

**INFORME 17/2021, DE 2 DE DICIEMBRE, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA****OBJETO: ANTEPROYECTO DE LEY DE ESTATUTO DE LAS PERSONAS CONSUMIDORAS Y USUARIAS.****I.- ANTECEDENTES.**

Con fecha 16 de septiembre de 2021 se realiza solicitud de informe formulada por el Departamento de Turismo, Comercio y Consumo en relación con la propuesta de anteproyecto de Ley de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias.

El expediente se ha tramitado a través de la aplicación informática para la tramitación electrónica de procedimientos Tramitagune, con la referencia DNCG_LEY_1952/19_52.

II.- COMPETENCIA.

El artículo 11 de la Ley 8/2003 de 22 de diciembre, del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, dicta que los informes preceptivos y los dictámenes de los órganos consultivos se solicitarán en el momento y en la forma que determinen las disposiciones que regulan dicho trámite.

La Junta Asesora de Contratación Pública tiene competencia para emitir informe sobre el proyecto de la norma de referencia, por tener ésta incidencia sobre la contratación pública, en base a lo dispuesto en el apartado 1 de la letra a) del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que dicta:

“Artículo 27.– Funciones consultivas.

En el ejercicio de la función consultiva, corresponde a la Junta Asesora de Contratación Pública las siguientes actuaciones:

a) Informar con carácter preceptivo en los siguientes supuestos:

1.– Los proyectos o anteproyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación pública o que incidan en dicho ámbito, cuya aprobación sea competencia del Consejo de Gobierno o de los Consejeros y Consejeras del mismo.”

Dado que se trata de un proyecto de disposición que no tiene por objeto la creación de entidades del sector público ni la regulación de las estructuras orgánicas y funcionales de las entidades de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 116/2016, la competencia para la aprobación de este informe corresponde al Pleno de la Junta Asesora.

III.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

La única mención que se realiza en el anteproyecto de Ley a la contratación pública se circunscribe al apartado segundo del artículo 92 cuando señala que:

(...)

2. Las administraciones públicas vascas, cuando celebren contratos con empresas que ofrezcan bienes o servicios a la persona consumidora y usuaria, mediante una relación de consumo, incluirán como una condición necesaria para la contratación, la adhesión de la empresa adjudicataria al sistema arbitral de consumo.

En primer lugar, en relación a la dicción del artículo parece que el mismo se esté circunscribiendo no a todos los contratos que celebren las administraciones públicas vascas, sino a aquellos en los cuales las administraciones públicas contratan a un tercero para que preste directamente un servicio a un usuario consumidor, dado que como define el anteproyecto en el artículo 3. g) la relación es:

g) Relación de consumo: relación jurídica establecida entre una persona consumidora o usuaria y un empresario o empresaria, que comprende la información, oferta, promoción, publicidad, comercialización, utilización, venta y suministro de bienes o servicios, y cuantas obligaciones se deriven de tales aspectos.

Es decir, para que se aplicase esta previsión debe existir una relación jurídica entre el adjudicatario de la administración y la persona consumidora o usuaria, no entre ésta y la administración. Por tanto, parece referirse a los contratos de concesión de servicios y, en menor medida, a los contratos de concesión de obra o a aquellos otros contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía¹.

¹ Artículo 312 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.



Independientemente de a qué tipo de licitaciones se refiera tal disposición, debemos preguntarnos a qué momento de la licitación se refiere la expresión “*incluirán como una condición necesaria para la contratación*”, pues es del todo ambigua. No obstante, analizaremos los tres posibles supuestos en los que se podrían tener en cuenta como condición este tipo de cláusulas.

Así, debemos analizar si la obligación de que la empresa licitadora esté adscrita a un sistema arbitral de consumo puede ser considerado como algún tipo de solvencia técnica de la empresa. Esta cuestión ya fue resuelta por la Junta de Contratación del Estado en su informe 33/99, de 30 de junio de 1999. En dicho informe señalaba que:

“tanto las propias Directivas comunitarias como la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecen una clara diferenciación entre la fase de selección del contratista y la fase de adjudicación del contrato, regidas por reglas distintas, sin que a la utilización de las Directivas comunitarias como elemento interpretativo pueda oponerse el hecho cierto de que el contrato de gestión de servicios públicos todavía no ha sido objeto de regulación por dichas Directivas, pues, con independencia de que existen ya proyectos para incluir en el Derecho comunitario los citados contratos de gestión de servicios públicos, lo cierto es que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, transcribiendo casi literalmente normas de las Directivas, regula en el artículo 19 la solvencia técnica o profesional, como criterio que debe examinarse en relación con las empresas y que se declara aplicable a los demás contratos regulados en la Ley, es decir, a los que no sean de obra o de suministro, por tanto a los de gestión de servicios públicos y en el artículo 87, aplicable a todos los contratos por su carácter general y por su ubicación en el Libro I de la Ley referente a los contratos de las Administraciones Públicas en general, regula los criterios objetivos para la adjudicación de los contratos como requisito que ha de concurrir en las ofertas y no en las empresas.”

3. *Partiendo de las ideas generales que han quedado expuestas se observa que el artículo 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no incluye ningún apartado en que pueda encajarse la adhesión a un sistema de arbitraje de consumo o a un sistema de arbitraje, en general, como requisito de solvencia. Si se pretende enlazar, como se hace en el escrito de consulta con la calidad del servicio público prestado y, por tanto, con el apartado f) del artículo 19, que hace referencia a una declaración de las medidas adoptadas por los empresarios para controlar la calidad, hay que señalar que el que la empresa se haya adherido a un sistema de arbitraje nada tiene que ver con su solvencia técnica para prestar el servicio, pues empresas con gran solvencia no adheridas a sistemas de arbitraje pueden prestar un*

servicio de calidad y empresas con ninguna solvencia, pero adheridas a este sistema, pueden prestar un servicio deficiente, circunstancia que quedará acreditado cuanto mayor sea el número de reclamaciones y las cuestiones que se someten a arbitraje. Si se tiene en cuenta, además, que por el sistema de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si se estableciera este requisito de solvencia técnica habría que rechazar a todas las empresas que no se hubieren adherido al sistema de arbitraje, sin posibilidad de examinar sus ofertas, podría producirse algún efecto discriminatorio respecto de empresarios no españoles del resto de países comunitarios y esta circunstancia, por si sola, bastaría para rechazar la posibilidad de que la adhesión a un sistema de arbitraje pueda figurar en los pliegos como requisito de solvencia.”

Así, si bien las referencias se hacían al artículo 19 de la derogada Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, las apreciaciones y conclusiones que realiza la Junta Estatal están del todo vigentes si nos fijamos en los artículos 86 y siguientes de la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y más en concreto en su artículo 88.

En relación a su posible utilización como criterio de adjudicación, las Resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Centrales (por todas Resoluciones 897/2019 y 235/2019) han señalado que:

Para decir si un criterio de adjudicación está conforme con la Directiva 2014/24 debe cumplir dos aspectos concretos, a saber:

1º. Que concurra en el criterio la cualidad necesaria exigida por la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria para poder operar como criterio de adjudicación, es decir, que realmente sea un criterio de adjudicación, y

2º. En caso de cumplirse el anterior requisito, que el criterio reúna las cuatro condiciones de la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE) y de la Jurisprudencia del TJUE que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público:

- a) Deben estar vinculados al objeto del contrato.*
- b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.*
- c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.*



d) *Deben publicarse previamente.*

Además de todo lo anterior, los criterios deben permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas.

En relación al criterio en concreto señalado, las cualidades del personal empleado determinantes de la calidad en la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto, sí pueden emplearse como criterio de adjudicación, pero solo si ello es determinante para el nivel del rendimiento del contrato, aspecto éste último que el artículo 67 de la Directiva concreta en que esa calidad del personal pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato. De lo que se sigue que un criterio de adjudicación solo puede basarse en aspectos, circunstancias o cualidades concurrentes en el personal empleado en la ejecución del contrato cuando, ello afecte al nivel de rendimiento de la prestación objeto del contrato o afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto. Y en caso de que se tenga en cuenta la calidad del personal (como por ejemplo en los servicios intelectuales), se pueden utilizar como criterios de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal. A contrario, no pueden constituir criterios de adjudicación aquellos que no permiten evaluar comparativamente las ofertas en términos de su rendimiento sobre el objeto del contrato, en cuanto no afectan a la calidad de su ejecución ni, por ello, a su valor económico. Por otra parte, como determina la propia Directiva 2014/24, algunas consideraciones sociales vinculadas al proceso de producción solo pueden utilizarse de forma limitada como criterios de adjudicación o como condición de ejecución, tal y como establece el Considerando 98 de la Directiva 2014/24, en cuanto determina que: «...deberían aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no elegirse o aplicarse de una forma que discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean parte en el ACP o en los Acuerdos de Libre Comercio en los que la Unión sea parte.

Por tanto, podemos ver que tampoco se podría utilizar como criterio de adjudicación, pues como se ha señalado, la adhesión a un sistema de arbitraje no hace que la oferta sea económicamente más ventajosa, ni permite realizar una comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, sino que será, en su caso, algo intrínseco de la empresa que solo se hubiese podido valorar a la hora de medir la solvencia de la misma, lo cual ya hemos descartado.

Finalmente, si se tomara en cuenta como posible condición especial de ejecución, el artículo 202 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se



transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, señala que *Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.*

Por su parte, la propia Directiva 2014/23/UE en su considerando 97 recoge que *Por otra parte, a fin de lograr una mayor integración de las consideraciones sociales y medioambientales en los procedimientos de contratación, los poderes adjudicadores deben estar autorizados a adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos en lo que se refiere a las obras, suministros o servicios que vayan a facilitarse en el marco de un contrato público en cualquiera de los aspectos y en cualquier fase de sus ciclos de vida, desde la extracción de materias primas para el producto hasta la fase de la eliminación del producto, incluidos los factores que intervengan en el proceso específico de producción, prestación o comercio de dichas obras y sus condiciones, suministros o servicios, o un proceso específico en una fase ulterior de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material* , añadiendo su artículo 70 que *Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo.*

En definitiva, la posibilidad de utilización de una condición especial de ejecución sería, en su caso, el único medio por el que poder introducir una condición relativa a la obligación de adhesión consumo. No obstante, esta inclusión no puede ser incondicional, sino que la propia Directiva nos establece unos requisitos que ésta debe cumplir como son:

- Que no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países.
- Que esté vinculada al objeto del contrato.
- Que sean previamente publicadas.

Finalmente, se hace necesario precisar el ámbito subjetivo en el que debería de aplicarse la adhesión al sistema arbitral de consumo. En concreto, sería conveniente analizar, dada, en muchos casos, su relación directa con los consumidores, su utilización en la Administración Institucional. Especialmente en aquellos entes y sociedades sometidos al derecho privado, al objeto de contemplar de manera expresa, en su caso, la recomendación de incluir el arbitraje en los contratos a celebrar con los citados consumidores. Y ello, porque no resultaría de aplicación el artículo 42.2 del Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, en el que se determina que es precisa la autorización previa del Consejo de Gobierno para someterse a arbitraje cuando se trata de derechos de naturaleza pública y privada cuya titularidad corresponda a la Administración General y sus organismos autónomos, ambos sometidos, principalmente, al derecho público.

IV.- CONCLUSIONES.

Por todo lo expuesto, se considera que la previsión recogida en el artículo 92.2 del anteproyecto de Ley de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías relativa a la inclusión, como una condición en la contratación pública, de la adhesión de una empresa adjudicataria al sistema arbitral de consumo debiera circunscribirse a su inclusión como condición especial de ejecución. De la misma manera, para dotar de mayor seguridad jurídica al texto, debiera analizarse con más detenimiento el ámbito subjetivo al que va dirigida tal previsión.

Esta Junta en base a lo señalado en las consideraciones anteriores propone la sustitución del texto contemplado en el artículo 92.2 por el siguiente:

“2. Cuando cualquiera de las entidades públicas de Euskadi enumeradas en el artículo 78.1 de esta ley celebre un contrato de concesión de obras, concesión de servicios o de los previstos en el artículo 312 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, con un operador económico que ofrezca bienes o servicios a la persona consumidora y usuaria mediante una relación de consumo incluirá, como condición especial de ejecución en los pliegos de contratación, la adhesión de la empresa adjudicataria al sistema arbitral de consumo, como método de resolución de conflictos entre la contratista y las personas usuarias/consumidoras.”