



6/2024 TXOSTENA, MAIATZAREN 31KOA, KONTRATAZIO PUBLIKOAREN A HOLKU BATZORDEAREN BATZORDE IRAUNKORRARENA

XEDEA: SEKTORE PUBLIKOKO KONTRATUEN AZAROAREN 8KO 9/2017 LEGEAREN 205.2.a) ARTIKULUKO OBRA, ZERBITZU EDO HORNIDURA GEHIGARRIEI BURUZKO KONTSULTA

I.- AURREKARIAK.

2024ko maiatzaren 14an, Lurralde Plangintza, Etxebizitza eta Garraio Saileko Zerbitzuen zuzendariak txosten-eskaera bat aurkeztu zion Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratazio Publikoaren Aholku Batzordeari, Sektore Publikoko Kontratuen azaroaren 8ko 9/2017 Legearen 205.2.a) artikulua (hasieran kontratatutakoei obra, zerbitzu edo hornidura gehigarriak gehitzeari buruzkoa) nola interpretatu behar den adieraz ziezaion eta zein kasutan aplika daitekeen zehatz ziezaion.

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

Ondorioz, Aholku Batzordearen txostenak kontratazio publikoko gai orokorreari buruzkoa baino ezingo dira izan, eta ez dute eskumenik izango txostenak egiteko eta lege-manuek Batzorde hori ez den beste organo batzuei esleitzen dizkieten eginkizunak ordezteko kasu jakin eta zehatzetan. 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 sor daitezkeen eztabaidak ebatziko.

III. OHARPEN JURIDIKOAK.

Sarrera gisa, adierazi behar da Europar Batasuneko kontratazioari buruzko 2014/23 (EB) eta 2014/24 (EB) zuzentzaruek lehia-askatasuna eta diskriminaziorik eza jaso dituztela beren oinarriko printzipioen artean; horrekin batera, lizitazioan lehia eraginkorra izan dadin bermatzen duten arauak ezarri dituzte, bai eta aldaketak egitea saihesten duten mekanismoak ere, betiere aldaketa horien zenbatekoak edo izaerak hasierako lizitazioa hutsaltzen badute kontratu berriak adjudikatzeagatik, horretarako lehia-prozedurarik izapidetu gabe. Hortaz, kontratazio publikoari buruzko Europako araudiak kontratuen aldaketan gehiegikeriak, irregulartasunak edo akatsak saihesteko eta zuzentzeko premisa du.

Hala, aipatutako Europar Batasuneko kontratu-aldaketen bi talde handi eratzen dituzte: kontratazioa arautzen duten baldintza-agirietan aurreikusitakoak eta aurreikusi ezin direnak. Azken horiek halakoak izan behar dute, botere adjudikatzailer arduratsu batek aurreikusi ezin izateko modukoak, hots, ezohiko egitatea izan behar du.

Ildo horretan, 2014/24 (EB) Zuzentzariaren 72. artikulua arautzen du kontratazio-organoak zer neurritan egin ditzakeen aurreikusitako aldaketak, eta adierazten du onartu egin daitezkeela, diru-balioa gorabehera. Haatik, manuak kontratazio-organoak aurreikusitako aldaketa-mekanismoa erabiltzeko duen modua eta irismena arautzen ditu. Malgutasuna ematen dio, baina, aldi berean, eskakizunak eta mugak ezartzen dizkio.

Horrela, Zuzentzariaren 72.2 artikulua balio txikiko aldaketak arautzen ditu, eta, ondorioz, kontratu batean edozein unetan egin daitezke aldaketak, baldin eta kontratuaren balioa gutxi aldatzen bada —zenbateko jakin bateraino—, kontratazio-prozedura berri bat zertan egin gabe. Segurtasun juridikoa bermatze aldera, gutxieneko atalaseak ezartzen dira, eta horien azpitik ez da beharrezkoa beste kontratazio-prozedurarik egitea.

Ildo horretan, kontratua aldatu egin ahal izango da aldaketaren balioa honako bi hauek baino txikiagoa bada:

- 1- erregulazio harmonizatuko kontratuei buruzko 4. artikuluan adierazitako atalaseak, eta
- 2- kontratuaren hasierako balioaren % 10, zerbitzu- edo hornidura-kontratuen kasuan, edo hasierako kontratuaren balioaren % 15, obra-kontratuen kasuan.

Dena den, aldaketak ezin izango du aldatu kontratuaren edo esparru-akordioaren izaera orokorra. Segidako hainbat aldaketa egiten direnean, balioa kalkulatzeko, ondoz ondoko aldaketen balio garbi metatua hartuko da oinarri.

Adierazitako atalaseen gaineratik, aldaketak kontratazio-prozedura berri bat jarraitu behar izan gabe soilik egin daitezke, aipatutako 72. artikuluan ezarritako baldintzak betetzen dituzten heinean (107. kontuan hartuzkoa).

Bestalde, 72.1.a) artikuluan adierazten denez, baldintza-agirietan aurreikusitako aldaketak egin ahal izango dira, baldin eta, diru-balioa gorabehera, klausuletan modu argi, zehatz eta zalantzarik gabe badaude aurreikusita. Aldaketa horien artean prezioak edo aukerak

berrikusteko klausulak sar daitezke. Klausula horiek aldaketa edo aukera posibleen irismena eta izaera zehaztuko dute, bai eta zer baldintzatan erabil daitezkeen ere. Ez da kontratuaren edo esparru-akordioaren izaera orokorra alda dezakeen aldaketarik edo aukerarik ezarriko.

Beste adibide batzuen artean, Zuzentarauaren hitzaurrean aipatzen da funtzionamenduan edo mantentze-lanetan zehar sor daitezkeen zailtasun teknikoen ondorioz kontratuaren egokitzapenak egin daitezkeela, klausula-agirien arabera; era berean, ohiko zein ezohiko mantentze-lanetako esku-hartzeak ere sar daitezke, beharrezkoak izan daitezkeenak zerbitzu publiko baten jarraitutasuna ziurtatzeko (111. kontuan hartuzkoa).

Baldintza-agirietan aurreikusten ez diren aldaketei dagokienez, 72.1.b) artikulua jasotzen du, besteak beste, egin ahal izango direla obrak, zerbitzuak edo hornidura gehigarriak, eta jatorrizko kontratistaren kargura joago direla, betiere beharrezkoak badira eta ez badaude jatorrizko kontratazioan sartuta, eta baldin eta ezin bada kontratistaz aldatu arrazoi ekonomiko edo teknikoengatik (hala nola dagoen ekipoarekin, zerbitzuekin edo hasierako kontratazio-prozeduraren esparruan eskuratutako instalazioekin trukagarritasuna edo elkarreragingarritasuna izateko eskakizunengatik), bai eta aldaketa horrek eragozpen nabarmenak sortzen baditu edo botere adjudikatzailerari kostuak nabarmen handitzen badizkio ere.

Zehazki, aldaketa egiteko arrazoi hori honako kasu hauetan balia daiteke: entrega gehigarriak ordezkapen partzial bat direnean edo dauden zerbitzuak, hornidurak edo instalazioak handitzea dakartenean; edo hornitzailea aldatzeak botere adjudikatzailerari bestelako ezaugarriak dituzten materialak, obrak edo zerbitzuak eskuratuzera behartzen duenean, eta, ondorioz, bateraezintasunak edo erabilera- eta mantentze-zailtasun tekniko neurrigabeak sortzen direnean (108. kontuan hartuzkoa). Dena den, kontratua aldatzeagatik prezioa igotzen bada ere, ezin izango da hasierako kontratuaren balioaren % 50 baino handiagoa izan.

Gure ordenamenduan, Sektore Publikoko Kontratuen azaroaren 8ko 9/2017 Legearen (aurrerantzean, SPKL) 204. artikulua (administrazio-klausulen agirian aurreikusitako aldaketei buruzkoak) xedatzen du kontratuak aldatu egin ahal izango direla indarrean dauden bitartean, baina gehienez ere hasierako prezioaren % 20an.

Era berean, SPKLren 205. artikulua administrazio-klausulen agirian aurreikusi gabe dauden aldaketak arautzen ditu, eta bereizi egiten ditu prestazio gehigarriak, aurreikusi ez diren inguruabarrak eta funtsezkoak ez diren aldaketak.

Aipatu behar da SPKL onartzean desagertu egin dela kontratu osagarrien figura, Sektore Publikoko Kontratuen Legearen testu bateginaren (aurrerantzean, SPKLTB) 171.b, 173.c eta 174.c artikuluetan jasotzen zena. Hori dela-eta, prestazio osagarri oro 205.2.a) artikuluko prestazio gehigarrien arauen bidez bideratu behar da. Artikulu horrek balizko aldaketak jasotzen ditu, administrazio-klausula partikularren agirian aurreikusi ez direnak edo, aurreikusi arren, SPKLren 204. artikuluan aurreikusitakoarekin bat ez datozenak. Artikulu horrek ezartzen ditu aipatutako agirietan jasotako aldaketen eskakizunak eta mugak.

Ondorioz, kontratua SPKLren 205.2 artikuluan adierazitako kasuren bat justifikatzen denean baino ez da aldatuko, eta hori beharrezko egiten duen kausa objektiboari erantzuteko behar-beharrezkoak diren aldaketak egitera mugatuko da.

Hala, 205.1 artikulua ezartzen du administrazio-klausula partikularren agirian aurreikusi gabeko aldaketak, edo aurreikusitakoak izanik ere 204. artikuluan ezarritakoari egokitzen ez zaizkionak, honako eskakizun hauek betetzen dituztenean egin ahalko direla soilik:

- a) Justifikazioa izatea artikulua honen bigarren apartatuan zerrendatzen diren kasuetako batean.
- b) Mugatuta egotea bera beharrezko egiten duen kausa objektiboari erantzuteko zorrozki ezinbestekoak diren aldaketak sartzera.

Ildo horretan, lehenik eta behin, aldaketa SPKLren 205. artikulua bigarren apartatuan zerrendatutako kasuren batean justifikatu behar da. Hala ere, SPKLTBren aurreko araubidearen aldean, non aldaketaren kausa objektiboen zerrenda bat eta hura gaitzen duten inguruabarrak jasotzen baitziren, SPKLk ez du halakorik ezartzen. Izan ere, aurrekusi ezin diren inguruabarrek eragindako aldaketa bakarrik uler daiteke berezko justifikazio-kasu gisa (hau da, inguruabar horiek gertatzea); izan ere, gainerako kasuetan, aldaketa justifikatzen duen kasua aldaketa beharrezkoa izatea izango da.

Bigarrenik, aldaketak bera beharrezko egiten duen kausa objektiboari erantzuteko behar-beharrezkoak diren aldaketak sartzera mugatu behar du. Ondorioz, behar-beharrezkoa den horretatik harago doan aldaketa bat ez da baliozkoa izango. Horrela, erregulazioak lotura estua egon dadin eskatzen du justifikaziozko kausaren eta aldatutakoaren artean, baina 205.1 artikulua ez du zehazten zeintzuk diren kausa horiek.

Prestazio gehigarriari dagokienez, aipatutako 205.2.a) artikulua honako hau adierazten du:

«Aurrekusi gabeko aldaketa bat justifika lezaketen kasuak, baldin eta artikulua honen lehen apartatuan jasotako baldintza guztiak betetzen badira, honako hauek dira:

a) Beharrezko gertatu denean hasiera batean kontratatutako obrak, hornidura edo zerbitzu gehigarriak gehitzea, betiere honako bi baldintza hauek beteta:

1.a Kontratatuz aldatzea ezinezkoa izatea arrazoi ekonomiko edo teknikoengatik; esate baterako, kontratazio-organoa behartuta egotea hasieran kontratatutakoek dituzten ezaugarri teknikoek bestelakoak dituzten obrak, zerbitzu edo hornidura batzuk eskuratzera, eta diferentzia horiek erabilera edo mantentzean neurri kanpoko bateraezintasunak edo zailtasun teknikoak sortzea; eta, halaber, kontratatuz aldatzeak kontratazio-organoari eragozpen handiak edo kostuen igoera nabarmena ekartzea. Inolaz ere ez da eragozpen handizat hartuko kontratatuz aldatzeko beste lizitazio bat egin behar izatea.

2.a Kontratuaren aldaketak kontratuaren diru-zenbatekoan dakarren aldaketak ez gaintitzea, kontratuaren aldaketa horrekin bakarrik edo artikulua honen arabera adostutako beste aldaketa batzuekin batera, hasierako prezioaren ehuneko 50 BEZik gabe». (...).

Beraz, prestazio gehigarriak ere gehitu behar dira ezinezkoa denean kontratista aldatzea arrazoi ekonomiko edo teknikoengatik, eta, ondorioz, ezaugarri tekniko oso desberdinak dituzten obrak, zerbitzuak edo hornidurak eskuratu behar badira, eta, hala, bateraezintasuna edo erabiltzeko zein mantentzeko zailtasunak sortzen badira. Manuak, horrela, Europako Zuzendarauaren 108. kontuan hartuzkoan adierazitakoa jasotzen du, eta, nahiz eta ez duen zehatz-mehatz adierazten, lan gehigarri horiek ordezkapen partzial bat izan daitezke, hala dauden zerbitzuak nola hornidurak edo instalazioak handitzea.

Bestalde, 205.2.a) artikulua 2014/24 (EB) Zuzendarauaren 72. artikulua lotu behar da. Artikulu horrek justifikatu egiten ditu «lehendik dagoen ekipamenduaren», eskuratutako «zerbitzuen» edo «instalazioen» trukagarritasunak eta elkarreragingarritasunak eragindako arazoek eragindako erosketa gehigarriak. Halaber, kontuan hartu behar da Justizia Auzitegiaren jurisprudentzia, kontzeptu horiek publikitate gabeko prozedura negoziatura jotzea ahalbidetzen duten kasu gisa interpretatzen dituen, hala nola Justizia Auzitegiaren 2008ko

apirilaren 8ko Epaia, Augusta helikopteroen auzia, C- 337/05, ECLI: EU: C: 2008:203. Honakoa dio:

«57. *Justizia Auzitegiaren jurisprudentziaren arabera, Tratatuak kontratu publikoen sektorean aitortutako eskubideen eraginkortasuna bermatzea helburu duten arauen salbuespenek interpretazio murriztailea izan behar dute (...). Beraz, 93/36 Zuzentarauari ondorio erabilgarria ez kentzeko, estatu kideek ezin dute aurreikusi Zuzentaru horretan aurreikusi gabeko prozedura negoziatua erabiliko denik, ez eta Zuzentaruaren berariaz aurreikusitako kasuetarako baldintza berririk ezarri ere, prozedura horren erabilera erosoagoa izateko.*

(...) 59. *Hizpide den auziari dagokienez, aitortu behar da Italiako Errepublikak ez duela zuzenbidearen arabera nahikoa frogatu zergatik diren Augustak fabrikatutako helikopteroak beharrezkoak diren ezaugarri teknikoak dituzten bakarrak. Gainera, estatu kide honek bere erakundeek erabiltzen dituzten helikopteroen elkarrengarritasunaren abantailak adierazi baino ez du egin. Hala ere, ez du frogatu hornitzailea aldatzeak zer-nola behartuko lukeen beste teknika baten bidez fabrikatutako materiala eskuratzerara, eta teknika horrek zer bateraezintasun edo erabilera- edo mantentze-zailtasun tekniko neurrigabe eragingo lituzkeen.*

Argudio bera erabili zen C-615/10 Plataforma Birakari Finlandiarrak (2012) kasuaren epaian. Epai horrek adierazten zuen objektuaren (produktu militarra) eta helburuaren (helburu militarretarako erabilia) baldintza bete behar dela, eta salbuespena justifikatu ahal izateko frogaren karga estatu kideen gain egon behar dela.

205.2.a)1 artikulua, horrez gain, adierazten du kontratista aldatzea posible izanda, kontratistaz aldatzeak kontratazio-organoari eragozpen handiak edo kostuen igoera nabarmena ekartzea. Dena den, inolaz ere ez da eragozpen handitzat hartuko kontratistaz aldatzeko beste lizitazio bat egin behar izatea.

Era berean, bigarren eskakizunak ezartzen du aldaketak ezin duela, ez modu isolatuan ez beste aldaketa batzuekin batera, hasierako prezioaren % 50era iritsi (BEZik gabe).

Ondorio horietarako, Estatuko Kontratazio Publikoaren Aholku Batzordearen 2019ko abenduaren 20ko 62/2019 Txostenak adierazten du kontratista aldatzea benetan ezinezkoa dela justifikatzen den kasuetan, kontratua lehiara irekita dagoen prozedura baten bidez berriro lizitazioa ez datorrela bat prestazio osagarrien izaerarekin. Inguruabar horietatik eratorritako eragozpen larriak saihesteko, aurreko araudiko aurreikuspenak sistematikoki eta kontratazio publikoko araudi osoaren arabera interpretatu behar dira; izan ere, ordenamendu juridiko osoak «*osotasun logiko eta homogeneoa izan behar du, zalantzazko kasuak arrazionalki bideratzeko aukera ematen duena, arau juridikoen arazoizko aplikazioa ahalbidetzeko, haien letraren eta espirituaren arabera*», eta, horrela, kontraesanak eta hutsuneak saihestuko dira. Txosten honek ondorioztatzen duenez, Sektore Publikoko Kontratuaren azaroaren 8ko 9/2017 Legea indarrean jarri ondoren egin beharreko obra osagarriak lege horren 205.2.a) artikulua arautuko ditu, eta hasierako kontratuaren aldaketa gisa izapidetuko dira. Ildo beretik doa Kataluniako Kontratazioaren Aholku Batzordearen urriaren 1eko 5/2021 Txostena.

Aipatu behar da kontratuak aldatzean, interes orokorra babeste aldera, beharrezkoa dela eraginkortasun- eta lehia-printzipioen arteko oreka bat lortzea, eta, horretarako, kontratu bakoitzaren inguruabarrak aztertu behar direla.

Nahiz eta aipatutako 205.2.a) artikulua ez duen zehazten lan gehigarriek exekuzio garaian sor daitezkeen premia berriei erantzun diezaieketen, aukera hori juridikoki bideragarria izan daiteke kontratua behar bezala gauzatzeko. Horretarako, aipatutako 205.2.a) artikuluan ezarritako eskakizunak beteko dira, 205.1 artikuluari dagokionez.

Halaber, kasu hori kontratu harmonizatuetan erabiltzen bada, EBAOn argitaratu beharko da, SPKLren 207. artikulua araber, hargatik eragotzi gabe kontratu guztiak argitaratzea aurreikusten den kontratatzailearen profilean argitaratzea, SPKLren 63. artikulua ezartzen duen moduan.

Bestalde, SPKLren 168.c)2 artikulua honako hau ezartzen du: *«Hasierako hornitzaileak entrega gehigarriak egiteko denean, dela ohiko erabilerako hornigaiz edo instalazioz hornitzen jarraitzeko, dela egon dauden hornigaiak edo instalazioak gehitzeko, eta hornitzailez aldatzeak Administrazioa bestelako ezaugarri teknikoak dituzten materialak eskuratzera behartuko balu eta horrek neurrigabeko bateraezintasunak nahiz zailtasun teknikoak sortuko balitu bai erabilerarako bai mantentze-lanerako. Kontratu horien iraupena ezingo da izan, oro har, hiru urtetik gorakoa»*. Beraz, hornidura gehigarrien kasuan, Sektore Publikoko Kontratuen azaroaren 8ko 9/2017 Legearen 168.c)2 artikuluko publizitaterik gabeko prozedura negoziatua erabil daiteke, edo, bestela, kontratu-aldaketa bat egin daiteke, lege bereko 205.2.a) artikuluko baldintzak betetzen direnean.

Zerbitzu osagarrien kasuan, SPKLren 205.2.a) artikulua aplikatzea da konponbidea, obra gehigarriekin gertatzen den moduan eta aurretik adierazi diren arrazoi berberengatik. Horrela, bada, zerbitzu gehigarriak kontratatzekeo beharra intzidentzia gisa tratatzen da kontratua egikaritzeko fasean, eta horrek justifikatu egiten du hasieran aurreikusitako xedearen aldaketa, eta egoera horiei SPKLren 205. artikuluko araubidea aplikatuko zaie.

IV.- ERABAKIA.

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