

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA. (SEDE DE SEVILLA)

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Recurso número 268/2022

SENTENCIA

ILMO. SR. PRESIDENTE

DOÑA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

DON

DON.

En la ciudad de Sevilla, a dos de abril de dos mil veinticuatro.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla ha visto el recurso número **268/2022** interpuesto por la **CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN**, representada por la Sra. Procuradora DOÑA _____ y bajo la dirección letrada de D. _____ contra la resolución 3/2022, de 2/2/22 del Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la Comisión Ejecutiva del Consejo de Administración de la Empresa Municipal de la Vivienda, Suelo y Equipamiento de Sevilla S.A. (EMVISESA) 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 RPI DEL SUS-DE-09 "HACIENDA EL*



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	1/19



"ROSARIO", Sevilla, siendo codemandadas la **EMPRESA MUNICIPAL DE VIVIENDA, SUELO Y EQUIPAMIENTO DE SEVILLA, S.A.**, representada por el Sr. Procurador D. [redacted] y defendida por Letrado/a, y el **AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**. Es Ponente el Ilmo. Sr. Don [redacted]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitó sentencia por la que estimare el recurso.

SEGUNDO.- Conferido traslado de escrito anterior, se formularon escritos de alegaciones por las demás partes, con expresión de los hechos y fundamentos de derecho que entendían de aplicación.

TERCERO.- No habiéndose recibido el pleito a prueba, presentaron las partes sus respectivos escritos de conclusiones, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 1 de abril de 2024, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alega la entidad recurrente en su demanda el incumplimiento del límite establecido para la garantía definitiva, a tenor de la 1 del anexo I al pliego. Estima que ello infringe los artículos 107 y 114 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Añade que en este



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	2/19

caso no concurre circunstancia justificativa de la exigencia de fianza complementaria, pues se trata de un contrato típico de obra, como es la construcción de un edificio para 218 viviendas protegidas, que puede calificarse de normal, ni el régimen de pagos previsto agrava el riesgo de la entidad contratante, pues deberá pagar 30 días después de la certificación que acredite el cumplimiento de la prestación, ni las condiciones de ejecución contienen ninguna obligación que se salga de la práctica habitual de los contratos públicos. Y, de considerarse que sí concurre una de estas causas especiales, ello debería haberse acordado mediante resolución motivada, como ordena el citado párrafo 2º Art. 107.2 LCSP, lo que no consta en el expediente. Opone por otra parte que, al establecer también esta cláusula del pliego que de la fianza definitiva, el 8% deberá constituirse mediante retención en el precio, que se practicará aplicando este porcentaje sobre el importe de cada certificación de obras (IVA excluido), y al no estar justificada la complementaria, la verdadera finalidad de la cláusula, o al menos el efecto que produce, sirve para que EMVISESA, como deudora, se financie gratuitamente, a costa del contratista acreedor, en un importe en metálico equivalente a más del 3% de cada certificación mensual, lo que constituye un pacto abusivo y, por tanto nulo, por aplicación del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. De hecho, con lo establecido en el pliego, ya es posible conocer el importe de la garantía definitiva. Y lo que va a hacer EMVISESA es financiar la cantidad de 1.774.963,24 euros, (el 8% del Presupuesto Base de Licitación), de forma que va a descontar, en cada una de las 30 certificaciones previstas, la cantidad de 59.165,44 euros.

En segundo lugar, considera la recurrente desorbitante el compromiso de adscripción de los medios personales que vulnera el artículo 76.3 de la LCSP y que ello vulnera los principios de proporcionalidad, igualdad y no discriminación y de libre concurrencia. Y, además sostiene que se exige una desorbitada adscripción de medios personales, y no solo eso, sino que esos medios personales, cuya adscripción al contrato se exige, además, son objeto de puntuación. Cuanta más experiencia tengan los medios personales cuya adscripción se exige, más puntuación se obtiene, que viene a exigir una clasificación en el grupo C (edificación) en casi todos los subgrupos y con



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	3/19

la categoría 6 (equivalente a la categoría F) es decir la categoría máxima establecida por Ley y que permite ejecutar contratos de más de cinco millones de euros (y sin límite de presupuesto). 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. Estima esta parte demandante que este requisito para completar la clasificación y la solvencia mediante una adscripción de medios personales tan numeroso y con una experiencia muy determinada, y que excluye al licitador que no lo cumpla, vulnera lo dispuesto en el artículo 76.3 de la LCSP, y además los principios generales de la contratación pública de proporcionalidad, de igualdad de trato y no discriminación y de libre concurrencia, en cuanto que la adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista debe ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación. Ni en el Pliego ni en otros documentos contractuales publicados en la Plataforma se hace referencia a la justificación de esa adscripción de medios personales, que considera la recurrente desproporcionada.

En tercer lugar, alega esta parte la 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 que este criterio de adjudicación debe ser declarado nulo o ser anulado ya que, junto con la adscripción de medios contenida en el pliego, se quebrantan los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad en la formulación de los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato y el artículo 145.5 de la LCSP y los artículos 18.1, 67 y 76.1 de la Directiva 2014/24, así como la jurisprudencia del TJUE sobre los criterios de adjudicación, el principio de proporcionalidad y la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores.

SEGUNDO.- Se opondrá la empresa pública codemandada que sostiene inicialmente la



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	4/19

conformidad a derecho de la garantía exigida en la cláusula I del anexo I del PCAP, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.3 de la LCSP. Aduce que esta exigencia de garantía no presenta incremento injustificado y/o arbitrario que determine su anulación por tal motivo, sino que, por el contrario, la exigencia del 10% sobre el presupuesto base de licitación es plenamente ajustada a la normativa vigente aplicable. Así, según consta en el expediente administrativo, EMVISESA: (i) ha hecho uso de la facultad atribuida ex artículo 114 de LCSP para exigir, como órgano de contratación, la constitución de garantía definitiva; y (ii) ha motivado debidamente que la exigencia del diez por cien (10%), dada la entidad técnica y económica de los trabajos, cumpliendo con ellos los presupuestos exigidos por el artículo 107.2 de la LCSP para elevar el porcentaje (%) respecto del fijado como regla general. En cuanto a su base de cálculo, insiste en que tampoco asiste razón al recurrente cuando indica que el máximo permitido sería el diez por cien (10%) del importe ofertado por el licitador. Así, el artículo 107.3 de la LCSP 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.”* . Y, que este es el supuesto actual, como lo indica expresamente el Anexo I del PCAP, estableciendo como *“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”* .

En relación con el importe de la garantía del 10% del citado precio, afirma esta codemandada que se acredita en el expediente administrativo la motivación de concurrencia de un supuesto especial contemplado en la normativa aplicable -artículo 107.2 LCSP-, en función de la especial naturaleza y características del contrato y el riesgo asumido por el órgano de contratación. Ello en consideración a la relevancia del Contrato en el marco de la actividad promotora de EMVISESA, las especiales características de las obras y la situación general del mercado de construcción, acreditadas por EMVISESA en el expediente (consta a los folios 299 y 300 del expediente administrativo). Añade que se trata de una obra de especial tamaño, singularidad, relevancia y



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	5/19

complejidad, consistente en la construcción 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 €; supondría la mayor inversión en promoción de viviendas de protección oficial en Sevilla, acometida por EMVISESA, en los últimos 10 años. De hecho, el presupuesto de licitación de las obras supone el 52% del total de Gastos y el 183% de los Gastos en Inversiones Reales (Capítulo 6) de las previsiones de gastos e ingresos para el ejercicio 2020 de EMVISESA. A lo que añade 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 €. Además, y con la misma finalidad, el resto de la garantía definitiva se devolverá a la recepción de la obra, sin que ello esté condicionado a ninguna circunstancia adicional, según lo expuesto en la Cláusula I del Anexo I del PCAP. Niega por otra parte que sea intención de EMVISESA financiar de forma gratuita, con cargo al contratista, como afirma la CNC; máxime cuando la promoción licitada tiene actualmente concedida financiación por el 100% del importe de la obra. Consta en el expediente de contratación, Informe relativo a la licitación de las Obras, emitido por la Jefa de Sección de Contratación y Compras de EMVISESA con fecha 16.12.2021, previo a la aprobación de inicio del procedimiento de contratación, señalado la motivación de exigencia del importe del 10% de garantía definitiva en atención a las circunstancias especiales concurrentes (consta al folio 41 del expediente administrativo): *“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”. Motivo este por el que entiende justificado el requerimiento de garantía definitiva por el diez por cien (10%) del presupuesto base de licitación, desestimando la alegación sostenida al efecto por la CNC y entendiendo por válida y legítima de la exigencia.



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	6/19

En segundo lugar, defiende la conformidad a derecho del compromiso de adscripción de medios personales exigidos en la cláusula 5ª de Anexo I del PCAP, que se refiere a la “*Concreción de las condiciones de solvencia*”, en los términos establecidos en el artículo 76 de la LCSP (vid. Página 86 del expediente administrativo). A tal efecto, el apartado 2.1. del Anexo I del PCAP establece la obligación de incorporar en el Sobre N° 1 un “*Compromiso de adscripción de medios (Anexo VI)*” y, seguidamente, que: “*la persona o entidad propuesta como adjudicataria deberá acreditar, previamente a la adjudicación del contrato, que, efectivamente se encuentra en disposición de los medios comprometidos*”. Esta previsión halla su amparo en el artículo 76.2 de la LCSP. Y, sostiene que, por no ser obligado disponer de los medios comprometidos hasta el momento previo a la adjudicación del contrato, no se impone la acreditación de la disposición de tales medios durante el proceso de licitación del contrato previo al requerimiento del artículo 150.2 LCSP, ni sancionarlo en otro caso con la exclusión de la licitación. El órgano de contratación, en el trámite de presentación de documentación previsto en el citado artículo 150.2 LCSP, habrá de comprobar que el licitador que ha presentado la oferta más ventajosa dispondrá efectivamente de los medios que se hubiera comprometido a dedicar o adscribir al contrato de acuerdo con el PCAP. Abundando en lo anterior, el compromiso de adscripción de medios personales a la ejecución del contrato, 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 considera esta parte que no se vulneran con ello los principios de proporcionalidad, igualdad, no discriminación y libre concurrencia, 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. De este modo, se rechaza que ello pueda comportar una limitación a la concurrencia. Todo ello sin perjuicio de la discrecionalidad del órgano de contratación a la hora de definir las condiciones y requisitos técnicos que han de exigirse en la ejecución del contrato.

Por último, sostiene la conformidad a derecho del criterio de adjudicación por el que se valora la experiencia profesional adicional del jefe de obras, más allá del mínimo exigido, con arreglo a



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	7/19

la Cláusula 2.3 del Anexo I al PCAP.

Por su parte, el Ayuntamiento de Sevilla presenta asimismo escrito de contestación a la demanda, en el que se remite a la contestación formulada por EMVISESA.

TERCERO.- Alega en primer término la entidad recurrente en su demanda el incumplimiento del límite establecido para la garantía definitiva, a tenor de la 1 del anexo I al pliego, que establece: *“Garantía Definitiva: S 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.”* Estima esta parte que ello infringe los artículos 107 y 114 de la LCSP.

El primero de los anteriores preceptos dispone: *“Artículo 107. Exigencia de la garantía definitiva.*

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. En el caso de los contratos con precios provisionales a que se refiere el apartado 7 del artículo 102, el porcentaje se calculará con referencia al precio máximo fijado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

No obstante, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el órgano de



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	8/19

contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía definitiva, justificándolo adecuadamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, especialmente en el caso de suministros de bienes consumibles cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del pago del precio, contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social, así como en los contratos privados de la Administración a los que se refieren los puntos 1.º y 2.º de la letra a) del apartado 1 del artículo 25 de la presente Ley. Esta exención no será posible en el caso de contratos de obras, ni de concesión de obras.

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.



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	9/19

5. Los pliegos que rijan los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición establecerán si la garantía definitiva se fija estimativamente por la Administración o se fija para cada contrato basado en relación con su importe de adjudicación.

Si se optara por la constitución de una garantía definitiva general del acuerdo marco o del sistema dinámico de adquisición fijada estimativamente por la Administración, cuando la suma de los importes, IVA excluido, de los contratos basados en los acuerdos marco o sistemas dinámicos de adquisición exceda del doble de la cantidad resultante de capitalizar al 5 por 100 el importe de la garantía definitiva, esta deberá ser incrementada en una cuantía equivalente.

La garantía definitiva a que se refieren los párrafos anteriores responderá respecto de los incumplimientos tanto del acuerdo marco y de los sistemas dinámicos de adquisición, como del contrato basado o específico de que se trate.”

Por su parte, el artículo 114 de la misma norma, previene: “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” .

En este caso, se exponen por parte de la empresa pública codemandada la razones que llevaron a la adicional exigencia de esta garantía y que ya aparecían apuntadas en el informe obrante a los folios 40-42 del expediente administrativo, previo por lo tanto al inicio del procedimiento de licitación. La parte recurrente nada justifica al respecto más allá de las



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	10/19



genéricas consideraciones que se hacen acerca de que esta imposición resulta disconforme de los preceptos aplicables. Sin embargo, esta disconformidad no puede ser compartida. Por una parte, en la medida que los pliegos imponen una garantía definitiva del 10% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, resultando la base del señalado porcentaje admisible a tenor del apartado tercero del citado artículo 107 de la LCSP; y, por otra parte, también lo es el alcance del porcentaje previsto, con arreglo a su apartado segundo, que previene que “(…) 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.(…)” . Halla por lo tanto pleno amparo normativo la fijación del importe de la garantía definitiva en un 10% del presupuesto base de licitación, que se encuentra por lo demás debidamente motivada a tenor de las razones contenidas en el anterior informe, que son ulteriormente corroboradas y justificadas por el resto de consideraciones expuestas a los folios 299 y siguiente del expediente administrativo.

En cualquier caso, debe tomarse en cuenta que la premisa que debe determinar el análisis de esta objeción relativa a una eventual falta de motivación ha de tomar en cuenta que los interesados hayan podido formular, tanto en vía administrativa, como ya en la presente instancia, cuantos argumentos y proponer la prueba que tuvieron por precisa a fin de hacer valer sus argumentos; y, además, hayan tenido pleno conocimiento, a través de la adecuada motivación de las decisiones administrativas y acceso a los documentos que le sirvieron de apoyo, de las razones consideradas por la Administración para su adopción. Desde esta perspectiva, no se observa desde esta perspectiva vicio o irregularidad alguna que haya podido generar trascendencia invalidante de tipo alguno.

CUARTO.- Por otra parte, ha quedado previamente expuesto que considera la recurrente desorbitante el compromiso de adscripción de los medios personales, que vulneraría el artículo



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	11/19

76.3 de la LCSP, así como los principios de proporcionalidad, igualdad y no discriminación y de libre concurrencia. Y, sostiene que además estos medios personales son objeto de puntuación. Estima que este requisito para completar la clasificación y la solvencia mediante una adscripción de medios personales tan numeroso y con una experiencia muy determinada, excluyendo al licitador que no los cumpla, vulnera los preceptos y principios señalados.

Sin embargo, este motivo de la demanda tampoco puede ser compartidos. Esta exigencia halla igualmente amparo normativo en el artículo 76 de la LCSP, que en su apartado segundo permite que *“2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.*

En el caso de contratos que atendida su complejidad técnica sea determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato, los órganos contratación exigirán el compromiso a que se refiere el párrafo anterior. (···)” .

Esta exigencia se halla plenamente justificada, resulta razonable y proporcionada, a tenor de las explicaciones ofrecidas por la codemandada en su escrito de contestación a la demanda y a la vista de las especiales características de las obra y la situación general del mercado de construcción, acreditadas por EMVISESA en el expediente (consta a los folios 299 y 300 del expediente administrativo) y de las razones contenidas en el Informe relativo a la licitación de las Obras, emitido por la Jefa de Sección de Contratación y Compras de EMVISESA con fecha 16 de diciembre de 2021, previo a la aprobación de inicio del procedimiento de contratación. Nada aporta o justifica en sentido contrario la entidad recurrente, de modo que no resulta posible a esta Sala forma una convicción diferente que la resulta de aquellas razones.



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	12/19

Conviene traer por ello nuevamente a colación una mención a aquellas razones que vienen a poner de manifiesto -y, ello resulta constatable a la vista de las características de la obra- que se trata de una obra de especial tamaño, singularidad, relevancia y complejidad, consistente en la construcción 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 €; que supondría la mayor inversión en promoción de viviendas de protección oficial en Sevilla, acometida por EMVISESA, en los últimos 10 años. Se indica asimismo que el presupuesto de licitación de las obras supone el 52% del total de Gastos y el 183% de los Gastos en Inversiones Reales (Capítulo 6) de las previsiones de gastos e ingresos para el ejercicio 2020 de EMVISESA. A lo que se añade 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 €. Por otra parte, se hace preciso insistir en el contenido del señalado Informe relativo a la licitación de las Obras, emitido por la Jefa de Sección de Contratación y Compras de EMVISESA con fecha 16 de diciembre de 2021 que, con el fin de motivar la exigencia del importe del 10% de garantía definitiva en atención a las circunstancias especiales concurrentes (folio 41 del expediente administrativo), indica: *“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” .

QUINTO.- Por otra parte y en base a estas mismas consideraciones anteriormente expuestas, tampoco puede ser estimado el tercer motivo de la demanda, acerca de la valoración que se atribuye a la adscripción de un jefe de obra con una experiencia determinada. Alega la entidad demandante la disconformidad a derecho del Punto 2.3 (CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS del pliego impugnado, que



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	13/19

valora y puntúa la experiencia profesional del Jefe de Obra que supere los mínimos exigidos en el compromiso de adscripción de medios personales. El PCAP establece en el Punto 2.3, apartado d) (criterios de adjudicación), dedicado a los criterios evaluables mediante fórmulas: “d) *Experiencia del Jefe de Obra en Obras de similares características. (máximo 4 puntos)*

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*



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	14/19

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” .*

Considera la recurrente que este criterio de adjudicación debe ser declarado nulo o ser anulado ya que, junto con la adscripción de medios contenida en el pliego, se quebrantan los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad en la formulación de los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato y el artículo 145.5 de la LCSP y los artículos 18.1, 67 y 76.1 de la Directiva 2014/24, así como la jurisprudencia del TJUE sobre los criterios de adjudicación, el principio de proporcionalidad y la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores.

El artículo 145.5 LCSP, dispone: “(…) 5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) *En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.*

b) *Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación*



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	15/19

una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.(...)" .

Pues bien, dadas las razones expuestas acerca de la envergadura, importancia y trascendencia económica que presenta la obra objeto de contrato, no es posible concluir que la previsión en los pliegos de un criterio de adjudicación que valora y puntúa que la experiencia profesional del Jefe de Obra supere los mínimos exigidos en el compromiso de adscripción de medios personales, resulte irrazonable o desproporcionada en atención a las concretas características y significación que presenta la prestación que se constituye en objeto del contrato.

Como asimismo indica la codemandada, resulta preciso concluir en el análisis de estas cuestiones recordando el amplio margen de discrecionalidad del que goza la Administración en la determinación de los criterios de adjudicación del contrato, según ha reconocido nuestra jurisprudencia (SSTS de 11 de julio de 2006, RC 410/2004, y 3 de noviembre de 2011, RC 841/2008, entre otras muchas). En estas sentencias se viene a reconocer que efectivamente este margen de discrecionalidad no puede ser confundible con la arbitrariedad, al no tratarse de una facultad de elección totalmente libre, sino de una actuación que debe inspirarse en los principios del art. 103.1 de la Constitución, siendo la motivación una exigencia ineludible para el control judicial de la actuación administrativa, que establece el art. 106 de la Constitución, y para hacer efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial del art. 24 del citado texto constitucional, así como el respeto a la normativa de contratación. Si bien en este caso, como ha quedado previamente razonado, se estima plenamente satisfecha la indicada garantía.

Por todo ello, el recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado.



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	16/19

SEXTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se condena en costas al recurrente, con un límite máximo de 1.500 euros, atendiendo al alcance de la controversia que se suscita y en el marco de las facultades moderadas que al respecto contempla el apartado cuarto del anterior precepto, en la redacción que resulta aplicable.

Vistos los artículos de aplicación al caso y por la autoridad que nos confiere la Constitución:

FALLAMOS: Que debemos **desestimar** el presente recurso contencioso-administrativo. Se condena en costas a la parte actora, con un límite máximo de 1.500 euros.

Notifíquese a las partes la presente resolución indicándoles que será susceptible de recurso de casación cuando concurran las exigencias contenidas en el artículo 86 y siguientes de la LJCA, que se preparará ante esta Sala en el plazo de treinta días.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente de este recurso, celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, lo que certifico en el día de hoy.

En el mismo día se contrajo y unió al recurso de su razón, certificación de la anterior sentencia y diligencia de su publicación.-

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	17/19



que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."



Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación			
	Página	18/19	

Código:		Fecha	09/04/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	19/19