

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº.- 1/2022

RESOLUCIÓN Nº.- 3/2022

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 2 de febrero de 2022 .

VISTO el escrito por el que se interpone recurso especial en materia de contratación, en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción (en adelante CNC), contra el Pliego que rige la licitación del procedimiento para la contratación de las "*Obras con suministro de materiales de la promoción de edificio para 218 viviendas protegidas en régimen de alquiler/cesión de uso en la Parcela propiedad de EMVISESA RP1 del SUS-DE-09 .Hacienda El Rosario, Sevilla*", Expte. EMVI/2021/0258/01, tramitado por Empresa Municipal de la Vivienda, Suelo y Equipamiento de Sevilla S.A. (EMVISESA), este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de diciembre de 2021 se publican en la Plataforma de Contratación, los anuncios de licitación y Pliegos para la contratación de las "*obras con suministro de materiales de la promoción de edificio para 218 viviendas protegidas en régimen de alquiler/cesión de uso en la Parcela propiedad de EMVISESA RP1 del SUS-DE-09 .Hacienda El Rosario, Sevilla*", mediante procedimiento abierto y con un valor estimado de 26.624.448,68 €, habiendo sido objeto de remisión al DOUE el día 28 anterior, y publicándose en éste con fecha 31 de diciembre de 2021.

SEGUNDO.- Con fecha 21 de enero del año en curso, se interpone recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos del expediente referido en el encabezamiento, recibiendo la numeración 1/2022.

Recibido en este Tribunal el recurso y la documentación que lo acompaña, se procedió a dar traslado a la unidad tramitadora del expediente, solicitando, conforme a lo

dispuesto en la normativa de aplicación, informe al respecto y copia del expediente de contratación.

Mediante Resolución 2/2022, de 25 de enero, se desestimó la solicitud de suspensión del procedimiento.

El 25 de enero, se remite expediente e informe por parte de la citada unidad, defendiendo la desestimación del recurso y manifestando que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 63.3 LCSP, se ha publicado en la Plataforma de Contratación Nota Informativa sobre la interposición del recurso y que no habiéndose identificado tercero interesado alguno hasta la fecha, se informa mediante ese medio del Recurso interpuesto, para que, en el caso que así lo consideren, los interesados lo hagan saber a fin de trasladarles la correspondiente documentación, a efectos de la formulación de alegaciones

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, el de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

Conforme a tales normas, *“Corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla en el ámbito del Ayuntamiento de Sevilla y de las entidades instrumentales del mismo que ostenten la condición de poderes adjudicadores.*

a) Resolver los recursos especiales en materia de contratación regulados en los artículos 44 y siguientes de la Ley 30/2017 de Contratos del Sector Público.

b) Resolver las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación regulados en el artículo 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y las cuestiones de nulidad establecidas en el artículo 109 de dicha Ley.

c) Adoptar las decisiones pertinentes sobre las medidas provisionales y cautelares que se hayan solicitado por las personas legitimadas con anterioridad a la interposición de los recursos, reclamaciones a los que se refieren los apartados a y b.

e) Tramitar e informar los recursos previstos en los artículos 46 y 321 de la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

d) Cualquier otra competencia que le atribuya la normativa de la Unión Europea o la normativa estatal básica.”

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión del recurso.

En relación a **la legitimación**, de conformidad con el art. 48 de la LCSP, y entendiendo ésta en el sentido amplio que hoy impera, puede entenderse que la recurrente se encuentra legitimada.

El artículo 48 de la LCSP establece que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”

Asimismo, como recordábamos en diversas Resoluciones (véanse, entre otras la 11/19 o 10/20), el artículo 4.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas dispone que *“Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca”,* y el artículo 24.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado mediante Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”.*

En los Estatutos de CNC, y en concreto en sus artículos 3 y 4, se establece, que:

Artículo 3º:

La CONFEDERACIÓN como entidad máxima de representación y defensa de los legítimos intereses de sus miembros y del desarrollo de la economía sectorial, tendrá entre otros los siguientes fines fundamentales:

- a) De gestión y representación colectiva delegada por sus miembros ante los Poderes Públicos y cualesquiera otros entes nacionales e internacionales, tanto públicos como privados.
- b) De coordinación, aunando y apoyando los esfuerzos e iniciativas de sus miembros.
- c) De arbitraje, para dirimir diferencias que puedan producirse entre sus componentes, cuando se lo soliciten de mutuo acuerdo.

- d) De actuación ante los Poderes Públicos en situaciones que puedan afectar al sector.
- e) De participación con los Poderes Públicos y demás entidades, tanto públicas como privadas, en la elaboración de la normativa que tenga una incidencia directa o indirecta sobre el sector, respetando las competencias de sus miembros.
- f) De asistencia y promoción creando o prestando los oportunos servicios en beneficio de sus adheridos y promoviendo la constitución de entidades conducentes al logro de estas finalidades.

En esta línea, deberá prestar especial atención al mantenimiento de una información fluida en sentido ascendente y descendente dentro de las organizaciones y dotar de la necesaria agilidad de actuación a sus órganos de gestión para asegurar la citada coordinación de las decisiones.

- g) Como organización cúpula del sector de la construcción debe favorecer, en los ámbitos territoriales, la integración de sus organizaciones en las generales del empresario en dicho territorio y en cualquier caso potenciar la colaboración de los empresarios de la construcción con el resto de los empresarios de otras actividades.
- h) La negociación colectiva laboral; la mediación y el arbitraje en el ámbito laboral; el diálogo social; la participación, representación e interlocución institucional en y ante los organismos de las administraciones públicas y los entes y organismos de carácter privado; así como cualquier otra finalidad de carácter laboral.
- i) De formación.
- j) Y, en general, cualquier otro fin que redunde en beneficio de sus miembros y de la economía del sector subordinando en todo momento los intereses particulares a los comunes.

Artículo 4º:

El ámbito de la CONFEDERACIÓN se extenderá a todas las actividades profesionales relacionadas con el sector de la construcción.

Por todo ello, aun cuando el reconocimiento de legitimación en materia contractual a tales organizaciones no puede suponer en ningún caso el reconocimiento de una suerte de acción popular que les habilite para intervenir en cualesquiera cuestiones sin más interés que el meramente abstracto de defensa de la legalidad supuestamente violada, lo cierto es que, en el supuesto analizado, los fines estatutarios de la recurrente

le legitiman para impugnar el PCAP sobre la base de que este vulnera, desde su perspectiva, los intereses de sus miembros, ostentando en este caso, legitimación *ad procesum* y *ad causam*. Por lo demás, este es el criterio general seguido por todos los Tribunales administrativos de recursos contractuales y la propia jurisprudencia (Madrid Resolución nº 67/2017, Andalucía, Resoluciones 2/2013, de 15 de enero, 183/2014, de 3 de octubre, 187/2014, de 7 de octubre, 231/2016, de 4 de octubre, 4/2017, de 20 de enero y 236/2017, de 8 de noviembre, 11/18 o 210/18, Central, Resoluciones nº 517/2017, 351/2017, de 21 de abril, 465/2015, de 22 de mayo, 654/2015, de 10 de julio, 232/2012, de 24 de octubre, 620/2018, SSTs, entre otras, de 24 de febrero de 2000 [RJ 2000, 2888], 22 de mayo de 2000 [RJ 2000, 6275], 31 de enero de 2001 [RJ 2001, 1083], 12 de marzo de 2001 [RJ 2001, 1712] y 12 de febrero de 2002 [RJ 2002, 3160]).

Se cumple además el requisito de la representación por parte de M.S.L. que actúa en su calidad de Secretario General, en nombre y representación de la Confederación.

En cuanto al **plazo de interposición**, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles, considerándose presentado en plazo.

En relación al **ámbito objetivo del recurso**, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a **tres millones de euros**, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.*
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.(...).”*

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

*“a) Los **anuncios** de licitación, los **pliegos** y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.*

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o

licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Nos encontramos ante un contrato de obras con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.2, se concluye la posibilidad de recurrir.

TERCERO.- Entrando ya en el fondo del asunto, el análisis del escrito de interposición, viene a plantear, las siguientes cuestiones:

1.- Incumplimiento del límite establecido para la garantía definitiva.

2.- Compromiso desorbitante de adscripción de los medios personales que vulnera el artículo 76.3 de la LCSP. Vulneración de los principios de proporcionalidad, igualdad y no discriminación y de libre concurrencia

3.- Disconformidad a derecho del Punto 2.3-página 10- (CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS), que valora y puntúa la experiencia profesional del Jefe de Obra que supere los mínimos exigidos en el compromiso de adscripción de medios personales.

Con base en tales alegaciones, se solicita la anulación de las Cláusulas 1 y 5 del Anexo I, así como del criterio 2.3 d.

Por lo que respecta a la garantía, defiende el recurso que la Ley exige, como máximo, un 5% del precio final ofertado, más, en su caso, y previa justificación, otro 5% complementario también del precio final ofertado, por lo que la exigencia contenida en el Pliego de una garantía del 10% del presupuesto base de licitación sería disconforme a derecho, en el doble sentido de que falta la justificación de la especialidad del caso necesaria para ese incremento, según el art. 107.2 LCSP, y, además, se exige que el importe de la garantía se calcule sobre "el presupuesto base de licitación", en lugar de calcularse sobre el precio final ofertado.

El órgano de contratación, por su parte, manifiesta que la garantía exigida se ajusta a la legalidad vigente y que es el órgano de contratación, quien, conforme al art. 114.2 LCSP determina el importe, con el único límite de no superar el límite establecido en el art 107.2, esto es un 10%. El informe defiende que tampoco asiste razón al recurrente cuando indica que el máximo permitido es, en su caso, el 10% del importe ofertado por el licitador, ya que como establece el artículo 107.3 de la LCSP, cuando el precio del contrato se formule en función de precios unitarios, como es el caso, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación.

En lo que atañe a la denunciada falta la justificación de la especialidad del caso necesaria para ese incremento, el informe al recurso suscrito por el Director Gerente, manifiesta que “en contra de lo alegado por el recurrente, el presente supuesto sí se ajusta a dicha condición por cuanto, el objeto de la licitación es la construcción de una promoción de viviendas en régimen de alquiler para dar respuesta a una necesidad social, cada día más acuciante” y que “Se trata de una obra de especial tamaño, singularidad, relevancia y complejidad, consistente en la ejecución de un edificio de 218 viviendas protegidas en régimen de alquiler/cesión de uso, con un valor estimado del Contrato de 26.624.448,68 (IVA excluido), y un presupuesto de licitación por importe de 22.187.040,57 €” , destacando que “ Esto supone la mayor inversión en promoción de viviendas de EMVISESA en los últimos 10 años.”

A mayor abundamiento, destaca que “A todo lo anterior, cabe añadir la necesidad particular de EMVISESA en el correcto desarrollo del contrato para cumplir con los condicionantes de una subvención autonómica concedida por importe de 4.298.502,00 €.

En este sentido es una prioridad para EMVISESA asegurar la ejecución de las obras en tiempo y forma, por lo que se hacen las siguientes consideraciones:

- Debido al momento actual de incertidumbre que vive el sector de la construcción, con un alto incremento de precios de la energía y las materias primas, así como retrasos en los suministros de materiales, se requiere de la exigencia de una garantía por un importe suficiente que asegure el compromiso de la empresa adjudicataria en el cumplimiento del contrato, ya que un eventual incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del mismo provocaría graves perjuicios para EMVISESA.

En este sentido, un incumplimiento del contrato llevaría aparejado un retraso generalizado en el cumplimiento de los compromisos adquiridos por EMVISESA teniendo en cuenta que todo ello podría pasar por un escenario de resolución contractual, con todo lo que implica resolver un contrato e iniciar los trámites necesarios para adjudicarlo a otra entidad.

- No obstante, y con el fin último de comprometer en la menor medida posible la capacidad económico-financiera del contratista, se ha optado por practicar la retención en el precio en concepto de garantía definitiva, en cada certificación, y al ritmo de ejecución de la obra.

(...)

En resumen, la garantía definitiva exigida cumple con todos y cada uno de los requisitos establecidos en la LCSP sobre la base de:

- La singularidad del proyecto cuya obra se licita, fruto de un concurso de arquitectura fallado por un Jurado compuesto por miembros de reconocido prestigio.

- La especial naturaleza del contrato, dado que se trata de la construcción de viviendas en régimen de protección oficial para alquiler/cesión de uso, en el marco de la “Estrategia de ampliación urgente del parque público de viviendas” con el objetivo último de dar respuesta a la demanda de vivienda y necesidades habitacionales de los ciudadanos de Sevilla.

- Las condiciones especiales del cumplimiento del contrato, estando esta licitación enmarcada en una situación generalizada de incertidumbre del sector, así como la necesidad de atender los compromisos adquiridos como consecuencia de la subvención concedida.”

Expuestas las alegaciones de las partes, ha de partir nuestro análisis de lo dispuesto en la Ley.

Conforme al art.114 de la LCSP, referido a las “**Garantías exigibles en otros contratos del sector público**”:

Artículo 114. *Supuestos y régimen.*

1. En los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a

los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato o al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación.

2. El importe de la garantía, que podrá presentarse en alguna de las formas previstas en el artículo 108, sin que resulte necesaria su constitución en la Caja General de Depósitos, así como el régimen de su devolución o cancelación serán establecidos por el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato, sin que pueda sobrepasar los límites que establecen los artículos 106.2 y 107.2, según el caso.

Concretamente, en relación con la Garantía definitiva, el Artículo 107, postula que:

1. A salvo de lo dispuesto en los apartados 4 y 5, los licitadores que, en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas, presenten las mejores ofertas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por 100 del precio final ofertado por aquellos, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido. (...)

2. En casos especiales, el órgano de contratación podrá establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que, además de la garantía a que se refiere el apartado anterior, se preste una complementaria de hasta un 5 por 100 del precio final ofertado por el licitador que presentó la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, pudiendo alcanzar la garantía total un 10 por 100 del citado precio.

A estos efectos se considerará que constituyen casos especiales aquellos contratos en los que, debido al riesgo que en virtud de ellos asume el órgano de contratación, por su especial naturaleza, régimen de pagos o condiciones del cumplimiento del contrato, resulte aconsejable incrementar el porcentaje de la garantía definitiva ordinaria a que se refiere el apartado anterior, lo que deberá acordarse mediante resolución motivada. En particular, se podrá prever la presentación de esta garantía complementaria para los casos en que la oferta del adjudicatario resultara inicialmente incurso en presunción de anormalidad.

3. Cuando el precio del contrato se formule en función de precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación, IVA excluido.

4. En la concesión de obras y en la concesión de servicios el importe de la garantía definitiva se fijará en cada caso por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en función de la naturaleza, importancia y duración de la concesión de que se trate.

En consonancia con la finalidad que se observa en la Ley, en el sentido de aproximar el régimen de preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los poderes adjudicadores, el legislador extiende el régimen de las garantías exigibles en los contratos a todos los entes del sector público que no reúnen

la condición de Administración Pública, en general, y el art. 114, aun cuando posibilita que el órgano de contratación pueda determinar el importe de la garantía y su régimen de devolución o cancelación en atención a las características y circunstancias del contrato (art. 114.2 LCSP), remite a los límites establecidos para los contratos de las Administraciones Públicas: el límite de la garantía provisional es del 3% del presupuesto base de licitación excluido el IVA, del importe de los lotes (si existen) o del valor estimado en el caso de acuerdos marco y sistemas dinámicos (art. 106.2 LCSP); en el caso de la garantía definitiva, se puede establecer una garantía complementaria en casos especiales por un total de hasta el 5% del precio final ofertado por el licitador que presentó la mejor oferta, excluido el IVA, pudiendo llegar a alcanzar el 10% del precio citado (art. 107.2 LCSP). Esos casos especiales se refieren a supuestos en que el órgano de contratación asuma un riesgo especial por la especial naturaleza del contrato, el régimen de pagos o condiciones de cumplimiento, o cuando la oferta del adjudicatario estuviera incurso inicialmente en presunción de anormalidad.

Entre la documentación a presentar con carácter previo a la adjudicación, el PCAP, Cláusula 11.4, se refiere a la Garantía definitiva, *“Resguardo acreditativo de la constitución, en alguna de las formas establecidas en el artículo 108.1 de la LCSP, de una garantía de hasta un 10% del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, a disposición del órgano de contratación, salvo que en el Anexo I del presente pliego se exima de esta obligación, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato.*

Cuando el precio del contrato se formule en función de precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación, IVA excluido.”

El régimen de garantías previsto en el Anexo I al PCAP, prevé la constitución de garantía tanto provisional, que se justifica en que “no se pueden admitir demoras por la posible renuncia a la formalización del contrato, dado que podría conllevar la pérdida de subvenciones, lo que haría inviable el desarrollo de la promoción”, como definitiva, pronunciándose, en cuanto a esta última, como sigue:

Garantía Definitiva: Si. **Importe:** 10% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.3 de la LCSP.

A este respecto,

Un 2% de la garantía definitiva podrá prestarse por cualquiera de las formas previstas en el artículo 108.1 de la LCSP, salvo seguro de caución.

El restante 8% deberá constituirse mediante retención en el precio, tal y como permite el artículo 108.2 de la LCSP. Esta retención se practicará aplicando este porcentaje sobre el importe de cada certificación de obras (IVA excluido), iniciándose desde la primera certificación.

El Anexo I al PCAP dispone expresamente que el precio se formula en función de precios unitarios, señalando que:

“Forma de determinación del presupuesto base de licitación: Precios unitarios

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.4 de la LCSP, el precio del contrato se ha formulado en términos de precios unitarios atendiendo a los distintos componentes de la prestación.

El presupuesto base de licitación es adecuado a los precios del mercado, habiendo sido calculado de conformidad con los costes directos e indirectos que implica, así como otros eventuales gastos.

El transcrito art.107, en su apartado 3º, contempla expresamente la posibilidad de que “Cuando el precio del contrato se formule en función de precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación, IVA excluido.”, circunstancia que, como contempla el Anexo, se produce en el caso que nos ocupa, posibilitando, pues, la fijación de la garantía en atención, no al precio final ofertado, que es la regla general, sino en atención al presupuesto base de licitación.

En cuanto al % de garantía, como señala el recurrente, la posibilidad de exigir una garantía complementaria no se configura en la ley como una facultad discrecional, sino que está prevista para casos especiales, debiendo acordarse mediante resolución motivada (Art. 107.2).

Ciertamente ni el Anexo, que establece la garantía complementaria, ni el acuerdo de la Comisión Ejecutiva que aprueba el inicio del expediente y los Pliegos, en el que se hace referencia únicamente a *los aspectos más relevantes de la contratación*, se recoge expresamente la motivación de la exigencia de garantía complementaria. Se constata, sin embargo, que en el expediente consta entre los Informes técnicos, que constituyen fundamento y motivación *in aliunde* de los Pliegos aprobados, Informe relativo a la licitación, suscrito por la Jefa de Sección de Contratación y Compras el 16 de diciembre de 2021, en el que sí se alude a esa justificación:

Garantía provisional: Se exige una garantía provisional por importe del 1 % del presupuesto base de licitación, IVA excluido, ya que no se pueden admitir demoras por la posible renuncia a la formalización del contrato, pudiendo conllevar la pérdida de subvenciones, lo que haría inviable el desarrollo de la promoción.

Garantía definitiva: Se exige una garantía definitiva por importe del 10% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.3 de la LCSP.

En este caso, se ha considerado necesario exigir ese importe en concepto de garantía definitiva, dado que, teniendo en cuenta el elevado importe de la obra y el contexto en el que se desarrolla la actuación, el órgano de contratación está asumiendo un riesgo muy elevado con la ejecución de este contrato.

Se alude, pues, a esa justificación, en términos similares, aunque de forma más breve, a los incluidos en el informe al recurso suscrito por el Director Gerente, esto es:

- .- elevado importe de la obra
- .-contexto en el que se desarrolla la actuación
- .-asunción de un elevado riesgo por el órgano de contratación.

Con carácter general, han de ser motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, aquellos actos que relaciona el art. 35 LPA. Pero en el ámbito de la contratación pública la trascendencia de la motivación es mucha; desde

la génesis misma del expediente hasta la adjudicación, el órgano de contratación debe cuidar que sus decisiones estén debidamente justificadas, y más allá de un excesivo formalismo, lo importante es que las justificaciones estén disponibles en el expediente.

En el caso que nos ocupa, el contrato tiene por objeto una obra, con suministro de materiales, de una gran envergadura económica y técnica, que se financia, además, con una subvención, con los condicionantes que ello conlleva, circunstancias que, por sí mismas pueden apreciarse en el Proyecto Básico y de Ejecución, y en los Pliegos aprobados por el Órgano de Contratación. En el Informe de la Sección de Contratación, que informa de los aspectos jurídico-técnicos y sirve de base al Pliego, sí se recoge expresamente la especialidad y motivación que posibilita la exigencia de una garantía superior, que alcance en total el 10%, párrafo que, entendemos, por error u omisión, no se transcribe en el Anexo I.

Si bien es cierto que, *stricto sensu*, la Ley determina que ese incremento de la garantía deberá acordarse mediante resolución motivada, lo que determina la virtualidad tanto de una resolución específica al efecto, como el hecho de que el propio Pliego, que es aprobado por el órgano de Contratación, contenga esa motivación, desde un punto de vista teleológico o finalista, lo determinante para la exigencia de una garantía superior, es la existencia de la especialidad que aconseje su incremento, no tratándose, como señala el recurrente de una potestad discrecional. Habida cuenta de que la especialidad y la motivación de ese incremento constan en el expediente, puede concluirse que se cumple el requisito material, así como el límite porcentual, por lo que aun no cumpliéndose debidamente el requisito formal, con base a los principios antiformalista y de proporcionalidad y teniendo en cuenta la doctrina de la motivación *in alliumde*, hemos de concluir la improcedencia de la nulidad del pliego por ese motivo, habiendo de calificarse, en cualquier caso, como defecto no invalidante.

CUARTO.- La segunda de las alegaciones se centra en lo que se considera un compromiso desorbitante de adscripción de los medios personales que vulnera el artículo 76.3 de la LCSP y los principios de proporcionalidad, igualdad, no discriminación y libre concurrencia.

Concluye el recurrente que “para licitar (ser admitido a la licitación) la empresa tiene que disponer de:

- Clasificación en el grupo “C” (edificación) en casi todos los subgrupos y con la categoría 6 (...). Y además comprometerse a adscribir TODOS Y CADA UNO de los siguientes medios personales:

- Un Responsable de Obra, (Jefe de grupo), un Jefe de Obra, un Jefe de Producción, un encargado y un Recurso Preventivo. Todos ellos con una experiencia mínima de 8, 12 y 15 años, y un administrativo con más de 5 años de experiencia”

Invoca como apoyo la doctrina mantenida en diversas resoluciones del Tribunal de Contratación de Madrid, con la que nos manifestamos completamente de acuerdo, sobre la necesidad de que tanto los requisitos de solvencia como la adscripción de medios personales sea razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, y no limite la participación, defendiendo que la adscripción prevista “*no es razonable, ni justificada ni proporcional a la entidad y características del contrato, de manera que limita la licitación y resulta un impedimento a la libre*

concurrentia”, solicitando , la nulidad o, subsidiariamente , la anulabilidad de la Cláusula 5 del Anexo I.

El Órgano de Contratación, por su parte, destaca la necesaria distinción entre solvencia y adscripción de medios y el hecho de que este último” además de exigirse como complemento a la solvencia técnica exigida en los pliegos rectores de la contratación, únicamente se hará efectivo una vez que el licitador resulte adjudicatario, de modo que no se vulneran los principios de proporcionalidad, igualdad, no discriminación y libre competencia, pues los licitadores pueden concurrir a la licitación, procurando la efectividad de dichos medios una vez que ostenten la condición de adjudicatarios, en su caso”, concluyendo que “ debe rechazarse de plano la aseveración sostenida por la recurrente según la cual dicha exigencia supone una limitación a la competencia, toda vez que ésta estaría asegurada.”

A mayor abundamiento, señala el informe que “Contrariamente a lo argumentado por la recurrente, cabe apreciarse que, exigiendo esta adscripción de medios con carácter posterior a la adjudicación del contrato, lo que pretende el órgano de contratación es facilitar una mayor competencia de los distintos licitadores al procedimiento de referencia, algo que no sucedería si el personal mínimo exigido e indicado en la Cláusula 5ª del Anexo I al PCAP fuese utilizado como “barrera de entrada”, es decir, exigido como solvencia técnica, posibilidad esta expresamente permitida por la LCSP.

En este sentido, cabe reseñar, entre otras, Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 14.08.2.019 (Recurso nº 765 y 863/2019, Resolución nº 949/2019), o Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 19.11.2020 (Recurso nº 303/2020, Resolución nº 316/2020).

No obstante, si bien es cierto que el Órgano de contratación goza de discrecionalidad para la determinación de los medios a adscribir a la ejecución del contrato, deben respetarse los principios de proporcionalidad y libre competencia. En este caso cabe confirmar que los parámetros de adscripción de medios establecidos son admisibles, en tanto guardan en todo caso la debida proporcionalidad con el objeto del contrato y cumple con los citados principios.

La proporcionalidad viene dada por la relación directa entre lo que se exige como requisito de adscripción de medios en la ejecución del contrato, la complejidad técnica del mismo, así como su dimensión económica, de modo que no resulten discriminatorios por el hecho de de ser tan exigentes que “de facto” solo determinadas empresas puedan cumplir con los mismos.

Ello, insistimos, sin perder de vista la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir las condiciones y requisitos técnicos que han de exigirse en la ejecución del contrato.

Respecto de la adscripción de forma permanente durante la ejecución del contrato de los perfiles profesionales enumerados a través Cláusula 5ª del Anexo I al PCAP, en contra de lo alegado de contrario, la misma resulta razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato y ello debido a que la construcción de promociones de viviendas está sujeta a unas particularidades que la diferencian de las demás, máxime tratándose de una promoción de viviendas protegidas.

Desde 1987, EMVISESA ha promovido más de 13.500 viviendas, y conoce las particularidades de este tipo de construcciones, así como las necesidades de estas para llevar cada promoción a buen fin, lo que nos otorga un criterio válido y proporcional a la hora de conocer las necesidades de cada tipo de promoción. EMVISESA, gestiona en la actualidad un parque público de vivienda en alquiler de 2.860 viviendas.

En primer lugar, debemos aclarar que, dentro del sector de la construcción, hay diferentes campos como las infraestructuras lineales de transporte, la construcción civil y la edificación. Dentro de la

edificación, un campo mucho más específico aún es la construcción en el ámbito del uso residencial, muy diferenciado de cualquier otro como el sanitario, el docente, el industrial o el comercial, al que expresamente alude el recurrente.

En concreto, la construcción de promociones de viviendas está sujeta a unas particularidades que la diferencian de las demás, máxime tratándose de una promoción de viviendas protegidas. Los aspectos que, en líneas generales, diferenciarían la construcción en el ámbito del uso residencial, de cualquier otro tipo de uso, serían:

- Una normativa específica de obligado cumplimiento.
- Numerosos apartados específicos del Código Técnico de la Edificación.
- Incluso aspectos tan diferenciales como el usuario final, no siendo un propietario y usuario único, sino tantos como viviendas tenga la promoción, que aumenta implícitamente el nivel de exigencia en los acabados y hace más compleja las fases posteriores a la finalización de las obras.

A mayor abundamiento, estamos ante una obra de gran complejidad técnica, como lo es la construcción de una promoción de 218 viviendas en bloques de gran altura y con 2 plantas de sótano, que ineludiblemente requiere de la realización de diversos tipos de tareas de toda índole que implican la necesidad de contar con un equipo muy especializado y con una experiencia mínima conforme a la que aquí se exige.

De hecho, el correcto desarrollo de las obras y por tanto el objetivo último del contrato, depende en su mayor parte, por no decir en su totalidad, del personal encargado de su ejecución, es decir, el personal adscrito a la obra.

(...)

si bien es cierto que en obras de un volumen de viviendas inferior al que nos ocupa no resultaría necesaria la intervención de todos los perfiles descritos, la complejidad técnica y la envergadura de la obra objeto de la licitación da lugar a un volumen de tareas que no permite su correcta ejecución si no es con un equipo de trabajo como el exigido en el Pliego”, concluyendo que “En definitiva, encontrándose la adscripción de medios personales exigida debidamente justificada, vinculada, y resultando equilibrado respecto a las prestaciones del contrato, cabría concluir que la Cláusula 5ª del Anexo I al PCAP resulta ajustada a Derecho, no procediendo en ningún caso la anulación de la misma.”

El Anexo I del PCAP recoge que, conforme al artículo 76.2 de la LCSP, se exige a los licitadores que completen la acreditación de su solvencia mediante el compromiso de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y/o materiales exigidos como mínimo, lo que deberán concretar en su candidatura u oferta mediante la aportación del modelo Anexo VI. Este compromiso se integrará en el contrato teniendo carácter de obligación esencial a los efectos de su resolución, o establecimiento de penalidades en los términos recogidos en el Pliego de Condiciones.

La Cláusula 5 del Anexo establece la CONCRECIÓN DE LAS CONDICIONES DE SOLVENCIA (Art. 76 de la LCSP), en los siguientes términos:

∞ Nombres y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación a especificar en la oferta: **SI NO X**

En caso afirmativo señalar si:

o Es obligación esencial a los efectos del artículo 211. f) de la LCSP: **SI NO**

o Penalidades en caso de incumplimiento: **SI NO**

∞ Compromiso de dedicación de los medios personales o materiales suficientes para la ejecución:

SI X NO

El personal mínimo exigido será el siguiente, con las siguientes características:

PERSONAL	DEDICACIÓN	EXPERIENCIA PROFESIONAL	TITULACIÓN
Responsable de Obra (jefe de grupo)	20%	>12 años	Arquitecto/Arquitecto técnico*/ Ingeniero/Ingeniero técnico.
Jefe de Obra**	100%	>12 años	Arquitecto/Arquitecto técnico/ Ingeniero/Ingeniero técnico.
Jefe de Producción	100%	>8 años	Arquitecto/Arquitecto técnico/ Ingeniero/Ingeniero técnico.
Administrativo	100%	>5 años	-
Encargado	100%	>15 años	-
Recurso preventivo	100%	>8 años	Técnico competente y habilitado legalmente.

*Las referencias al arquitecto técnico se entienden realizadas al profesional de la Arquitectura Técnica según la ORDEN ECI/3855/2007, de 27 de diciembre.

**El jefe de Obra deberá cumplir además, las características que se indican a continuación:

El Jefe de Obra, o cualquier persona disponible con las competencias necesarias, deberá poder personarse en la obra, si le es requerido por alguna emergencia fuera del horario de ejecución de la obra, en un plazo no superior a 30 minutos.

El jefe de Obra deberá haber realizado, como mínimo, las funciones de Jefe de Obra en la construcción de:

2 edificios de nueva planta,
con uso residencial plurifamiliar y más de 100 viviendas,
construidos y terminados con posterioridad al 31 de diciembre de 2010.

Esta experiencia deberá acreditarse mediante todos los documentos que sean necesarios, tales como:

Acta de Nombramiento,
Certificado de Buena Ejecución, expedido por el Promotor o la Dirección Facultativa de las obras,
Declaración Responsable de la empresa en la que ejerció el cargo,
Certificado Final de Obra,
Acta de Recepción Definitiva,
Cualquier otro documento que acredite los criterios exigidos y las funciones desarrolladas.

Al respecto, ha de recordarse, como en tantas otras ocasiones, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con la prestación, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 28 y 99 de la LCSP, de tal suerte que las pretensiones de los eventuales licitadores no pueden sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la misma pretende con él.

Se limita la concurrencia cuando se establecen condiciones que sólo pueden cumplir uno de los licitadores y no cuando, determinada por la Administración la necesidad de

un producto, servicio u obra de forma justificada y constatado su presencia en el mercado, se exige una forma determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su oferta a lo requerido. Lo determinante es, en definitiva, la existencia de exigencia de un rango anormal, una funcionalidad lejana a la perseguida por el contrato.

La primera cuestión que se suscita, tras el análisis de las alegaciones de las partes, es la relativa a la diferenciación entre los conceptos de solvencia y adscripción de medios.

En base a ello es necesario realizar una serie de consideraciones generales relativas al compromiso de adscripción de medios, su relación con la solvencia y medios de acreditación.

El compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales se configura en la normativa de contratación pública como un plus de solvencia, una obligación adicional – de posible exigencia por el órgano de contratación- de proporcionar unos medios concretos, de entre aquellos que sirven para declarar a un licitador idóneo, apto para contratar.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato, implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio de igualdad de trato, que es la piedra angular sobre la que descansan las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como ponen de relieve las Sentencias del TJCE de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otro*, y de 19 de junio de 2003, *GAT*.

En este sentido, la aplicación de este principio, en la fase de solvencia, es de gran importancia práctica. Y es que, en esta fase, como apuntábamos en nuestra Resolución 15/2017, lo que se pretende a la hora de valorar la aptitud de un contratista –u operador económico-, en la terminología de la Directiva 2004/18, actual 24/2014/UE- es determinar la auténtica capacidad para hacer efectiva, en las condiciones pactadas, la prestación en cuestión que se demanda por el ente contratante, por cuanto lo importante, en la contratación pública, es la correcta ejecución del contrato adjudicado.

En consecuencia, los contratistas deben cumplir una serie de requisitos previos que hacen referencia a la capacidad de obrar, la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica, sin que puedan exigirse, eso sí, requisitos o medios de acreditación que vulneren los principios esenciales.

Conforme al actual art. 74 LCSP, los empresarios deben acreditar las condiciones de solvencia económica y financiera y profesional o técnica determinadas por el órgano de contratación, debiendo éstas estar vinculadas al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. Por su parte, el compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales se configura en el art.76, como hemos mantenido, como un plus de solvencia, una obligación adicional- de posible exigencia por el órgano de contratación- de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirven para declarar a un licitador idóneo para contratar.

En este sentido, las Resoluciones 409/2014 y 274/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, indicaban que *“ el art. 64.2 permite que los órganos de contratación puedan exigir a los licitadores que, además de acreditar su solvencia o clasificación, se comprometan a dedicar o a adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales o personales suficientes para ello”*.

La necesaria diferenciación entre la solvencia profesional o técnica y el compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios materiales o personales, cuya materialización sólo debe exigirse al licitador que resulte adjudicatario del contrato, se ha puesto de manifiesto reiteradamente por los distintos órganos encargados de la resolución de recursos y reclamaciones en materia de contratación.

La doctrina sobre la adscripción de medios personales mantenida por el Tribunal Central de recursos Contractuales, Resoluciones 409/2014, 274/2014, 615/2013, 11/2012, 174/2012, 61/2013, 189/2013, y 201/2014, 683/17, 614/2018..., consagra que *en relación con la acreditación de la solvencia y de la adscripción de medios, se permite que los órganos de contratación puedan exigir a los licitadores que, además de acreditar su solvencia o clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales o personales suficientes para ello, entendiendo que lo que se exige es una obligación adicional de proporcionar a la ejecución del contrato unos medios, materiales o personales, concretos, no pudiendo confundirse con la solvencia profesional o técnica contemplada pues a diferencia de ésta, el artículo 64 del TRLCSP, 74 LCSP, sólo exige que los licitadores presenten un compromiso de adscripción (...) pero no que acrediten disponer de tales medios mientras dura el proceso de contratación.*

Es por tanto en el momento de la adjudicación cuando el órgano de contratación puede exigir al adjudicatario que acredite que realmente dispone efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato sin que pueda imponerse de presente que se acredite disponer de tales medios durante el proceso de contratación, ni sancionarlo en otro caso con la exclusión de la licitación. Igualmente el órgano de contratación, en el trámite de presentación de documentación, ha de comprobar que el licitador que ha presentado la oferta más ventajosa dispone efectivamente de los medios que se hubiera comprometido a dedicar o adscribir al contrato de acuerdo con el PCAP. “

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, señalaba en su Acuerdo 29/2012 que *“A estos medios complementarios deben serles de aplicación los criterios generales que rigen el establecimiento de los medios para acreditar la solvencia. Esto es, que estén previstos expresamente en los pliegos, que guarden relación con el objeto del contrato, que, en ningún caso, dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios, y que se respete el principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse requisitos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica. Ni requisitos que, por su aplicación práctica, alteren de hecho la solvencia mínima exigida, desnaturalizando el propio procedimiento de licitación elegido. La adscripción de medios es, en suma, un complemento de cara a la efectiva disponibilidad de la solvencia requerida por el órgano de contratación al diseñar el objeto del contrato, y no una técnica adicional de restricción de la solvencia previamente elegida y exigida, tal y como previene el artículo 62 TRLCSP.”*

Como señalábamos en nuestra Resolución 31/19, partiendo de la doctrina general de que corresponde al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación, sentada por los órganos de resolución de recurso contractuales y la propia jurisprudencia, compartida y aplicada por este Tribunal, (Central, Resoluciones nº 1159/18, 362/2018, 135/18, 1138/17, 288/2017, 79/2015, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 53/10, de 10 de diciembre y, en igual sentido, informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña 6/2011, de 5 de julio, Junta Consultiva de Contratación Administrativa informe 36/2007, de 5 de julio, informe de la JCCA 51/2005, de 19 de diciembre...), esta decisión del órgano de contratación no puede ser, sin embargo, una decisión arbitraria, sino que está sujeta a requisitos de legalidad y proporcionalidad.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 36/07, de 5 de julio de 2007), en interpretación de tales preceptos de conformidad con la jurisprudencia comunitaria, señala que los criterios de solvencia *“han de cumplir cinco condiciones: que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato, -que sean criterios determinados, -que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato, -que se encuentren entre los enumerados en los citados artículos según el contrato de que se trate - y que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio”*, sin que sea discriminatorio (informe de la JCCA 51/2005, de 19 de diciembre y Resoluciones del Central 16/2012, de 13 de enero y 212/2013, de 5 de junio) el solo hecho de que no todos los empresarios puedan acreditar la solvencia exigida en el pliego.

La determinación de los concretos medios de acreditación de la solvencia exigidos, de entre los admitidos, no corresponde a los licitadores sino a la Administración contratante, siendo exigible que los medios elegidos no sean irrazonables o inadecuados para acreditar la solvencia, en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2012.”

A la vista de lo expuesto, podemos, pues concluir que:

1.- Corresponde al órgano de contratación la determinación y el establecimiento de los requisitos de solvencia y la exigencia de concreción de medios y compromisos de adscripción.

El órgano de contratación, concedor de las necesidades que trata de satisfacer mediante la celebración del contrato, y de los medios que considera imprescindibles para ello, ha de concretar de forma detallada en el PCAP los medios personales y materiales que los licitadores han de comprometerse a adscribir, adscripción de medios que debe ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato.

Esta decisión del órgano de contratación no puede ser, en efecto, una decisión arbitraria, sino que está sujeta a requisitos de legalidad y proporcionalidad, debiendo, en cualquier caso cumplir ciertas condiciones, a saber: que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato, que sean determinados, que estén relacionados con el objeto del contrato, sean proporcionados, y que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio.

2.- El compromiso de adscripción de medios no puede confundirse con la solvencia técnica o profesional, que ha de poseerse en el momento de licitar, los licitadores sólo están obligados a incluir en su documentación un compromiso de adscripción de medios, cuya acreditación sólo cabe exigir al licitador que, por haber presentado la oferta más ventajosa, vaya a ser adjudicatario.

En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado los Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación. En esta línea, la Resolución nº 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid manifestaba que *“Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido.”* Es el órgano de contratación, el que conocedor de las necesidades a satisfacer, y conforme a éstas, ha de fijar el objeto del contrato, sus especificaciones técnicas y los criterios de adjudicación a tener en cuenta, a fin de obtener la mayor calidad del servicio y la más óptima satisfacción, de las necesidades, siempre, eso sí, dentro del respeto a la normativa y principios de aplicación y sin incurrir en arbitrariedad.

La exigencia de experiencia a los medios personales adscritos al contrato, no supone así un subterfugio de solvencia técnica adicional, sino que de conformidad con la normativa vigente y la doctrina expuesta, la adscripción de medios se configura como una obligación adicional, accesoria del contrato, para proporcionar unos medios concretos que aseguren y garanticen la buena ejecución de la obra.

Tanto a la doctrina consolidada de este Tribunal como de los análogos al mismo y la jurisprudencia comunitaria, mantienen que tal exigencia es ajustada a derecho siempre y cuando sea necesaria o muy conveniente para la correcta ejecución de contrato y, además, no resulte contraria al principio de proporcionalidad- esto es, que tenga relación con el objeto y el importe del contrato-, así como de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública (por todas, resolución TACRC nº 295/2019 de 25 de marzo de 2019).

Este Tribunal considera de plena aplicación la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica (en este sentido, Resolución 28/2019). No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado no pueda ser objeto de análisis, sino que éste debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales tales como las normas de competencia o de procedimiento, que no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad, desproporcionados o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material.

Como indicábamos en la Resolución 15/2017, en el régimen jurídico de contratos del Sector Público, el principio de proporcionalidad alude a la idoneidad de la exigencia de experiencia concreta de los medios personales adscritos a la ejecución del contrato. Los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno

formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, de justificación teleológica.

El primero, exige que **toda medida restrictiva de acceso a un contrato público se encuentre prevista por Ley**. Ello constituye un postulado básico para su legitimidad y garantía de la correcta actuación de los órganos de contratación de las entidades del sector público.

El **segundo presupuesto**, de carácter material, implica una **justificación teleológica**; lo que requiere el enjuiciamiento de admisibilidad e idoneidad del compromiso de adscripción de los medios. Es decir, debe gozar de la fuerza suficiente para enfrentarse a los valores representados por los principios básicos de la contratación administrativa.

La resolución del recurso requiere, pues, analizar, a la vista de las consideraciones de la entidad interesada, si esa adscripción de medios personales en lo que se refiere a dicha experiencia concreta, es proporcionada y se ajusta al régimen jurídico de la Contratación Pública.

El principio de proporcionalidad, como decíamos anteriormente, requiere que toda limitación de los derechos de quienes concurren a una licitación pública, tienda a la consecución de unos fines legítimos, pues cualquier exigencia arbitraria o injustificada podría ser calificada como práctica restrictiva de la competencia, tal como aduce la reclamante. Por tanto, no podrán exigirse a estos medios humanos de carácter complementario, requisitos en los que no se observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y su dimensión económica. Lo determinante para justificar la proporcionalidad de la exigencia contenida en la Cláusula controvertida, es pues, determinar si la obra a ejecutar en la presente licitación tiene la envergadura técnica y económica necesaria para calificarla como idónea.

El órgano de contratación defiende, en base a su experiencia (el objeto de la Sociedad es, como señalan sus Estatutos, la promoción, gestión, urbanización y construcción de viviendas y otros inmuebles, con algún régimen de protección, de promoción pública, de titularidad municipal o de libre promoción, habiendo promovido más de 13.500 viviendas), la exigencia y proporcionalidad de la experiencia requerida en los Pliegos, en razón de las particularidades y complejidad técnica del contrato, que deviene no sólo de su dimensión económica, sino también de la propia naturaleza de la construcción: 218 viviendas protegidas, defendiendo la particularidad y especificidad de las construcciones para uso residencial, las cuales constituyen, dentro de la edificación, un campo mucho más específico y *“muy diferenciado de cualquier otro como el sanitario, el docente, el industrial o el comercial”*, a lo que suma la complejidad técnica que conlleva una promoción de 218 viviendas en bloques de gran altura y con dos plantas de sótano, concluyendo la proporcionalidad de lo exigido y argumentando tal necesidad en relación con cada uno de los perfiles, concluyendo que *“si bien es cierto que en obras de un volumen de viviendas inferior al que nos ocupa no resultaría necesaria la intervención de todos los perfiles descritos, la complejidad técnica y la envergadura de la obra objeto de la licitación da lugar a un volumen de tareas que no permite su correcta ejecución si no es con un equipo de trabajo como el exigido en el Pliego.”*

A la vista de los Pliegos, observamos que:

- se trata de una obra de envergadura técnica y económica, que incluye el suministro de materiales y que tiene financiación externa, a través de subvención, estableciéndose un plazo de ejecución de 30 meses.

- salvo en el caso del Jefe de Obra, para el que se exige una experiencia concreta en edificios de nueva planta de uso residencial, la experiencia exigida para el resto de los perfiles es genérica en obras.

- en el caso del Jefe de Obras, del que se destaca en el informe su papel esencial en la correcta ejecución, la exigencia de experiencia como tal, alcanza 12 años, dentro de los cuales ha de haber participado al menos en 2 edificios de nueva planta de uso residencial y más de 100 viviendas, terminados con posterioridad al 31 de diciembre de 2010, no exigiéndose que se trate de promociones públicas, pudiendo alcanzarse en un período relativamente amplio y en relación con edificaciones de un número de viviendas muy inferior al que constituye el objeto del contrato.

A la vista de lo expuesto, y teniendo en cuenta las características del contrato, la naturaleza de la entidad contratante y las alegaciones efectuadas por las partes, entendemos que la exigencia contemplada en la Cláusula impugnada de experiencia mínima del equipo, entendida como concreción de solvencia mediante adscripción de medios, se ajusta a derecho, no observándose, con base a lo hasta aquí argumentado, que pueda implicar una restricción a la libre competencia, puesto que tal exigencia obedece a objetivos razonables, no rebasando los límites de la discrecionalidad que en este ámbito, corresponde al órgano de Contratación, estimándose proporcionales, en función de la complejidad técnica del contrato, complejidad que a los técnicos corresponde determinar, y su dimensión económica.

En este sentido, las propias Resoluciones invocadas en el recurso (320/18 o 187/15 del Tribunal de Madrid), ponen de manifiesto que la proporcionalidad se relaciona directamente con la complejidad técnica del contrato y su dimensión económica, aspectos éstos que, si bien a juicio del recurrente no concurren en el contrato, considerando que *"se trata de un contrato de ejecución de una obra de edificación sin especialidad alguna"*, son esgrimidos por el órgano de contratación, el cual sí considera esa complejidad de la obra, destacando su "Se trata de una obra de especial tamaño, singularidad, relevancia y complejidad, consistente en la ejecución de un edificio de 218 viviendas protegidas en régimen de alquiler/cesión de uso, con un valor estimado del Contrato de 26.624.448,68 (IVA excluido), y un presupuesto de licitación por importe de 22.187.040,57 €. Esto supone la mayor inversión en promoción de viviendas de EMVISESA en los últimos 10 años".

Así mismo, al tratarse de un compromiso de adscripción de medios, éste puede ser acreditado a posteriori, por cualquier empresa del sector, bien mediante la adscripción de medios personales que ya estén integrados en la empresa licitadora o a través de medios que aún no lo estén, puesto que la exigencia se predica del personal a adscribir a la ejecución del contrato y no de las empresas concretas, tratándose de una declaración responsable, de un compromiso de disposición, no siendo exigible contar con tales medios al momento de presentar la oferta, sino comprometerse a que los pondrá a disposición del contrato si resultare adjudicataria, acreditándolo con carácter previo a la adjudicación.

QUINTO.- La tercera de las alegaciones del recurso se concreta en la consideración de disconformidad a derecho del Punto 2.3-página 10- (CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS), que valora y puntúa la experiencia profesional del Jefe de Obra que supere los mínimos exigidos en el compromiso de adscripción de medios personales.

Considera el recurrente que tal criterio de adjudicación no valora la oferta, sino a la empresa, defendiendo que la experiencia exigida resulta desproporcionada tanto por el número de obras exigidos, como el tipo de experiencia requerida, al no permitir la experiencia en obras de edificación no residencial, concluyendo que el criterio es desproporcionado en relación con la obra que se va a ejecutar, siendo restrictivo en exceso, lo cual condiciona la licitación, limita la competencia y altera la libre concurrencia, no ateniéndose, en definitiva, a lo dispuesto en el art. 145 LCSP, ni a los requisitos que han de cumplir los criterios de adjudicación, los cuales, aludiendo a la jurisprudencia comunitaria y a la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales, concreta como sigue::

- mantener una relación directa con el objeto del contrato
- no atentar contra los principios comunitarios y los principios generales de la contratación, entre los que destacan, entre otros, el de libertad de establecimiento, igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y transparencia
- estar expresamente mencionados en la documentación preparatoria del contrato
- no conferir al poder adjudicador un grado de discrecionalidad que le permita designar al adjudicatario de forma arbitraria o parcial.

El órgano de contratación, por su parte, defiende la conformidad a derecho del criterio impugnado, trayendo a colación la consolidada doctrina sobre la discrecionalidad del órgano de contratación a la hora de establecer los criterios de adjudicación que estime más adecuados, siempre que no sean contrarios a los principios de la contratación y estén vinculados al objeto del contrato y la posibilidad de utilización de la experiencia del personal adscrito a la ejecución del contrato como criterio de adjudicación, argumentando que ésta viene contemplada en la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en su considerando 94, siendo ésta una cuestión distinta de la experiencia de la propia empresa, la cual sí entra en el ámbito de la solvencia, considerando “desarrollado en el artículo 67.2,b) de la Directiva, que se traspone en el artículo 145.2 de la actual Ley de Contratos del Sector Público, en el que se establecen los Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato, en base a la mejor relación calidad precio, que se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos, incluyendo entre ellos “La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución”, posibilitando, en definitiva el establecimiento de la experiencia del personal como criterio de adjudicación, determinante de la calidad.”

Manifiesta el órgano de contratación que se trata “de la valoración de experiencia adicional a la establecida como mínima en el equipo establecido como adscripción de medios personales, de un elemento técnico clave para la ejecución del Contrato como es el Jefe de Obra, máximo responsable técnico de ejecución de las obras por parte de la empresa adjudicataria. Ello con independencia de la forma de relación contractual que mantenga este Jefe de Obra con la empresa licitadora, que podrá adscribirlo bajo cualquiera de las fórmulas legalmente establecidas al efecto.”

Se destaca que “La experiencia del Jefe de Obra en la calidad de la ejecución de la obra licitada tiene una influencia esencial en la ejecución del contrato, de modo que no sólo no es inocua en la ejecución, sino que es un elemento clave para la ejecución del contrato, dada la complejidad de la obra, que deviene en la necesidad de que el responsable de su ejecución -Jefe de Obra- disponga

de un alto grado de conocimiento y experiencia que requiere la ejecución del proyecto, lo que afecta de modo determinante a la calidad de la ejecución del contrato.

Por tanto, dicho perfil profesional aporta la experiencia adicional que constituye un plus de calidad que afecta directamente a la calidad profesional de la prestación y, por lo tanto, al objeto del contrato.

Se trata por otra parte de la valoración de una experiencia adicional razonable y ponderada, no excepcional que pudiera atentar a los principios de proporcionalidad y no discriminación, considerando que se refiere y limita a un máximo de dos obras de determinadas características análogas al objeto del contrato, en un periodo superior a los últimos 15 años -edificios de vivienda superior a 150 viviendas con certificado final posterior a 29.03.2006.

A este respecto, el citado criterio de adjudicación daría cumplimiento a lo dispuesto ex artículo 145.5 LCSP, estando vinculado al objeto del contrato, en el sentido expresado, formulado de manera objetiva, con respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad

Debe recordarse que corresponde al órgano de contratación definir sus necesidades y los medios para satisfacerlas, así como la elección de los criterios de adjudicación de los contratos, considerando los elementos que entiende que pueden aportar valor a las prestaciones objeto del contrato, siendo por tanto una facultad discrecional que debe ajustarse, eso sí, a lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP.

Lo anterior sobre la base de que el referido criterio de adjudicación, tal y como ha quedado acreditado, se encuentra ligado al objeto del contrato habiendo sido formulado de manera objetiva, respetando los principios fundamentales de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no supone, en ningún caso, una ventaja económica que redunde en beneficio directo de la entidad adjudicadora, pudiendo acceder todas las empresas (incluso las de nueva creación) al total de los cuatro puntos que se otorgan”.

A mayor abundamiento, defiende el informe que “En contra de lo alegado de contrario, la valoración como criterio de la experiencia determinada y adicional de un responsable técnico de la ejecución (Jefe de Obra) no podría considerarse que alterase la competencia y la libre concurrencia, por resultar ser una exigencia debidamente justificada y equilibrada respecto a las prestaciones del contrato, y en todo caso proporcional a la entidad y características del contrato como se ha señalado.

En cuanto a la compatibilidad entre la valoración de esta experiencia como criterio de solvencia y también valorativo, siendo ello es posible cuando el primero se refiere a la entidad licitadora como tal, y el segundo se valora respecto de un equipo humano concreto ofertado, reseñamos, entre tantas, Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 6 de noviembre de 2.020 (Recurso nº 891/2020, Resolución nº 1189/2020), de 26 de marzo de 2.020 (Resolución nº 437/2020, Recurso 125/2020), de 9 de mayo de 2.019 (Resolución 494/2019, recurso 313/2019), de 30 de diciembre de 2.020 (Resolución 1396/2020, recursos 620 y 630/2020), Resolución del Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla, de 17 de julio de 2.019 (Recurso N.- 27/2019 RESOLUCIÓN N°.- 28/2019), y Sentencia de Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de noviembre de 2020 (recurso 57/2020, ES:AN:2020:3482).”

Se concluye así que “En definitiva, el criterio de valoración impugnado resulta conforme a Derecho por estar justificado y equilibrado respecto a las prestaciones del contrato, y en todo caso ser proporcional a la entidad y características del contrato como se ha señalado, no procediendo en ningún caso la anulación de del mismo.”

Expuestas las alegaciones de las partes, hemos de comenzar nuestro análisis acudiendo a lo que, al efecto se contempla en Pliegos.

El Anexo I al PCAP, contempla entre los Criterios objeto de valoración automática mediante la aplicación de fórmulas la “**d) Experiencia del Jefe de Obra en Obras de similares características. (máximo 4 puntos)**” (Cláusula 2.3), señalando que :

Se valorará que la experiencia profesional de la figura del Jefe de Obra a adscribir al contrato, sea superior a la mínima exigida en el apartado correspondiente del presente Anexo I del PCAP.

En concreto se valorará que, además de tener la experiencia exigida, acrediten haber ejecutado obras de similares características a la del objeto de la presente licitación, entendiéndose por obra de similares características aquella que cumpla todos los criterios siguientes:

Obra de nueva planta.

Uso residencial.

Edificio plurifamiliar con más de 150 viviendas.

Tenga al menos una planta sótano destinada a garaje.

Sea un edificio con Certificado Final de Obras posterior al 29 de marzo de 2006 y en base a un proyecto adaptado al Código Técnico de la Edificación.

Se otorgarán **2 puntos** por cada obra ejecutada que cumpla las características anteriores, hasta un máximo de **4 puntos**.

Para la valoración de este criterio, el licitador debe acreditar las funciones desarrolladas por el Jefe de Obra en cuestión, y las características del Edificio, así como el cumplimiento del CTE, debiendo presentar para ello, todos los documentos que sean necesarios, tales como:

Acta de Nombramiento como Jefe de Obra,

Certificado de Buena Ejecución, expedido por el Promotor o la Dirección Facultativa de las obras,

Declaración Responsable de la empresa en la que ejerció el cargo,

Documento con la fecha de solicitud de licencia de obras sellado por la administración correspondiente,

Certificado Final de Obra,

Acta de Recepción Definitiva,

Cualquier otro documento que acredite los criterios exigidos y las funciones desarrolladas.

En relación con las cuestiones planteadas, como señalábamos en nuestra Resolución 28/2019, hemos de traer a colación la consolidada doctrina sobre la discrecionalidad del órgano de contratación a la hora de establecer los criterios de adjudicación que estime más adecuados, siempre que no sean contrarios a los principios de la contratación y estén vinculados al objeto del contrato. En este sentido nos manifestábamos igualmente en nuestras Resoluciones 8 y 10 de 2019, considerando, que de conformidad con la doctrina, los criterios de adjudicación “deben referirse a las características de la oferta, de la prestación, que aportan calidad a la oferta efectuada por el licitador, debiendo ser objetivos, estar relacionados con la prestación del contrato y permitir determinar cuál de las ofertas presentadas es la más ventajosa e implica una mejor ejecución”, partiendo de la distinción (sentada tanto por los Tribunales en materia de contratación (Tribunal Central Resol. 187/2012, 220/2012235/2013, 71/2016, 262/2018, 698/2018, Tribunal administrativo de Contratación Pública de Madrid, Resoluciones 187/2015, 263/2016, 75/2018) como por las Juntas y Órganos Consultivos y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) entre requisitos de solvencia de la empresa, que constituyen características, cualidades y circunstancias de la misma, han

de ser proporcionados y existir en el momento de presentación de la oferta y criterios de adjudicación.

En su Resolución 235/2019, el Tribunal Central realiza un análisis pormenorizado de los requisitos que la normativa comunitaria, y por ende, la LCSP, vienen a exigir en esta materia, concretando en dos los aspectos a tener en cuenta para ello, 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 los que expresamente se refiere el recurrente:

- 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.

Sobre estas bases, la citada Resolución, concluye considerando que "solo pueden establecerse como criterios de adjudicación aquellos criterios o consideraciones que permitan efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PPT). Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta, respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas. Con arreglo a la Directiva 2014/24, solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los basados en consideraciones sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), y que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades."

La utilización de la experiencia del personal adscrito a la ejecución del contrato como criterio de adjudicación, viene contemplada, como argumenta el órgano de contratación, en la propia DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014, en su considerando 94, implicando un cambio en el criterio tradicional de prohibición del uso de la experiencia como criterio de adjudicación, siendo ésta una cuestión distinta de la experiencia de la propia empresa, la cual sí entra en el ámbito de la solvencia. En esta línea, señala la Directiva que *"Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura."*

Dicho considerando desarrollado en el artículo 67.2,b) de la citada Directiva, ha sido traspuesto a la normativa interna en el artículo 145.2 de la actual Ley de Contratos del Sector Público, en el que se establecen los Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato, en base a la mejor relación calidad precio, que se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos, incluyendo entre ellos “*La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución*”, posibilitando, en definitiva el establecimiento de la experiencia del personal como criterio de adjudicación, determinante de la calidad.

Con carácter general, en el ámbito de la contratación pública, ha de afirmarse que la calidad como criterio de adjudicación vinculada al conocimiento y experiencia del personal que ha de ejecutar el contrato es un criterio válido y legal de adjudicación, y como tal ha sido analizado por la Jurisprudencia de la Unión Europea, pudiendo citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-601/13 de 26 de marzo de 2015, que se pronuncia a favor de entender admisible, en el marco del art. 53.1.a) de la Directiva 2004/18/CE, que el poder adjudicador, en el ámbito de la contratación de servicios con un carácter intelectual, incluya un criterio de valoración de ofertas donde se evalúe la calidad de los equipos propuestos por los licitadores para la ejecución del contrato, criterio que tiene en cuenta la experiencia y el currículo de sus miembros. Concluye, así, el Tribunal en los parágrafos 30 y ss:

“30. Asimismo, es preciso añadir que los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar para determinar la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 53, apartado 1, de la Directiva 2004/18. Así pues, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar. Sin embargo, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (véase, en este sentido, la sentencia Lianakis y otros, C-532/06, EU:C:2008:40, apartados 28 y 29, y jurisprudencia citada). A tal efecto, el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 impone expresamente que los criterios de adjudicación estén vinculados al objeto del contrato (véase la sentencia Comisión/Países Bajos, C-368/10, EU:C:2012:284, apartado 86).

31. La calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación.

32. Así sucede en particular cuando la prestación objeto del contrato es de tipo intelectual, y se refiere, como en el caso de autos, a servicios de formación y consultoría.

33. Cuando un contrato de esta índole debe ser ejecutado por un equipo, son las competencias y la experiencia de sus miembros los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo. Esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, en el sentido del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18.

34. Por consiguiente, la citada calidad puede figurar como criterio de adjudicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones de que se trate.”

Al efecto, el artículo 145.2 de la LCSP dispone:

"2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

[...]

2.º La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución."

En el caso que nos ocupa, *prima facie*, el criterio en cuestión, cumple los requisitos de estar vinculados al objeto del contrato, ser específico y cuantificable objetivamente, respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y publicarse previamente.

La experiencia como criterio de adjudicación se valora únicamente respecto del que, como decíamos en el Fundamento anterior, se considera por el órgano de Contratación, en base a su papel y funciones en la ejecución, *"elemento clave para la ejecución del contrato, dada la complejidad de la obra"*, valorándose su actuación como tal en un máximo de dos obras, en un período superior a 15 años, de nueva planta de uso residencial plurifamiliar con más de 150 viviendas (la promoción es de 218, y el mínimo exigido en el compromiso de adscripción, son 100), que tenga, al menos una planta sótano destinada a garaje (la promoción incluye dos plantas de sótano) y que se haya concluido con posterioridad al 29 de marzo de 2006, en base a un proyecto adaptado al Código Técnico de la Edificación, no circunscribiéndose a obras de promoción pública.

Como ocurriera en la segunda en las alegaciones anteriores, la controversia se fundamenta en la consideración por parte del recurrente, de que la naturaleza, complejidad y características del contrato y sus prestaciones no tienen una entidad tal, que permita el establecimiento de las cuestiones impugnadas, considerando que se trata de un contrato de ejecución de obra de edificación sin especialidad alguna.

El criterio del órgano de contratación, sin embargo, es que, en base a la experiencia de EMVISESA, se trata de una obra de especial tamaño, singularidad, relevancia y complejidad, que supone su mayor inversión en promoción de viviendas en los últimos 10 años, cuyo proyecto es fruto de un concurso de arquitectura fallado por un Jurado compuesto por miembros de reconocido prestigio, y con una especial naturaleza, dado que se trata de la construcción de viviendas en régimen de protección oficial para alquiler/cesión de uso, en el marco de la *"Estrategia de ampliación urgente del parque público de viviendas"*, con el objetivo último de dar respuesta a la demanda de vivienda y necesidades habitacionales de los ciudadanos de Sevilla.

A la vista de lo hasta aquí analizado y expuesto, conforme a los principios que rigen la contratación, el análisis de la adscripción de medios y el criterio controvertido, teniendo en cuenta que es a la Administración y no al licitador, a quien, como concedora de las necesidades a satisfacer corresponde la determinación del objeto, la

solvencia, los medios necesarios a adscribir y los criterios de adjudicación, todo ello encaminado a la efectiva y mejor consecución de tales necesidades, partiendo del principio de discrecionalidad técnica y la aplicación de éste a la consideración de la entidad y complejidad técnica del contrato, cuestión en la que este tribunal no puede suplir el juicio técnico de la Administración, habida cuenta de que la entidad económica sí es objetiva, derivándose la técnica del propio contenido del Proyecto, no apreciando error, incongruencia, ni exigiéndose requisitos grotescamente desproporcionados teniendo en cuenta las características de la obra, hemos de concluir la desestimación de las alegaciones planteadas, no procediendo la anulación de los Pliegos impugnados.

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la Confederación Nacional de la Construcción, contra el Pliego que rige la licitación del procedimiento para la contratación de las "*obras con suministro de materiales de la promoción de edificio para 218 viviendas protegidas en régimen de alquiler/cesión de uso en la Parcela propiedad de EMVISESA RP1 del SUS-DE-09 .Hacienda El Rosario, Sevilla*", Expte. EMVI/2021/0258/01, tramitado por Empresa Municipal de la Vivienda, Suelo y Equipamiento de Sevilla S.A.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES