ematen eskaintza bakoitzak kontratuaren objektuarekin alderatuta duen errendimendu-maila konparatzeko; aitzitik, enpresaren berezko zerbait izango da, eta haren kaudimena neurtzean soilik baloratu ahal izango zatekeen, eta hori jada baztertu dugu.

Azkenik, betearazteko baldintza berezi gisa kontuan hartuko balitz, Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2014/23/EB eta 2014/24/EB Zuzentaruaren transposizioa egiten duen Sektore Publikoko Kontratuei buruzko azaroaren 8ko 9/2017 Legearen 202. artikulua honakoa dauka adierazita halakoen inguruan: *kontratazio-organismoek baldintza bereziak ezarri ditzaketela kontratua gauzatzeari buruz, baldin eta kontratuaren objektuarekin lotuta badaude, 145. artikulua ildotik, ez badira zuzenean edo zeharka baztertzailak, eta bateragarriak badira Europar Batasuneko zuzenbidearekin, eta lizitazioaren iragarkian nahiz pleguetan adierazita badatoz.,*

Bestalde, 2014/23/EB Zuzentarauak berak, 97. kontuan hartutakoen atalean, honako hau



jasotzen du: *“Bestalde, kontratazio-prozeduretan are gehiago txertatzeko bai kontsiderazio sozialak bai ingurumenari lotutakoak, botere esleitzailleek baimena izan behar dute esleipen-irizpide edo kontratueterako exekuzio-baldintza jakinak ezartzeko kontratu publiko baten bidez bideratuko diren obra, hornidura edo zerbitzuetan, kontratu horietako edozein alderditan nahiz bizi-zikloaren edozein fasetan, hasi produktua sortzeko beharrezko lehengaiak erauztetik eta produktua desagiteko fasera arte, barruan daudela obra horien ekoizpen-, prestazio- edo merkataritza-prozesu espezifikoan esku hartzen duten faktoreak eta horien baldintzak, hornidurak edo zerbitzuak, edo bere bizi-zikloko aurreragoko faseko prozesu espezifikoren bat, baita faktore horiek ez badira ere substantzia materialaren parte; eta 70. artikulua dio botere esleitzailleek kontratua gauzatzeko baldintza bereziak ezarri ditzaketela, baldin eta kontratuaren xedeari lotuta badaude, 67. artikuluko 3. pleguan adierazitakoaren arabera, eta lizitazioko deialdian edo kontratazioko pleguan adierazten badira. Baldintza horiek kontsiderazio ekonomikoak edo berrikuntzarekin lotutako baldintzak izan daitezke, edo ingurumenarekin, gizartearekin edo enpleguarekin lotutakoak.*

Azken batean, betearazteko baldintza berezi bat erabiltzea izango litzateke, hala badagokio, kontsumoari atxikitzeke betebeharrari buruzko baldintza bat sartzeko bide bakarra. Nolanahi, sartzekotan ere, ez daiteke inongo baldintzarik jarri gabe sartu; aitzitik, Zuzentarauak berak ezartzen dizkigu bete beharreko baldintza batzuk, hala nola:

- Zuzenean edo zeharka, beste estatu kide batzuetako edo beste herrialde batzuetako operadore ekonomikoak ez diskriminatzea.
- Kontratuaren xedeari lotuta egotea.
- Aldez aurretik argitaratzea.

Azkenik, kontsumoko arbitraje-sistemari atxikitze hori zein eremu subjektibotan aplikatu beharko litzatekeen zehaztu behar da. Zehazki, komenigarria litzateke aztertzea Administrazio Instituzionaletan nola darabiltzaten, kasu askotan kontsumitzaileekin zuzeneko harremana dutela kontuan hartuta. Bereziki, zuzenbide pribatuaren mendeko ente eta sozietateetan, berariaz jasota gera dadin, hala badagokio, aipatutako kontsumitzaileekin egin beharreko kontratuetan arbitrajea sartzeko gomendioa. Izan ere, ez litzateke aplikagarria Euskal Autonomia Erkidegoko Ogasun Nagusiaren Antolarauei buruzko Legearen Testu Bategina onartzen duen azaroaren 11ko 1/1997 Legegintzako Dekretuaren 42.2 artikulua. Artikulu horretan ezartzen denez, Jaurlaritzaren Kontseiluaren alde aurreko baimena behar da arbitrajearen mende jartzeko, eskubide publiko eta pribatuak baldin badira eta horien titulartasuna Administrazio Orokorrarena eta haren erakunde

autonomoena denean, biak ala biak, nagusiki, zuzenbide publikoaren mende badaude.

IV.- ONDORIOAK

Azaldutako guztiagatik, uste dugu Kontsumitzaileen eta Erabiltzaileen Estatutuaren Legearen aurreproiektuaren 92.2 artikuluan jasotako aurreikuspena, alegia, enpresa esleipendunak kontsumoko arbitraje-sistemari atxikitzea egon behar duela kontratazio publikoan sartuko bada, egikaritze-baldintza berezi bezala txertatu behar litzateke, txertatzekotan ere. Era berean, testuari segurtasun juridiko handiagoa emateko, zehaztasun handiagoz aztertu beharko litzateke aurreikuspen horren xede den eremu subjektiboa.

Batzorde honek, aurreko gogoetetan adierazitakoa oinarri hartuta, 92.2 artikuluan jasotako testuaren ordeztu honako hau jartzea proposatzen du:

«2. Lege honen 78.1 artikuluan zerrendatutako Euskadiko edozein erakunde publikok obra-emakidako, zerbitzu-emakidako edo Sektore Publikoko Kontratuei buruzko azaroaren 8ko 9/2017 Legearen 312. artikuluan aurreikusitako kontratuetako bat egiten duenean – Lege horren bidez, Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2014/23/EB eta 2014/24/EB zuzentarauen transposizioa egiten da Espainiako ordenamendu juridikora –, eta kontratu horren barruan sartuko da kontsumitzaile gisa ondasunak edo zerbitzuak kontsumitzeko baldintza bereziak dituen operadore ekonomiko batekin,