

**10/2023 TXOSTENA, EKAINAREN 15EKOA, KONTRATAZIO PUBLIKOAREN A HOLKU-
BATZORDEAREN BATZORDE IRAUNKORRARENA.****XEDEA: ITUNPEKO SUSTAPENEN IZAERA JURIDIKOARI BURUZKO KONTSULTA.****I.- AURREKARIAK.**

2023ko maiatzaren 26an, Lurralde Plangintza, Etxebizitza eta Garraio Saileko zuzendariak txosten eskaera bat egin zion Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratazio Publikoaren Aholku Batzordeari, Eusko Jaurlaritzak azalera-eskubidean utzitako BOEen itunpeko sustapenei zein sustapen pribatuari aplikatu beharreko izaera eta araubide juridikoari buruz, ekimen pribatuko BOEak sustatzeko enpresa-proiektuen deialdi publikoa egin ondoren. Hau da, diruz lagundu daitezkeen jarduketan izaera zehazteko eskatzen du, ekimen pribatuarekin babes ofizialeko etxebizitzan (BOE) itunpeko sustapenak egiteko.

II.- ESKUMENA.

Euskal Autonomia Erkidegoko Sektore Publikoaren Kontratazioaren araubidea ezartzen duen uztailaren 27ko 116/2016 Dekretuaren 27.c artikulua arabera, aholkularitza-eginkizuna betetzean, hau egitea dagokio Kontratazio Publikoaren Aholku Batzordeari, besteak beste: «Euskal Autonomia Erkidegoko sektore publikoko erakundeek kontratazio publikoaren alorrean haren irizpena eskatzen duten gaiei buruz informatzea; irizpen-eskaera hori kontratazioa kudeatzeko mandatua duten Eusko Jaurlaritzako zuzendariak edo sektore publikoko gainerako erakundeetako legezko ordezkariak egin behar dute, idatziz». Aholku Batzordearen eskumenekoa da, halaber, interes ekonomikoak eta profesionalak dituzten elkarteek eta erakundeek kontratazioaren alorrean haren irizpena eskatzen duten gaiei buruz informatzea; irizpen-eskaera organo ordezkariak egin behar du».

Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratazio Publikoaren Aholku Batzordeak Sektore Publikoko Kontratuei buruzko azaroaren 8ko 9/2017 Legearen 328. artikuluan eta Euskal Autonomia Erkidegoko sektore publikoaren kontratazioaren araubidea ezartzen duen uztailaren 27ko 116/2016 Dekretuaren 27. artikuluan ezarritakoa beteta baino ezin ditu egin txostenak. Lege horren bidez, Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2014ko otsailaren 26ko 2014/23 (EB) eta 2014/24 (EB) zuzentarauen transposizioa egiten da Espainiako ordenamendu juridikora.

Ondorioz, Aholku Batzordearen txostenak kontratazio publikoko gai orokorreari buruzkoak baino ezingo dira izan, eta ez dute eskumenik izango txostenak egiteko eta lege-manuek Batzorde hori ez den beste organo batzuei adjudikatzen dizkieten eginkizunak ordezteko, esaterako, hizpide dugun kasu zehatzean. Azalpen hori bera jaso du Estatuko Kontratazio Publikoaren Aholku Batzordeak hainbat txostenetan (besteak beste, 48/18, 72/18, 97/18 eta 31/21 txostenetan), eta batzorde honen 18/19 txostenean ere horrela azaldu da.

Horrenbestez, txosten hau irizpide juridiko orokorrak adieraztera mugatuko da, eta ez ditu eskaera honetan jasotako eztabaida zehatzak ebatziko.

III. OHARPEN JURIDIKOAK.

Lehenik eta behin, kontuan hartu behar da Aholku Batzorde Juridikoak (aurrerantzean, EABJ) behin baino gehiagotan aztertu duela Itunpeko Sustapenen izaerari buruzko gaia (ikus 5/2018 Erabakia, ekainaren 6koa, 119/2020 Irizpena, irailaren 9koa, eta 125/2021 Erabakia, uztailearen 15ekoa).

Batzorde horrek ebatzi du adjudikazioarekin perfektionatutako izaera administratiboko kontratu bat dela. Era berean, adierazi du deialdia eta dagokion adjudikazioa egin aurretik babes publikoko etxebizitzak eraikitzeke lursaila erosi dela, eremuaren hirigintza-garapenari ekin ondoren, dagozkion hirigintza-tresnak onartuta (birpartzelazio-proiektua, urbanizazio-proiektua, xehetasun-azterketak eta beharrezkoak izan daitezkeen gainerakoak). Kontratu horiek gauzatzeko ezinbesteko elementua izateaz gain, haien interes publikoko helburua nabarmentzen dute, dagokien kolektiboaren interes orokorrak zaindu behar dituzten administrazio publikoek bermatu eta babestuta.

Negozio horiek, funtsean, azalera-eskubide bat eratzea eta, ondoren, atxikitako etxebizitzak eta eranskinak eraikitzeke eta besterentzeko obrak burutzea dakarte, eta lotura estua edo berehalakoa dute etxebizitzaren arloan eskumena duen sailaren (hau da, Lurralde Plangintza, Etxebizitza eta Garraio Sailaren) berariazko jardunarekin edo trafikokoarekin, bere eskumen espezifikokoaren helburu publikoak betetzera bideratuta baitaude. Ondorioz, kontratu horiek behar bezala betetzea ezinbesteko baldintza da sailak herritarren etxebizitza-eskuragarritasunaren alde egiten dituen jarduketak bideragarriak izateko, Espainiako Konstituzioaren 47. artikulua adierazitako politika sozial eta ekonomikoaren printzipio gidariarekin bat etorritik, herritarrek etxebizitza duin eta egokia izateko duten eskubidea defendatzen baitu.

Horregatik, kontratu horiek interes publikoko helburuekin zuzenean lotuta daudenez, helburuongatik zertuak izanik, EABJk ondorioztatu du ezinbestekoa dela kontratu horien babesa bermatzea, negozio juridiko horiek administrazio horri gehiegizko eskumenak ematea ezaugarri duen lege-araubide horren mende jarritz; alegia, administrazio-kontratu berezi gisa kalifikatu behar dira ezinbestez.

Era berean, goian aipatutako irizpenetan 5/2018 Erabakian adierazitakoa jasotzen da, eta honela itzul liteke:

«Gaia ez da batere erraza, harreman konplexu baten aurrean baikaude, ezin dena "kontratu tipikoen" multzoan sartu. Gainera, kontratu-harremaneko alor ezberdinetan kontuan hartu beharreko ondare- eta hirigintza-konnotazioak ditu.

Adierazi bezala, alde batera utzi behar dugu kontratua tipikotzat kalifikatzea, izaera administratibo bereziko kontratutzat jo behar baitugu. Horretaz ari da Sektore Publikoko Kontratuen Legearen testu bateginaren 19.1.b artikulua, azaroaren 14ko 3/2011 Legegintzako Errege Dekretuak onartua (aurrerantzean, 3/2011 LED) —azalera-eskubidearen eraketa lizitatu eta adjudikatu zenean indarrean zen araua—, eta horrela kalifikatzen dira, kontratuon objektua ez denean legeak kontratu tipikoetarako zehazten duena, baina, era berean, administrazio kontratatzailearen jardun edo trafiko espezifikoari lotuta badaude, edo administrazio horren eskumen bereziko helburu publiko bat zuzenean edo berehala betetzen badute.

Kalifikazio hori ez da erraza kontratuaren objektuak Administrazioaren ondare-ondasun bati eragiten dion kasuetan; izan ere, lege horren beraren 4.1.p) artikulua kontratu pribatu gisa kalifikatzen ditu, oro har, ondasun higiezinari buruzko salerosketa, dohaintza, truke, errentamendu eta bestelako negozio juridiko analogoak, sektore publikoko kontratuen legeriaren eremutik kanpo utzita, eta, araubide juridikoari dagokionez, ondare-legerian xedatutakora igortzen du. Salbuespen berari eusten zaio 9/2017 Legearen 9.2 artikuluan. Horrenbestez, zehaztu behar dena da zeri eman behar zaion lehentasuna Administrazioak egindako kontratu bat administratibo gisa kalifikatzeko, edo xedeko interes publikoarekin duen loturari, edo haren objektuari berari, kausa edozein dela ere. Bigarren kasu horretan, 3/2011 Legegintzako Errege Dekretuaren 4.1.p) artikulua araberak, administrazio publiko batek egindako kontratuak —honako hau kasu— pribatuak izango dira beti, helburua edozein dela ere.

Egitan, ordea, administrazio publiko batek bere lurzoru-ondarean azalera-eskubide bat eratzea modu askotara kalifikatu izan da administrazioan. Kasuren batean, sektore publikoaren eta pribatuaren arteko lankidetzakontratutzat ere hartu izan da (24/2012 Ebazpena, Andaluziako Juntako Kontratu Errekurtsoen Administrazio Auzitegiarena, Justiziaren Hirian eraikin bat eraikitzeari eta ustiatzeari buruzkoa).

Beste adibide bat da Madrilgo Aholku Kontseiluaren 2014ko apirilaren 30eko 181/2014 Irizpena. Irizpen hori kirol-azpiegitura jakin batzuk eraikitzeari buruzkoa da, eta kontratu pribatutzat hartzen da. Baina administrazio-kontratu berezitzat ere hartu da, adibidez, Asturiasko Printzerriko Aholku Kontseiluaren 385/2011 Irizpenean, abenduaren 22koan, hirugarren adinekoentzako egoitza bat eraikitze eta ustiatzeko azalera-eskubide baten kasuari buruzkoa.

Aztertzen ari garen kasuari dagokionez, batzorde honentzat, administrazio-izaerako kontratua da argi eta garbi, kausa eta helburua gailentzen zaizkiolako ondare-izaerari.

Aurreratu dugun bezala, azalera-eskubidepean utzitako lursailen xedea zen, azalera-eskubide horren kostu bidezko emakida arautzen zuen baldintza tekniko eta juridikoen agirian jasotzen denez, erregimen orokorreko babes ofizialeko 30 etxebizitza eraikitze kokagune izatea, zeinak etxebizitzaren arloan eskumena duen sailak ezarritako baldintzak betetzen zituzten pertsona fisikoei edo bizikidetzak-unitateei besterentzeko baitziren.

Adjudikazio-deialdian parte hartu ahal izan zuten, baldintza-agirian ezarritakoari jarraikiz, pertsona natural eta juridikoen, espainiarrek edo atzerritarrek, jarduteko gaitasun osoa izanik eta beren araubide juridikoen arauen arabera eratuta, sektore publikoko kontratuen legeriak eskatutako baldintzak betez gero.

Proposamenak eta agiri osagarriak aurkezteko, martxoaren 4ko 39/2008 Dekretuak, babes publikoko etxebizitzaren araubide juridikoari eta etxebizitzaren eta lurzoruaren inguruko finantza-neurriei buruzkoak, 34.1 artikuluan xedatutakoa bete behar da. Araudi hori, zalantzarik gabe, publikoa da, eta eragiketaren ondare-alderdiari gailentzen zaio.

Babes publikoko etxebizitzaren itunpeko sustapenen onurak lizitazio irekiaren prozeduraren bidez adjudikatzea eta adjudikatzeko modua bera arautzen zituen administrazio-klausula partikularren agiriaren arabera, lehiaketa eta ondorengo jarduketak baldintza-agirian, Euskal Herriko Agintaritzaren Aldizkarian horretarako argitaratutako deialdiaren oinarrietan eta baldintza tekniko eta juridikoen agirian jasotako klausulen arabera egin behar ziren. Horietan ezarritakoaz gain, administrazio- eta ondare-kontratazioaren arloan indarrean dagoen legerian xedatutakoa aplikatuko litzateke.

Auzitegi Goreneko Arlo Zibileko Salak azaroaren 26ko 1110/2002 epaian (JB 2002\9935) baieztatzen duen bezala, doktrinaren sektore garrantzitsu batek uste du azalera-eskubideak bi modalitate izan ditzakeela: hiri-eskubide komuna edo klasikoa, interes partikular hutsak asetzeagatik eta izaera horretako lurzoruaren gainekoa izateagatik, zuzenbide zibilak ezartzen duenez bestelako arauketa batek ukitu behar ez duena; eta

hirigintzakoa, Administrazioak lurzoruaren merkatuan esku hartzeko eta antolamendu-planetan etxebizitza edo beste eraikin jakin batzuen eraikuntza sustatzeko baliatu nahi duen tresnetako bat denez, Lurzoruaren Legearen aginduzko manuen mende jarri behar dena. Bereizketa hori zehatzago jaso eta garatu du Madrilgo Auzitegi Nagusiko Administrazioarekiko Auzien Salako 2. sekzioak, ekainaren 10eko 829/2003 epaian.

Doktrina horren arabera, bereizi egin behar dira, alde batetik, hiriko azalera-eskubidearen eraketa, sektore publikoko kontratuen legeriaren aplikazio-eremutik kanpo dagoen negozioa baita, eta, bestetik, hizpide dugun kasuan bezala, azalera-eskubidea administrazioen etxebizitza-politika egikartzeko tresna izatea; azken kasu hori helburu publiko batekin eta erregulazio juridiko-publiko baten esparruan garatzen da.

Bigarren kasu hori —eta horixe da, berriro diogu, aztergai duguna— Lurzoruari eta Hirigintzari buruzko ekainaren 30eko 2/2006 Legeak ere jasotzen du 128. artikuluan eta hurrengoetan, lurzoru-ondare publikoak ustiatzera bideratuta; ondare horiek, jakina denez, independenteak eta administrazio bakoitzaren gainerako ondaretik bereiziak dira, eta hirigintzarekin eta etxebizitzarekin lotutako zenbait helburu publiko betetzeari atxikita daude. Bestalde, babes publikoko etxebizitzaren araubide juridikoari eta etxebizitzaren eta lurzoruaren inguruko finantza-neurriei buruzko martxoaren 4ko 39/2008 Dekretuak azalera-eskubidea jasotzen du 28. artikuluan, eta ezartzen du administrazio publikoek azalera-eskubideak eratu ahal izango dituztela beren jabetzako lursailen gainean, babes publikoko etxebizitzak eraikitzeko, eta horien eskubidea azalera-eskubidedunari dagokiola.

Sortutako auziaren araubide juridiko konplexua osatzeko, Euskadiko Ondareari buruzko Legearen testu bategina onartzen duen azaroaren 6ko 2/2007 Legegintzako Dekretuaren bigarren xedapen gehigarria aipatu behar da. Xedapen horrek berretsi egiten du desberdin kalifikatu behar direla Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorraren ondare-eragiketak, etxebizitza-sustapena ukitzen badute; beraz, etxebizitzak sustatzeari eragiten diotenean garatutako ondare-eragiketei eman behar zaien iritzi desberdina; izan ere, xedapen horretan honako hau ezartzen da: “etxebizitza-politikaren alorrean, etxebizitzak sustatzeko diren ondasun eta eskubideek berariaz dituzten arauak izango dituzte jarraibide, eta, osagarri modura, lege hau; lege hau aplikatzerakoan, ordea, etxebizitza-arloan eskudun den sailak baliatuko ditu ondare-arloan eskudun den sailari esleituriko eskumenak”.

Azken argudio bat ere eman daiteke, kontratuaren izaera administratiboaren eta sektore publikoko kontratuen araudiaren mende egotearen alde, erregulazio konplexuaren berezitasunak kontuan hartuta.

Izan ere, nahiz eta arau-testuingurua desberdina izan, kasu horri Estatuko Kontratuen Lege zaharra aplikatu behar baitzaio, Auzitegi Gorenaren Administrazioarekiko Auzien Salak (2004ko urriaren 6ko Epaia; RJ\2004\7313) argudiatutakoa indarrean dagoela uste dugu, zentzu osoz, etxebizitza babestuak eraikitzeko Administrazioaren jabetzako lursail batzuen jabari-eskualdaketari buruzkoa. Epai honen arabera, (...) beraz, ezin da zalantzan jarri 1980ko uztailaren 26ko BOEn (Estatuko Aldizkari Ofiziala) deitutako lehiaketaren ondorioz egindako adjudikazioa ez dela mugatzen izaera juridiko pribatuko eta irabazi-asmoko hitzarmen batera, horixe gertatzen da eta ondare-izaerako ondasunei ukitzen zaienean eta objektua zerbitzu publiko bat ematea ez denean (2002ko otsailaren 15eko Epaia). Are gehiago, kontuan hartuta azken helburu hori zentzu zabalean ulertu behar dela, areto honek zezen-plaza bat zezen-ikuskizunak kudeatzeko alokatzeari buruz —udalaren berezko kultur jardueren esparruan kokatzen dira—, aparkaleku bat exekutatzeari buruz (2001eko urriaren 30eko Epaia, jada aipatua) edota kirol-instalazioei eta erabilera publikoari buruz (1999ko maiatzaren 4ko Epaia) emandako erabaki zehatzetatik ondorioztatzen denez. Are arrazoi handiagoz, adjudikatu beharreko babes ofizialeko etxebizitzak eraikitzea eta ondoren prezio finkoan birsaltzea denean kontua, gaiari buruzko

legeria berezian agindutakoari jarraikiz. Jurisprudenzia-doktrinak, hain zuzen ere, gai zehatz horri buruzko iritzia esplizituki eman du, ez bakarrik errekursoari aurka egiteko idazkian transkribatzen diren martxoaren 12ko (JB 1996, 2030) eta 1996ko ekainaren 11ko (JB 1996, 6123) ebazpenen bidez, baizik eta baita berrikiago ere 1999ko urriaren 6ko (JB 1999, 8839) eta 2003ko ekainaren 27ko (JB 2003, 6149) ebazpenen bidez, eta nabarmentzen da horrelako etxebizitzak eraikitzeari egozten zaizkion helburu sozialak, besteak beste, ezaugarritzen dutela helburu horretarako egindako kontratuaren administrazio-izaera.

(...) auzitan dagoen kontratua ez dago Administrazioarekiko Auzien Jurisdikzioaren mende geratzeko Legearen xedapenez salbuetsita, eta Estatuko Ondarearen Legeak ere (JBK 1964, 896, 1024) ez du beste helbururik, 1964ko apirilaren 15eko testu artikulatuaren 1. artikuluan jasotako ondasunen eskuratzeko-, kontserbazio- eta errendimendu-araubidea eta araubide juridikoa ezartzea edo sektore publikoaren merkataritza- eta industria-jarduerak arautzea baino. Jarduera horiek ez dute inolako eraginik administrazioak izaera horretako ondasunak besterentzearen bidez zerbitzu publikoaren onuran egindako kontratuen izaeran».

Beraz, EABJk, 5/2018 Erabakian, adierazten du administrazio-izaerako kontratu bat egiteko prozedura bat dela, eta, beraz, txosten honen xede den kontsulta bide horretatik bideratu behar dela, eta bide horren araubide juridikoa, esan dugun bezala, sektore publikoko kontratazioa arautzen duen araudian dagoela, baita kontratua prestatzeko egintzei dagokienez ere.

Azaldutako guztiaren aurrean, esan daiteke kontratu-izaerako harreman baten aurrean gaudela, babes ofizialeko etxebizitzaren eskariari erantzuteko politika publikoei laguntzea helburu duena.

Azkenik, adierazi behar da deialdiari, baldintza-agiriei eta adjudikatutako kontratuaren klausulei buruzko dokumentaziorik bidali ez denez, ez dagoela irizpen-elementurik planteatutako gaiari buruz gehiago informatu ahal izateko.

IV.- ERABAKIA

Azaldutakoagatik, TXOSTEN hau egin da, hemen jasotako zehaztapenak eta oharrak aintzat hartuko direlakoan.