



Lehendakaria/Presidente
Juan Ramón Ciprián Ansoalde

Kidea/Vocal
M^a Aranzazu Arana Learte

Idazkari-Kidea/Vocal Secretaria
María Yeregui Hernández

Resolución 10/2019 ebazpena
Recurso 3/2019 errekurtsua

Kontratazio Alorreko Errekurtsoetarako Foru Auzitegi Administrazioak 2019ko urriaren 29ko saioan, goian adierazitako kideak bertan zirela, jarraian zehazten den erabakia hartu du aho batez SAR RESIDENCIAL Y ASISTENCIAL SAU enpresak ondorengo kontratuaren klausula administrazio partikularren agiriaren aurka aurkeztutako kontratazio alorreko errekurtsu berezian: Irungo Arbes auzoan gizarte zerbitzuen zentro baten proiektua idazteko, zuzentzeko, eraikitzeko, ekipatzeko eta ustiatzeko obra emakidaren kontratua Diputatuen Kontseiluak 2019ko maiatzaren 21ean onartutakoa (esp. zk. 19/00039).

En el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SAR RESIDENCIAL Y ASISTENCIAL SAU contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de concesión de obras para la redacción del proyecto, dirección facultativa, construcción, equipamiento y explotación de un centro de servicios sociales en el barrio de Arbes de Irun, aprobado por el Consejo de Gobierno Foral en sesión del 21 de mayo de 2019 (expte. nº 19/00039), el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, en sesión celebrada el día 29 de octubre de 2019, con la asistencia de los miembros que arriba se expresan, ha adoptado por unanimidad el siguiente acuerdo.

AURREKARIAK

LEHENA.- 2019ko uztailaren 26an sartu zen Auzitegiaren erregistroan SAR RESIDENCIAL Y ASISTENCIAL SAU enpresaren idatzi bat, zeinaren bidez kontratazio alorreko errekurtsu berezia jartzen zuen ebazpen honen idazpuruan agertzen den agiriaren aurka, eta errekurtsu horri 3/2019 erregistro zenbakia eman zitzaion.

BIGARRENA.- 2019ko uztailaren 29an, Auzitegiak ofizioa bidali zion Gizarte Politiketako Departamentuko Idazkaritza Teknikoari, errekurtsuaren kopiarekin batera; ofizio horren bidez espediente eskatu zion, eta baita zegokion txostena ere. Hori guztia abuztuaren 9an sartu zen Auzitegiaren erregistroan.

HIRUGARRENA.- Departamentuak proposatuta, Auzitegi honek 2019ko abuztuaren 12an emandako ebazpenaren bidez, eten egin zen

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 26 de julio de 2019 tuvo entrada en el registro del Tribunal un escrito por el que SAR RESIDENCIAL Y ASISTENCIAL SAU interpone recurso especial en materia de contratación contra el pliego referido en el encabezamiento de esta resolución; recurso que quedó registrado con el número 3/2019.

SEGUNDO.- El 29 de julio de 2019 el Tribunal dirigió oficio a la Secretaría Técnica del Departamento de Políticas Sociales, remitiéndole copia del recurso y reclamándole el expediente y el correspondiente informe. Todo lo cual tuvo entrada en el registro del Tribunal el día 9 de agosto.

TERCERO.- A propuesta del Departamento, mediante Resolución de este Tribunal de 12 de agosto de 2019 se suspendió el procedimiento de

kontratua adjudikatzeko prozedura, baita proposamenak aurkezteko epea ere, errekurso hau ebatzi arte.

adjudicación del contrato, incluido el plazo de presentación de proposiciones, hasta que se resuelva el presente recurso.

ZUZENBIDEZKO OINARRIAK

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Errekursoaren onargarritasuna

Admisibilidad del recurso

LEHENA.- Errekurso berezi hau jarri da obra emakidako kontratu baten administrazio klausula partikularren agiriaren kontra; obra emakidako kontratuaren balio zenbatetsiak (272.842.358,16 euro) gainditu egiten du hiru milioi euroko kopurua.

PRIMERO.- El recurso especial se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato de concesión de obras cuyo valor estimado (272.842.358,16 euros) supera los tres millones de euros.

Beraz, errekurritutako agiriaren aurka kontratazio alorreko errekurso berezia jar daiteke, hala xedatzen baitu 9/2017 Legeak, azaroaren 8koak, Sektore Publikoko Kontratuarenak, 44. artikuluan 1.c) eta 2.a) ataletan.

Por lo tanto, el pliego recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación por así disponerlo los apartados 1.c) y 2.a) del artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Errekurso horren berri izateko eskumena Auzitegi honi dagokio, irailaren 28ko kontratazio-alorreko errekursoetarako Foru Auzitegi Administrazioa sortu eta arautzeko 24/2010 Foru Dekretuaren 2.1 artikuluan esleitzen baitzaio.

La competencia para conocer del recurso corresponde a este Tribunal, al que le viene atribuida por el artículo 2.1 del Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, de creación y regulación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales.

BIGARRENA.- Lizitazio iragarkia eta klausulen agiriak Gipuzkoako Foru Aldundiaren kontratatzailearen profilean argitaratu ziren, zeina Euskadiko Kontratazio Publiko Plataforman baitago, 2019ko uztailaren 4an; beraz, errekursoa jarri da SPKLko 50.1.b) artikuluan aurreikusten den hamabost egun balioduneko epearen barruan.

SEGUNDO.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 50.1.b) LCSP, si se tiene en cuenta que el anuncio de licitación y los pliegos se publicaron el día 4 de julio de 2019 en el perfil de contratante de la Diputación Foral de Gipuzkoa, alojado en la Plataforma Contratación Pública en Euskadi.

HIRUGARRENA.- Errekurtsogilea legitimatuta dago errekursoa jartzeko, kontratuaren lizitazioan parte har lezakeen enpresa bat baita. Beraz, errekurritzeko eskubidea edo interes legítimoa aitortu behar zaio, hala xedatzen baitu SPKLko 48. artikulua.

TERCERO.- La recurrente está legitimada para interponer el recurso, al tratarse de una empresa que es una potencial licitadora del contrato, por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 LCSP.

Errekursoaren xedea

Objeto del recurso

LAUGARRENA.- 2019ko maiatzaren 21eko erabakiaren bidez, Diputatuen Kontseiluak behin betiko onartu zuen bideragarritasun azterketa, eta egun bereko beste erabaki baten bidez, onetsi egin zituen, batetik, Irungo Arbes auzoan gizarte

CUARTO.- Por sendos Acuerdos de 21 de mayo de 2019, el Consejo de Gobierno Foral elevó a definitivo el estudio de viabilidad y aprobó el expediente de contratación de la concesión de obras para la redacción del proyecto, dirección



zerbitzuen zentro baten proiektua idazteko, zuzentzeko, eraikitzeko, ekipatzeko eta ustiatzeko obra emakidako kontratazio espedienteak, eta, bestetik, kontratua arautuko duten administrazio klausula partikularren agiria (AKPA) eta preskripzio teknikoena (PTA). Era berean, adjudikazio prozedura irekitzea xedatu zuen.

Kontratuak gehienez hogeita zortzi urte eta sei hilabeteko iraupena izango du formalizatzen denetik, eta lizitazioaren oinarritzko aurrekontua 289.012.922,16 eurokoa da (BEZa barne).

Gizarte zerbitzuetako zentroa zerbitzu hauen osatuta egongo da: mendekotasun egoeran dauden adinekoentzako egoitza zerbitzua eta eguneko zentroaren zerbitzua emango dira; adinekoentzako tutoretzapeko apartamentuen zerbitzua; eta mendekotasun egoeran dauden ezinduentzako egoitza eta eguneko zentroaren zerbitzua. Zerbitzua ematen hasten den seigarren urtetik aurrera, eguneko zentroko zerbitzuak emateko gune berri bat martxan jartzea aurreikusten da.

Kontratazio espediente honetako AKPAren aurka, aztertzen ari garen errekurtsoa jarri da, eta, bertan, honako atal hauek aurkaratu dira:

- Alde batetik, ezaugarrien taulako 15. atala, zeinak ezartzen baitu proiektuak idazteko zerbitzua eta egin beharreko obraren zuzendaritza fakultatiboa zeregin kritikoa dela, eta ezin dela azpikontratatu.

- Eta, bestetik, ezaugarrien taulako 13.3) atala, obra-kontratista gisa sailkatzea eskatzen duena.

Azpikontratatzeko debekuari buruz

BOSGARRENA.- AKPAren ezaugarrien taulako 15. atalak, 47.7.2 klausulak aipatzen duenak, azpikontratatu ezin diren eta, beraz, kontratista nagusiak zuzenean gauzatu behar dituen zeregin kritiko hauek ezartzen ditu:

facultativa, construcción, equipamiento y explotación de un centro de servicios sociales en el barrio de Arbes de Irun, así como los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) que regirán el contrato, y dispuso la apertura del procedimiento de adjudicación abierto.

El contrato tendrá una duración máxima de veintiocho años y seis meses desde su formalización, y el presupuesto base de licitación asciende a 289.012.922,16 euros (IVA incluido).

El centro de servicios sociales se compondrá de servicio residencial y servicio de centro de día para personas mayores en situación de dependencia; servicio de apartamentos tutelados para personas mayores y servicio residencial y servicio de centro de día para personas con discapacidad en situación de dependencia. A partir del sexto año del inicio de la prestación del servicio se prevé la puesta en marcha de un nuevo espacio reservado para albergar servicios de centro de día.

Contra el PCAP de este expediente de contratación se ha interpuesto el recurso que se analiza, en el que se impugnan los siguientes apartados:

- Por un lado, el apartado 15 del cuadro de características, que establece que el servicio de redacción de los proyectos y dirección facultativa de la obra a ejecutar es una tarea crítica que no puede ser objeto de subcontratación.

- Y por otro, el apartado 13.3) del cuadro de características, que exige la clasificación como contratista de obras.

Sobre la prohibición de subcontratar

QUINTO.- El apartado 15 del cuadro de características del PCAP, al que se remite la cláusula 47.7.2, establece las siguientes tareas críticas que no pueden ser objeto de subcontratación y deben, por tanto, ser ejecutadas directamente por la contratista principal:

- Oinarritzko proiektua, jarduera proiektua eta egikaritze proiektua idazteko zerbitzua (egikaritze proiektua osatuko duen egituren kalkulua izan ezik), bai eta obraren zuzendaritza fakultatiboa ere.

- Arreta zuzena egoitzetako eta eguneko zentroetako zerbitzuetan, bai adinekoentzat, bai mendekotasun egoeran dauden desgaituentzat, bai eta adinekoentzako tutoretzapeko apartamentuetan ere.

Errekurtsogileak alegatu du SPKLren 215.2.e) eta 75.4 artikuluek aukera ematen dutela obra kontratuetan, zerbitzu kontratuetan eta hornidura kontratuetan azpikontratatu ezin diren zeregin kritikoak zehazteko, baina ez obra emakidei dagokienez; beraz, bere ustez, beste kontratu mota batzuei dagozkien arauak bidegabe aplikatzen ari dira.

Gaineratu duenez, proiektuak idaztea eta obra zuzentzea azpikontratatzeko debekua, bereziki, ez da behar bezala justifikatzen espedientean, eta horrek murriztu egiten ditu egoitza zentroak ustiatzeaz arduratzen diren zerbitzu enpresen lehia eta lizitaziorako sarbidea, ez baita ohikoa enpresa horiek proiektuak idazteko zerbitzuak ematea; horregatik, behartzen ari dira aldi baterako enpresa-elkarte (ABEE) batean lizitatzera, proiektuak idatz ditzakeen beste ingeniarietza edo arkitektura enpresa batekin. Baina hori neurrigabea da, azken buruan enpresa horrek kontratuari lotuta jarraitu behar baitu ustiapenak irauten duen 26 urteetan, proiektuaren idazketa kontratuaren lehenengo urtean amaitu arren.

Horren ondorioz, eskatzen du deusezak deklaratzeko AKPAren ezaugarrien taulako 15. atala, AKPAren 47.7.2 klausula, eta horiekin bat datozen klausulak ere, eta baldintza agiria zuzentzeko, eskatu den moduan.

SEIGARRENA.- Gizarte Politiketako Departamentuak bere txostenean proposatzen du errekurtsioa onestea puntu honetan, zeregin kritiko gisa ezabatuz eta, beraz, azpikontratatu daitezkeen zeregin gisa utziz, proiektuen idazketa eta obraren zuzendaritza fakultatiboa.

- El servicio de redacción de los proyectos básico, de actividad y de ejecución (a excepción del cálculo de estructuras que forme parte integrante del mismo), así como la dirección facultativa de la obra.

- La atención directa en los servicios de los centros residenciales y de día, tanto para personas mayores como para personas con discapacidad en situación de dependencia, así como en los apartamentos tutelados para personas mayores.

La recurrente alega que los artículos 215.2.e) y 75.4 LCSP únicamente permiten la determinación de tareas críticas que no pueden subcontratarse en los contratos de obras, servicios y suministro, pero no en los de concesión de obras, por lo que, a su juicio, se están aplicando indebidamente reglas correspondientes a otros tipos de contratos.

Añade que la prohibición de subcontratar, en particular, la redacción de proyectos y la dirección de obra no se justifica debidamente en el expediente y restringe la competencia y el acceso a la licitación de las empresas de servicios encargadas de la explotación de centros residenciales, porque estas empresas no suelen prestar servicios de redacción de proyectos. Se está imponiendo licitar en unión temporal de empresas (UTE) con otra empresa de ingeniería o arquitectura que pueda redactar los proyectos, resultando desproporcionado que esa empresa deba permanecer ligada al contrato durante los 26 años de explotación cuando la redacción del proyecto finalizará en el primer año del contrato.

Como consecuencia de ello, solicita que se declare la nulidad del apartado 15 del cuadro de características del PCAP, de la cláusula 47.7.2 del mismo y de las cláusulas concordantes, rectificando el pliego en los términos solicitados.

SEXTO.- El Departamento de Políticas Sociales propone en su informe estimar el recurso en este punto, suprimiendo como tarea crítica y, por tanto, posibilitando la subcontratación de la redacción de los proyectos y la dirección facultativa de la obra.



Horretarako, argudiatzen du proiektuak idaztea eta obraren zuzendaritza fakultatiboa kontratuan funtsezkoak izan arren, berez ez direla azpikontratazioa galarazten duten zeregin kritikoak, prestazio horien iraupena laburra delako (2 urte eta erdi) kontratuaren iraupen osoarekin alderatuta (28 urte eta erdi). Horrek gomendagarri egiten du prestazio horiei ematen zaien tratamendua bereiztea zainketa pertsonalak zuzenean emateari ematen zaion tratamendutik; izan ere, zainketa pertsonalak zuzenean ematea da, kualitatiboki eta kuantitatiboki, kontratuaren zati nagusia.

Hortaz, proposatzen du azpikontratatu ezin diren zeregin kritikoetatik kentzea (ezaugarrien taulako 15. atalean aurreikusita daude) proiektuak idaztea eta gauzatu beharreko obren zuzendaritza fakultatiboa.

Hori ikusita, Auzitegiaren ustez, Departamentua errekurtsogilearen uzi zehatz horrekin ados egoteak ez du hausten ordenamendu juridikoa, eta, beraz, bidezkoa da errekurtsua puntu honetan baiestea.

Sailkapena eskatzeari buruz

ZAZPIGARRENA.- Bigarrenik, errekurtsogileak AKParen ezaugarrien taulako 13.3) atalaren aurka egin du, zeinak talde eta azpitalde jakin batzuetan obra kontratista gisa sailkatzea eskatzen baitu; halaber, baliogabetzat jotzeko eta zuzentzeko eskatu du, uste baitu obra emakidako kontratuetan ezin dela eskatu enpresa sailkapena, eta behar ez bezala aplikatzen ari dela obra kontratuatarako aurreikusitako sailkapenaren eskakizuna, SPKLko 77.1 artikuluko a) eta c) letretan xedatutakoaren arabera.

Alegazio hori oinarritzeko, errekurtsogileak Estatuko Administrazio Kontratazioaren Aholku Batzordeak 1997ko azaroaren 17an igorritako 49/1997 Txostena aipatu du.

ZORTZIGARRENA.- Departamentu kontratatzaileak proposatzen du ezestea aurkaratze arrazoi hau. Horretarako adierazten du ezen,

Argumenta para ello que la redacción de proyectos y la dirección facultativa de la obra, a pesar de su esencialidad en el contrato, no son, en realidad, tareas críticas que impidan su subcontratación, debido a que la corta duración en el tiempo de tales prestaciones (2 años y medio), en comparación con la duración total del contrato (28 años y medio), aconseja su tratamiento diferenciado respecto a la prestación directa de cuidados personales, que constituye cualitativa y cuantitativamente la parte principal del contrato.

Por consiguiente, propone suprimir de las tareas críticas que no pueden subcontratarse, previstas en el apartado 15 del cuadro de características, la redacción de los proyectos y la dirección facultativa de las obras a ejecutar.

A la vista de ello, el Tribunal considera que la conformidad del Departamento con esta concreta pretensión de la recurrente no constituye infracción del ordenamiento jurídico y, por tanto, procede estimar el recurso en este punto.

Sobre la exigencia de clasificación

SÉPTIMO.- En segundo lugar, la recurrente impugna el apartado 13.3) del cuadro de características del PCAP, que exige la clasificación como contratistas de obras en determinados grupos y subgrupos; y solicita que se declare su nulidad y se rectifique, por considerar que la clasificación empresarial no es exigible en los contratos de concesión de obras y que se está aplicando indebidamente la exigencia de la clasificación prevista para los contratos de obras, según lo dispuesto por las letras a) y c) del artículo 77.1 LCSP.

Para fundar esta alegación la recurrente invoca el Informe 49/1997, de 17 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

OCTAVO.- El Departamento contratante propone desestimar este motivo de impugnación. Alega para ello que como los pliegos permiten la

baldintza agiriek aukera ematen dutenez obrak azpikontratatzeko edo aldi baterako enpresa-elkartean (ABEE) aurkezteko, sailkapenari lotutako eskakizuna zentroa eraikitzeke beharrezkoak diren obrak egingo dituzten enpresei soilik dagokiela.

Txostenak dioenez, kontuan hartzen badugu zer dioen hitzez hitz SPKLren 91. artikulua, obra, zerbitzu eta hornidurakoak ez diren kontratuetakoa kaudimen tekniko edo profesionalari buruzkoak, ondoriozta daiteke ezin dela inolako sailkapenik eskatu obra emakidadunarentzat.

Hala ere, uste du, nahiz eta obra emakidaren kontratuak araubide propioa izan, kontratu mota hori hainbat kontratu tipikok elikatzen dutela, besteak beste obra kontratuak eta zerbitzu kontratuak, hainbat prestazio jasotzen baititu, hala nola proiektuak idazteko zerbitzuak, eraikuntza obren exekuzioak eta gizarte zerbitzuen zentroaren kudeaketa zerbitzuak, zeinak kontratu honen ardatza eta izateko arrazoia baitira.

Hori dela eta, SPKLren 14. artikulua, obra emakidaren kontratua definitzean, obra kontratu tipikoari egiten dio erreferentzia, eta SPKLren 86.3 artikulua, obra emakidaren kontratu mota horren kaudimena arautzen duenean, aukera ematen du kaudimen betekizun desberdinak bereizteko, kontratuaren ondoz ondoko faseetarako, errekurritutako baldintza agirietan egin den bezala, kaudimen betekizun desberdina eskatu baita kontratuaren prestazio nagusiekin bat datozen hiru faseetako bakoitzerako (proiektuak idaztea, eraikuntza eta ustiapena).

Departamentuak gaineratu du kontratuaren eraikuntza kostuak 18 milioi euro baino gehiagokoak direla, eta 24 hilabeteko iraupena aurreikusten dela obrak egiteko; beraz, ez dirudi logikoa denik, bere ustez, eraikuntza gauzatzen duen kontratistari gutxieneko kaudimena exijitu nahi bazaio, sailkapenik ez eskatzea.

Era berean, uste du Estatuko Administrazio Kontratazioaren Aholku Batzordearen 49/1997

subcontratación de las obras o la posibilidad de que las empresas concurren a la licitación en unión temporal de empresas (UTE), la exigencia de clasificación se refiere exclusivamente a la empresa o empresas que ejecutarán las obras necesarias para construir el centro.

Afirma que de la dicción literal del artículo 91 LCSP, referido a la acreditación de la solvencia técnica o profesional en contratos distintos de los de obras, servicios y suministros, podría llegarse a la conclusión de que no cabe la exigencia de clasificación alguna para la concesionaria de obras.

Sin embargo, considera que, a pesar de que el contrato de concesión de obras dispone de un régimen propio, este tipo de contrato se nutre de varios contratos típicos como el de obras y el de servicios, toda vez que incluye distintas prestaciones, como en este caso el servicio de redacción de proyectos, la ejecución de obras de construcción y el propio servicio de gestión del centro de servicios sociales, lo que es el eje y la razón de ser del presente contrato.

Por ello, el artículo 14 LCSP, al definir el contrato de concesión de obras remite al contrato típico de obras, y el artículo 86.3 LCSP, cuando regula la solvencia en este tipo de contrato de concesión de obras, permite diferenciar requisitos de solvencia distintos para las sucesivas fases del contrato, tal como lo han hecho los pliegos recurridos, al exigir distintos requisitos de solvencia para cada una de las tres fases que se corresponden con las prestaciones principales de la concesión (redacción de proyectos, construcción y explotación).

El Departamento agrega que los costes de construcción del contrato ascienden a más de 18 millones de euros y se estima una duración de ejecución de las obras de 24 meses, por lo que no parece lógico, a su juicio, que si se pretende garantizar una mínima solvencia al contratista que ejecute la construcción, no se exija su clasificación.

Considera, asimismo, que el Informe 49/1997 de la Junta Consultiva de Contratación



Txostena, errekurtsogileak aipatutakoa, beste kasu bati buruzkoa dela; izan ere, kasu honetan, obrak egiten dituen kontratistari bakarrik eskatzen zaio sailkapena, eta kasu hartan aplikatzekoak ziren autobideen emakidari buruzko legedi espezifikoak eta ordezkotza izatera duen kontratazio araudia; horiek duela hogeitau urte baino gehiago eman ziren, egun indargabetuta dagoen lege baten esparruan.

Azkenik, alegatu du exijitutako sailkapena kontratuaren objektuari eta egikaritze materialeko aurrekontuari lotutako arrazoi objektiboetan soilik oinarritzen dela, eta proportziozkoa dela, obrak egitean datzan kontratu zatira mugatzen baita.

BEDERATZIGARRENA.-

AKPAren ezaugarrien taulako 13. ataleko 3) azpiatalak obra kontratista gisa sailkatzea eskatzen du, talde hauetan: c) Eraikuntzak, i) Instalazio elektrikoak - 5. eta 6. azpiataldeak-, j) Instalazio mekanikoak -1., 2. eta 4. azpiataldeak-, eta k) Bereziak -1., 6. eta 9. azpiataldeak-.

Eskakizun horri dagokionez, proposamenak aurkezteko fasean egindako kontsulten erantzunen dokumentuan, 2019ko uztailaren 17koan, kontratatzailearen profilean argitaratuta dagoena, jasota dago lizitazioan interesdun batek galdetu zuela ea derrigorrezkoa den enpresa sailkapena kontratua eskuratzeko, eta ea sailkapena kanpoko bitartekoekin integratu daitekeen, eta ea osorik eman dezakeen obra egingo duen enpresa azpikontratatista, ustiatuko duen emakidadunak sailkapenik izan gabe.

Departamentu kontratatzaileak erantzun zuen sailkapena objektiboki bereiz daitekeen kontratu zatirako bakarrik izango dela beharrezkoa, eraikuntza obrei dagokienez, eta obra egingo duen enpresari dagokionez bakarrik. Gaineratu zuen lizitatzailerak bere kaudimena edo sailkapenik eza osatu ahal izango duela azpikontratatziara joz, kaudimena kanpoko bitartekoekin integratuz, SPKLren 75.1 artikuluan xedatutakoaren arabera, nahiz eta enpresa esleipendunak gutxieneko kaudimen bat egiaztatu beharko duen.

Administrativa del Estado, invocado por la recurrente, se refiere a un supuesto distinto, ya que en este caso se exige la clasificación única y exclusivamente a aquella contratista dedicada a la ejecución de las obras, y en aquel caso resultaba de aplicación la legislación específica sobre concesión de autopistas y la normativa de contratación con carácter supletorio, además de haberse emitido hace más de veinte años en el marco de una ley actualmente derogada.

Por último, alega que la clasificación exigida se basa en razones objetivas vinculadas al objeto y al presupuesto de ejecución material, y que resulta proporcionada en cuanto se limita a la parte del contrato consistente en la ejecución de las obras.

NOVENO.- El subapartado 3) del apartado 13 del cuadro de características del PCAP exige la clasificación como contratistas de obras en los grupos C) Edificaciones, I) Instalaciones eléctricas -subgrupos 5 y 6-, J) Instalaciones mecánicas -subgrupos 1, 2 y 4-, y K) Especiales -subgrupos 1, 6 y 9-.

En relación a esta exigencia, en el documento de respuestas a las consultas formuladas en fase de presentación de proposiciones, de fecha 17 de julio de 2019, que se encuentra publicado en el perfil de contratante, consta que un interesado en la licitación consultó si es obligatoria la clasificación empresarial para acceder al contrato, así como si se puede integrar la clasificación con medios externos, y si la puede aportar íntegramente la empresa subcontratista que realizará la obra, sin que el concesionario que la explotará disponga de clasificación alguna.

El Departamento contratante contestó que la clasificación será necesaria únicamente para la parte del contrato que resulta objetivamente separable, referida a las obras de construcción, y solo respecto a la empresa que vaya a ejecutar la obra. Añadió que el licitador podrá completar su solvencia o su falta de clasificación recurriendo a la subcontratación, con la integración de la solvencia con medios externos, según lo dispuesto por el artículo 75.1 LCSP, aunque la empresa adjudicataria deberá acreditar un mínimo de

solvencia.

HAMARGARRENA.- SPKLren 65.1 artikulua honako hau ezartzen du: "Espainiako edo atzerriko pertsona natural edo juridikoek izango dute sektore publikoarekin kontratatzeko gaitasuna, baina bakar-bakarrik baldin eta jarduteko gaitasun osoa badute, kontratatzeko debekuren bat jaso ez badute eta ekonomia- eta finantza-kaudimena eta kaudimen tekniko eta profesionala egiaztatu badute edo, lege honek hala eskatzen duenean, sailkatuta badaude."

Era berean, SPKLren 74.1 artikulua honako hau xedatzen du: "Sektore publikoarekin kontratuak egin ahal izateko, enpresaburuak gutxienezko baldintzak bete beharko dituzte kontratazio-organismoak ezarritako ekonomia- eta finantza-kaudimenari eta gaitasun profesional edo teknikoari dagokienek. Baldintza horren ordez, sailkatuta egotea eskatu ahalko zaie, baldin eta, lege honetan ezarritakoaren arabera, hala eska badakieke."

SPKLren 77.1 artikulua arabera, enpresaburuak obra kontratista gisa edo botere esleitzaileren zerbitzu kontratista gisa sailkatzea exijitu ahal izango da eta ondorioak izango ditu kontratatzeko kaudimena egiaztatzeko, a) eta b) letertan obra eta zerbitzu kontratuaren aurreikusitako kasu eta baldintzetan. Eta c) letrak honako hau xedatzen du: "c) Gainerako kontratu motetarako ez da eskatuko sailkapena. Kontratu horietarako eskatzen diren berariazko kaudimen-baldintzak lizitazio-iragarkian edo prozeduran parte hartzeko gonbidapenean adieraziko dira, eta kontratuaren baldintza-agirietan zehaztuko dira."

Obra emakidaren kontratuari dagokionez, bereziki, SPKLren 250.1.b) artikulua ezartzen du administrazio klausula partikularren agirietan zehaztu behar direla lizitatzailerei eska dakizkiekeen gaitasun eta kaudimen finantzario, ekonomiko eta teknikoko betekizunak, eta kaudimen betekizun desberdinak ezarri ahal izango direla kontratuaren fase desberdinen arabera, 86.3 artikuluan xedatutakoaren arabera.

Azken horrek honako hau xedatzen du: "Obra-emakidako eta zerbitzu-emakidako kontratuetan, egikaritzeko orduan ondoz ondoko faseak identifika badaitezke eta fase bakoitzak bere bitarteko eta gaitasunak eskatzen baditu, baldintza-agiriek fase bakoitzerako bere kaudimen-baldintzak bereizi ahalko dituzte, eta lizitatzailerek faseetako bakoitzaren exekuzioa hasi baino lehen egiaztatu ahalko dute kaudimen hori".

DÉCIMO.- El artículo 65.1 LCSP establece que "solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas".

A su vez, el artículo 74.1 LCSP dispone que "para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley".

Según el artículo 77.1 LCSP, la clasificación de los empresarios como contratistas de obras o como contratistas de servicios de los poderes adjudicadores será exigible y surtirá efectos para la acreditación de su solvencia para contratar en los casos y términos previstos en las letras a) y b) para los contratos de obras y de servicios. Y la letra c) dispone lo siguiente: "La clasificación no será exigible para los demás tipos de contratos. Para dichos contratos, los requisitos específicos de solvencia exigidos se indicarán en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallarán en los pliegos del contrato".

Por lo que se refiere, en particular, al contrato de concesión de obras, el artículo 250.1.b) LCSP exige que los pliegos de cláusulas administrativas particulares concreten los requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores, pudiendo fijarse distintos requisitos de solvencia en función de las diferentes fases del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.3.

Este último dispone que "en los contratos de concesión de obras y concesiones de servicios en los que puedan identificarse sucesivas fases en su ejecución que requieran medios y capacidades distintas, los pliegos podrán diferenciar requisitos de solvencia, distintos para las sucesivas fases del contrato, pudiendo los licitadores acreditar dicha solvencia con anterioridad al inicio de la ejecución de cada una de las fases".



Ikusi dugunez, SPKLren 250.2 artikularen babesean planteatutako kontsultari emandako erantzunean, Departamentuak argitu du sailkapena beharrezkoa izango dela soilik eraikuntza obrei dagokien kontratuaren zatirako, eta obra egingo duen enpresari dagokionez soilik.

Hala ere, aipatu berri diren artikuluen arabera, sailkapena eskatzea ez da posible, legez, obren emakida kontratu batean. Bai, ordea, obra gauzatzeko faserako kaudimen baldintza espezifikoak ezartzea, kontratuaren baldintza agirietan zehaztu beharko direnak. Baina mota honetako kontratuetan, baldintza agiriekin ezin dituzte kaudimen teknikoko betekizun horiek sailkapena eskatzearekin ordeztu. Legeak ez duelako hori jasotzen edo, hobeto esanda, berariaz baztertzen duelako.

Hala adierazi zuen Estatuko Administrazio Kontratazioaren Aholku Batzordeak, uztailaren 28an emandako 02/2008 txostenean. Txosten hori Sektore Publikoko Kontratuei buruzko urriaren 30eko 30/2007 Legearen indarraldian eman zen eta Lege horretan ez zen jasotzen obra publikoen emakida kontratuetan sailkapena eskatzeko aukera.

Ondorioz, Kontratazio Alorreko Errekurtsoetarako Foru Auzitegi Administrazioa

ERABAKITZEN DU

Bairstea SAR RESIDENCIAL Y ASISTENCIAL SAUK kontratazio-arloan jarritako errekurtso berezia, eta, ondorioz:

- AKPAren ezaugarrien taulako 15. ataleko aurreikuspena baliogabetzea, proiektuak idazteko zerbitzua eta egin beharreko obraren zuzendaritza fakultatiboa azpikontratatu ezin diren zeregin kritikoak direla dioena.

- AKPAren ezaugarrien taulako 13. ataleko 3) azpiatala baliogabetzea; bertan sailkapen baldintza jakin batzuk ezartzen dira obra gauzatzeko faserako. Eta, beraz,

Como hemos visto, en la respuesta a la consulta planteada al amparo del artículo 250.2 LCSP, el Departamento ha aclarado que la clasificación será necesaria únicamente para la parte del contrato referida a las obras de construcción y únicamente respecto a la empresa que vaya a ejecutar la obra.

Sin embargo, de acuerdo con los preceptos que se acaban de mencionar, la exigencia de clasificación no es legalmente posible en un contrato de concesión de obras. Sí lo es establecer requisitos específicos de solvencia para la fase de ejecución de la obra, que habrán de detallarse en los pliegos del contrato. Pero en los contratos de este tipo los pliegos no pueden sustituir esos requisitos de solvencia técnica por la exigencia de clasificación, por la sencilla razón de que la Ley no lo contempla o, más bien, lo descarta expresamente.

Así lo sostuvo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el informe 02/2008, de 28 de julio, emitido bajo la vigencia de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que no contemplaba la posibilidad de exigir la clasificación en los contratos de concesión de obras públicas.

En su virtud, el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales

ACUERDA

Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SAR RESIDENCIAL Y ASISTENCIAL SAU, y, en consecuencia:

- anular la previsión del apartado 15 del cuadro de características del PCAP según la cual el servicio de redacción de los proyectos y la dirección facultativa de la obra a ejecutar son tareas críticas que no pueden subcontratarse;

- anular el subapartado 3) del apartado 13 del cuadro de características del PCAP, que establece determinados requisitos de clasificación para la fase de ejecución de la obra; y por tanto,

- Lizitazio prozedura baliogabetzea.

- anular el procedimiento de licitación.

Sektore Publikoko Kontratuen Legeko 59.1 artikuluan xedatutakoaren arabera, ebazpen honen aurka administrazioarekiko auzi-errekurtsoa jarri ahal izango da Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiaren Administrazioarekiko Auzietako Aretoan, erabaki hau jakinarazten den egunaren biharamunetik hasi eta bi hilabeteko epean.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.1 LCSP, contra esta resolución cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses contado a partir del día siguiente al de su notificación.

Donostia, 2019ko urriaren 29a / San Sebastián, 29 de octubre de 2019.

IDAZKARIA / LA SECRETARIA,



María Yeregui Hernández



Gipuzkoako Foru Aldundia
Diputación Foral de Gipuzkoa
Kontratazio alorreko errekurtsoetarako
Foru Auzitegi Administrazioa
Tribunal Administrativo Foral
de Recursos Contractuales