

**TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES**

**RECURSO Nº. - 7/2020**

**RESOLUCIÓN Nº.- 10/2020**

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

En Sevilla, a 21 de febrero de 2020.

Visto el recurso especial en materia de contratación del artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, interpuesto por J.M.H.A., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos, en adelante AMI, contra el contenido de los Pliegos de Prescripciones Técnicas, PPT, del “**Servicio de Conservación, entretenimiento y renovación de las instalaciones de alumbrado público de la ciudad de Sevilla**”, Expte. 68/2019, tramitado por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla (en adelante GMU), este Tribunal adopta la siguiente Resolución

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de enero de 2020, se procede a la publicación del anuncio de licitación y los pliegos relativos al contrato referido en el encabezamiento, en la Plataforma de Contratación del Sector Público del Estado. En la misma fecha se procede al envío del citado anuncio al DOUE, publicándose en éste el día 22 de enero.

El expediente se tramita mediante procedimiento abierto, con un valor estimado de 11.265.505,78 €. La fecha que se hace contar en los anuncios como como fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones se fija en el 26 de febrero de 2020.

**SEGUNDO.-** El objeto del contrato se define en el Anexo I al PCAP como “Servicio de Conservación, entretenimiento y renovación de las instalaciones de alumbrado público de la ciudad de Sevilla para garantizar la continuidad del servicio público de alumbrado existente, en condiciones de eficacia y seguridad aceptables, realizando para ello los trabajos necesarios por averías, correcciones, controles, reposiciones, prevención de riesgos, etc. También llevar a cabo las mejoras o sustituciones que se indiquen con vistas a mantener u obtener un nivel de calidad adecuado de las instalaciones, y de su funcionamiento técnico y económico. Lotes 1 (zona norte) y 2 (zona sur)”, disponiendo el mismo que “A la presente contratación le corresponde

la codificación de la nomenclatura de Vocabulario Común de Contratos (CPV) de la Comisión Europea: 50232100-1 Servicio de mantenimiento de alumbrado público de calles; 50232000-0 Servicio de mantenimiento de instalaciones de alumbrado público y semáforos; 50232110-4 Puesta a punto de instalaciones de iluminación pública.”

No se exigen CERTIFICADOS O HABILITACIONES EMPRESARIALES O PROFESIONALES, (Cláusula 4), previéndose (Cláusula 5) COMPROMISO DE DEDICACIÓN DE MEDIOS PERSONALES/MATERIALES A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, conforme al 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

Cualificación profesional del personal responsable de la ejecución del contrato exigible: Ingeniero Técnico Industrial, especialidad Eléctrica, con dedicación exclusiva y a tiempo completo al contrato

Acreditación: Compromiso de aportación para la ejecución del contrato.

.-Compromiso de dedicación de los medios personales o materiales suficientes para la ejecución: SI

- Medios personales y materiales mínimos exigibles:

Medios personales mínimos:

Los licitadores han de presentar un compromiso de aportar para la ejecución del contrato una plantilla mínima que estará compuesta por cincuenta y seis (56) personas por cada lote, sin incluir al ingeniero técnico industrial, responsable cotidiano de las prestaciones del contrato ante la unidad municipal, hasta el último operario de la relación organizada por oficios, responsables, profesionales, etc. Todo el personal deberá acreditar una experiencia mínima de dos años en contratos similares (cuando coincidan los tres primeros dígitos de los respectivos códigos CPV.).

Su desglose es siguiente:

- Un Ingeniero Técnico Industrial, de especialidad Eléctrica, y a jornada partida.
- Un Encargado general, con titulación de FP II en Electricidad, y a jornada partida.
- Un Oficial delineante en conocimientos suficientes de informática y cartografía.
- Un Oficial administrativo.
- Un Auxiliar administrativo.
- Cuatro jefes de equipo especialistas en trabajos eléctricos. - Un Encargado de almacén.
- Dos responsables de atención telefónica y libro de registro de llamadas.
- Dieciocho oficiales electricistas.
- Dieciocho ayudantes electricistas.
- Dos oficiales mecánicos.
- Tres oficiales albañiles.
- Tres ayudantes de albañilería.”

Se establece, además, como condición especial de ejecución, atribuyéndosele el carácter de obligación esencial, (Cláusula 6.1.B.12.9 del Anexo I al PCAP):

#### **“12.9.- Seguridad y salud laboral.**

Contenido: La entidad adjudicataria deberá designar una persona de contacto con formación específica en la materia para la supervisión y control de la aplicación de las condiciones de

seguridad y salud laboral exigibles, así como para la detección de las posibles incidencias que surjan en ese ámbito.”

Por su parte el Pliego de Prescripciones Técnicas, dedica el Título Segundo a regular las CONDICIONES TÉCNICAS, y dentro de éste, el CAPÍTULO I, a los TRABAJOS A REALIZAR POR EL ADJUDICATARIO CON PRECIOS DE CONSERVACIÓN GENERAL, incluyendo entre éstos en el Artículo 16 :

#### **“Artículo 16. Prevención de riesgos laborales**

1 El contratista adjudicatario tiene la obligación de cumplir la normativa vigente en prevención de riesgos laborales.

2 La empresa contratista presentará un Plan de seguridad y salud para su aprobación. El Plan detallará las medidas preventivas a utilizar para todos los riesgos evaluados en las distintas operaciones que deben realizar los trabajadores, la organización de prevención, medios a emplear, estructura, funciones, obligaciones y responsabilidades de los componentes de la organización. La dirección de la acción preventiva recaerá en un técnico de prevención acreditado de nivel superior en prevención de riesgos laborales, que será el responsable de la vigilancia del cumplimiento de las medidas preventivas establecidas.

3 Todos los trabajadores que presten servicio en el contrato de conservación de alumbrado público, tanto los asignados al contrato, como los que pertenezcan a empresas subcontratadas, deben tener la formación de prevención de riesgos, específica de los trabajos que efectúen. La formación debe cumplir los requerimientos de la normativa vigente.

4 El personal del Contratista adscrito al Contrato dispondrá del equipo de protección individual, para desarrollar los trabajos encomendados, de acuerdo con la normativa de aplicación en general y el plan de seguridad aprobado.

5 Los vehículos y maquinaria igualmente dispondrán de la homologación, documentación, certificación de inspecciones técnicas en vigor y permisos normativos requeridos para utilización en los trabajos desempeñados en el cumplimiento del Contrato.

6 La Oficina del Contratista, donde radicará el Centro de Trabajo, así como todas las operaciones que se desarrolle el personal en su interior o en cada una de las zonas de trabajo en la Ciudad, se ajustarán a la normativa de Prevención de Riesgos Laborales en general y al Plan de Seguridad y Salud del Contrato en particular.

7 La empresa adjudicataria informará a todos los trabajadores, tanto propios como los pertenecientes a las empresas subcontratistas, en el momento de la entrega de la hoja de trabajo y siempre antes de su incorporación a la tarea que le corresponda, de los riesgos que comporta el trabajo en concreto y de las medidas preventivas que debe utilizar.

8 El adjudicatario contratará a una entidad independiente legalmente autorizada para la coordinación de seguridad y salud para realizar el control de las medidas de prevención que se deben aplicar en la ejecución de todos los trabajos del contrato de conservación de las instalaciones de alumbrado público. La empresa subcontratada asumirá la coordinación de seguridad y salud e informará directamente a la Unidad de Alumbrado Público de la Gerencia de Urbanismo, del cumplimiento de las medidas de prevención en todas las operaciones que realicen los trabajadores. Dicha empresa tendrá en plantilla al menos dos técnicos titulados especialistas acreditados de nivel superior en prevención de riesgos laborales y dispondrá de medios propios de desplazamiento para el personal de vigilancia de los trabajos en la vía pública, que se ocuparán exclusivamente de la coordinación de la seguridad y salud, y de la

aplicación y seguimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales en los trabajos de mantenimiento y renovación de las instalaciones de alumbrado público.

El contratista propondrá a la Unidad de Alumbrado Público de la Gerencia de Urbanismo, un mínimo de tres empresas que cumplan los requisitos exigidos para la prevención de riesgos laborales y estén en disposición de formalizar contrato. La Unidad de Alumbrado Público seleccionará la empresa que a su juicio esté mejor preparada y tenga mayores medios para la prestación del servicio de coordinación y control de seguridad y salud en el trabajo. El adjudicatario estará obligado a la contratación de la empresa seleccionada.”

**TERCERO.-** Con fecha 11 de febrero de 2020, tiene entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Sevilla, escrito presentado por J.M.H.A., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos, AMI, por el que se interpone Recurso Especial en Materia de Contratación contra el PPT que rige la licitación, comunicándose por el Registro a este Tribunal con fecha 12 de febrero.

**CUARTO.-** El 12 de febrero, el Tribunal da traslado a la unidad tramitadora del expediente, de la interposición del recurso, solicitando a ésta la remisión del expediente e informe a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP. La documentación remitida por parte de la citada unidad, tiene entrada en este Tribunal día 14 de abril del presente, oponiéndose al recurso formulado.

## 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.

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

En relación a **la legitimación**, de conformidad con el art. 48 de la LCSP, ha de 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, 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 la Asociación AMI, y en concreto en su artículo 2, se establece, que:

“La AMI tiene los siguientes fines:

1. La promoción y defensa de la imagen y del prestigio de los sectores de Servicios de Mantenimiento Integral y de Servicios Energéticos, referidos ambos a edificios, infraestructuras e industrias, sectores que representa. En adelante se denominan a ambos “Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos”.
2. La promoción y defensa de la libre empresa en los sectores de “Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos”.
3. La creación, mantenimiento y desarrollo de una red activa de intercambio de información, experiencia y conocimientos relativa a las actividades de “Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos”.
4. El patrocinio, promoción y colaboración en proyectos de investigación y desarrollo en los sectores de “Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos”.
5. La divulgación de toda aquella información de utilidad para las empresas que ejercen su actividad en los sectores de “Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos””, incluyendo en esta divulgación la promoción de guías educativas.
6. La representación de sus asociados en aquellos organismos o comités, públicos o privados, nacionales o internacionales, cuya actuación esté relacionada directa o indirectamente con los sectores de “Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos”.
7. Ser, dentro del Estado Español, el interlocutor con las asociaciones internacionales de empresas de “Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos”.
8. La promoción de la acción social a través de simposios y congresos.
9. La prestación de servicios de asesoramiento a las instituciones educativas para desarrollar programas de formación en los sectores de “Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos”.
10. La solidaridad de sus miembros, la defensa de la ética profesional y de los intereses laborales de sus miembros.
11. La administración de sus propios recursos y su aplicación sus fines y actividades propias.
12. Representar a sus miembros y a la Asociación ante los Organismos Administrativos o Judiciales.
13. La promoción, defensa y participación en la Negociación Colectiva en los sectores de “Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos”.
14. La promoción del desarrollo de un Marco Legal que regule las actividades propias de las

Empresas asociadas.

15. La representación, gestión y defensa de los intereses económicos y profesionales de sus miembros.”

Por todo ello, aun cuando el reconocimiento de legitimación en materia contractual 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 del recurrente le legitiman para impugnar el PPT sobre la base de que este vulnera, desde su perspectiva, los intereses de la profesión, 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 J.M.H.A. , que actúa en calidad de Apoderado, en nombre y representación de la Asociación.

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 servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.1, y el 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 la disconformidad del recurrente con la previsión contenida en el apartado 8 del Artículo 16 del PPT, defendiendo que la obligación contenida en aquella relativa a la *"subcontratación de una empresa que determine el Órgano de Contratación, y que directamente reporte a este (no al contratista)",* sería contraria *"al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración"* y que *"los Pliegos vulnerarían los Principios de libertad de acceso a las licitaciones y transparencia (Artículo 132 LCSP), dado que el Órgano de Contratación pretende irrogarse la organización de los medios necesarios junto con su gestión que a propio riesgo sólo le compete al contratista/ adjudicatario; pretendiendo además el traspaso de la función de control y vigilancia de referidos medios a su favor, lo que sería incluso contrario también al Principio de riesgo y ventura (Artículo 197 LCSP)"*

Frente a las alegaciones manifestadas por la recurrente, el órgano de contratación, defiende en el informe remitido a este Tribunal, el ajuste a derecho el contenido de los Pliegos impugnados, oponiéndose *"a la pretendida vinculación del Coordinador de Seguridad y Salud con el contratista en base al citado Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, dado que en su artículo 2.c ) define al promotor como "cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra", debiendo por tanto entenderse en este caso, dicha figura con la Gerencia de Urbanismo y Medio Ambiente de Sevilla, que es por cuenta de la cual se contrata la obra a través del órgano de contratación.*

*(...)*

*Igualmente, en el apartado e) del citado artículo 2, define el Coordinador de Seguridad y Salud como "el técnico competente designado por el promotor para coordinar, durante la fase del proyecto de obra, la aplicación de los principios que se mencionan en el artículo 8". Parece clara por tanto la vinculación del técnico Coordinador con el Promotor.*

*Del mismo modo, el apartado 4 del artículo 3, que se refiere "La designación de los coordinadores no eximirá al promotor de sus responsabilidades."*

En cuanto a la exigencia prevista en el Pliego de Prescripciones Técnicas de que sea la Unidad de alumbrado público quien seleccione a la empresa que acometa la seguridad y salud, considera el órgano de contratación que *“Debemos recordar en cuanto a la definición del objeto del contrato, la competencia exclusiva del órgano de contratación para determinar las necesidades a satisfacer, a través de un ejercicio de una facultad discrecional.*

*En base a dicha facultad discrecional y tras describir extensamente en la documentación técnica la prestación principal, el Pliego de Prescripciones Técnicas incorpora como prestación vinculada a la principal, la propia Coordinación de Seguridad y Salud de las medidas a ejecutar conforme en base a la prestación principal*

*La citada prestación incluye por tanto la obligación de contar con una empresa cualificada de coordinación de seguridad y salud, previsión que entendemos dentro de la propia discrecionalidad del órgano de contratación al definir la prestación, mediante la exigencia de contar con una empresa habilitada de acuerdo a la normativa que regula la seguridad y salud en el trabajo.*

*Asimismo, y pese a la ya desaparecida previsión en el artículo 227.7 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que recogía la imposición al contratista de la subcontratación de una parte de la prestación, dicha omisión se encuentra actualmente cubierta por el principio de libertad de pactos, que recogido en el artículo 34 LCSP, establece: “en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena Administración”.*

*Igualmente, debemos hacer constar que si bien ya no es objeto de regulación expresa por la LCSP, la previsión de la subcontratación necesaria de una parte de la prestación, no solo no se encuentra expresamente prohibida por la normativa de contratación del Sector Público, sino que incluso en la DA51 LCSP, se recoge una novedosa previsión al respecto, a través de la posibilidad de contemplar el abono directo al subcontratista.*

*Respecto al cumplimiento de los límites del principio de autonomía de la voluntad, (...) y dado que en la regulación legal de la subcontratación se combinan el interés de la Administración en garantizar la buena ejecución del contrato, con el derecho del empresario a elegir y contratar a sus colaboradores para la ejecución de las prestaciones del contrato, procedemos a analizar los citados intereses en conflicto.*

*Por un lado, en el interés de la Administración se contempla el correcto cumplimiento de la normativa de seguridad y salud, sin que existan interferencias derivadas de una inadecuada composición de los agentes de la edificación en el ámbito del contrato, que permitiera a través de una inexistente vinculación con el criterio del Responsable del Contrato, afectar a los intereses del promotor y del correcto desarrollo de la seguridad y Salud en la obra, todo ello en coherencia con la normativa que regula los agentes de la Edificación, y la inclusión de la figura de la Coordinación de la Seguridad y Salud como parte integrante de la Dirección Facultativa, que responde en todo caso a la defensa de los intereses del promotor.*

*En base a dicho interés, la fórmula recogida en el apartado 16.8 del PPT compatibiliza los preceptivos deberes de vinculación que la normativa que rige la seguridad y salud*

*de las obras de construcción, impone respecto al Promotor, con la posición del contratista como único obligado de la prestación principal, quedando en todo caso los subcontratistas obligados frente al mismo en los términos del 215 LCSP.*

*Frente a dichos intereses, dicha exigencia ni afecta sustancialmente al derecho del contratista a elegir a sus colaboradores, ni supone una restricción al principio de libre competencia, dado que el Órgano de Contratación no predetermina en los Pliegos a una empresa concreta con la que subcontratar el servicio, sino que, solo define una horquilla en base a requisitos de solvencia profesional o técnica, esto es, por un lado la habilitación profesional para el desarrollo de las citadas funciones y el contar en plantilla al menos dos técnicos titulados especialistas acreditados de nivel superior en prevención de riesgos laborales, y por otro, la disposición de medios propios de desplazamiento para el personal de vigilancia de los trabajos en la vía pública.*

*Dentro de dicha horquilla, entendemos que queda por tanto salvado el derecho a la libre elección del contratista de sus colaboradores, si bien dentro de los requisitos que marca el citado PPT, pudiendo el contratista elegir a un elenco de empresas que en base al libre acuerdo entre las partes, que mejor se adecue a la relación entre la prestación y los intereses empresariales de la contratista, quedando en todo caso salvada la necesaria dependencia entre el Coordinador de Seguridad y Salud y el Promotor, y en la garantía de la ejecución de la prestación en los términos más adecuados al interés público, mediante la elección final por el Servicio responsable de la prestación, quien de acuerdo a su conocimiento técnico y experiencia en la prestación del servicio, decida de entre todas ellas, la que mejor se adecue a los requisitos del contrato.”*

**CUARTO.-** La subcontratación es una de las materias con más cambios en la nueva Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que la regula en los arts. 215 a 217, con una clara influencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (Sala Tercera) de 14 de julio de 2016 y el objetivo final de favorecer el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público pretende favorecer la subcontratación en la contratación pública y, para ello, introduce varias novedades de interés como son, entre otras, la supresión del porcentaje máximo de subcontratación de un 60% del importe de la adjudicación para el caso de que los pliegos no establezcan limitaciones, así como las nuevas medidas relativas a los pagos a los subcontratistas, tales como la previsión de actuaciones administrativas de comprobación y de imposición de penalidades por los impagos —obligatorias para algunos contratos— y la posibilidad de establecer en los pliegos que la Administración realice pagos directos a los subcontratistas.

Mediante la subcontratación, el contratista contrata a su vez con un tercero la realización parcial de la prestación que constituye el objeto del contrato. A diferencia de lo que ocurre en la cesión del contrato, el subcontratista no se subroga en la posición del contratista, que seguirá siendo el único responsable ante la Administración.

La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) establece así que *«los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y*

*a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral» (art. 215.4 LCSP).*

La posibilidad de subcontratar se admite con sujeción a lo establecido en los pliegos, que podrán limitar o excluir tal posibilidad, sin embargo, la Ley, de acuerdo con su voluntad declarada de facilitar la participación de las pymes en la contratación pública y favorecer la subcontratación precisa que *«en ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado»* (art. 215.1 LCSP). En estos casos, la subcontratación requiere autorización expresa del órgano de contratación. Para el supuesto de que los pliegos no prevean limitaciones a la subcontratación, la misma ley elimina el porcentaje máximo de subcontratación de un 60% del importe de la adjudicación que imponía el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 227.2e TRLCSP).

En contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos, justificándolo en el expediente de contratación, que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser éstas ejecutadas directamente por el contratista principal (art. 215.2b LCSP). Este precepto se remite a lo regulado en el artículo 75.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, conforme al cual se permite también que, en el caso de una oferta presentada por una unión temporal de empresas, estas tareas críticas sean ejecutadas por un participante en la unión.

Al igual que en la legislación anterior, la Ley de Contratos del Sector Público precisa que el conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de estas comunicaciones (o, en su caso, de la autorización que se otorgue cuando así se exige) no alterará la responsabilidad exclusiva del contratista principal, constituyendo, sin embargo una novedad la posibilidad de establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que la Administración realice pagos directos a los subcontratistas (Disp. Adic. 51ª LCSP).

Sin embargo, ha de destacarse que la Ley de Contratos del Sector Público suprime la previsión que sí contenía el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público relativa a la posibilidad de que el propio órgano contratante pudiese imponer al contratista —advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos— la subcontratación con terceros no vinculados a este último, de determinadas partes de la prestación que no excedieran en su conjunto del 50% del importe del presupuesto del contrato, siempre que gozasen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las hicieran susceptibles de ejecución separada (art. 227.7 TRLCSP).

En efecto, con carácter general el artículo 227.7 del TRLCSP permitía imponer al adjudicatario la obligación de subcontratar un porcentaje de las prestaciones que se comprometía a realizar. Tal imposición no debía, en cualquier caso, realizarse de modo automático y arbitrario, sino que había de justificarse suficientemente y respetar los límites que se mencionan en el precepto. En relación con esta cuestión, resulta interesante destacar que los Órganos encargados de la resolución de recursos especiales en materia de contratación, han venido estimando los recursos interpuestos

contra el anuncio de licitación, el pliego de condiciones administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas de un contrato, considerando ilegal la cláusula que imponía a un subcontratista determinado (Aragón, acuerdo 29/2011, Madrid, Resolución 172/2017), en tanto tiene por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura del contrato público a la competencia.

*En su Resolución 172/2017, el Tribunal de Madrid señalaba que “La cuestión, en principio, parece que pudiera ser resuelta en aplicación del principio de libertad de pactos admitido en el artículo 25 del TRLCSP. No obstante, cabe poner de manifiesto que en la regulación legal de la subcontratación se combinan, el interés de la administración en garantizar la buena ejecución del contrato, el derecho del empresario a elegir y contratar sus colaboradores para la ejecución de prestaciones del contrato y, los derechos de los empresarios subcontratistas. Conflicto que ha de resolverse de conformidad con los criterios establecidos en la regulación de la subcontratación en el ámbito de la contratación del sector público.”*

*Entiende el Tribunal que “La subcontratación obligatoria como instrumento en manos de la administración para asegurar una específica cualificación para la ejecución de una determinada prestación del contrato se ve limitada por los derechos de las otras partes. En primer lugar, el derecho del contratista a elegir sus colaboradores se ve limitado en cuanto se le impone un empresario concreto. Si bien es cierto que la posibilidad de imponer al contratista la obligación de subcontratación está contemplada en el artículo 227.7 del TRLCSP, esta posibilidad legal se refiere a las partes de la prestación, pero no incluye la imposición del empresario individualizado que ha de desarrollarla. La designación indirecta de un empresario como subcontratista prestador de una de las partes supone hacerle adjudicatario sin haber participado en un procedimiento competitivo y sin seguir los trámites legales, en este caso además con un precio superior al que percibe en el contrato del que es adjudicatario y justificación del interés en que sea subcontratado.*

*En cuanto a los derechos de los contratistas, cabe indicar que el artículo 227.4 establece que estos solo quedan obligados frente al contratista principal que asume la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la administración.*

*El legislador está deslindando el ámbito del contrato celebrado entre el órgano de contratación y el contratista del propio de la relación jurídico privado que pueda surgir de la subcontratación entre el contratista y subcontratista. Desde el punto de vista de la responsabilidad del contratista en la ejecución del contrato, no puede imponerse al adjudicatario un subcontratista que no sea de su confianza y respecto de cuya ejecución ha de responder directa y únicamente como contratista en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso. La subcontratación no introduce una figura nueva en el contrato como tercera parte, el contrato administrativo es bilateral.*

*La relación entre el contratista y los subcontratistas es una figura distinta al contrato principal y de la relación entre administración y adjudicatario que no puede imponerse en los pliegos”*

En sentido similar se pronunció el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre. En dicho supuesto el pliego estableció la obligación del adjudicatario de subcontratar y depositar los envíos en las unidades de admisión del operador encargado de la prestación del servicio postal universal y el Tribunal consideró que dicha previsión al obligar a los operadores postales

adjudicatarios a realizar notificaciones administrativas a través del operador postal designado no se ajusta a derecho dado que impiden y penalizan que dichas notificaciones se realicen por operadores postales autorizados a través de sus propios medios.

Partiendo de tales premisas, el tribunal madrileño anula las cláusulas del PCAP en cuanto imponen la obligación de subcontratación con una determinada empresa y las del PPT en cuanto pudieran interpretarse de manera conforme con las del PCAP, compeliendo al el órgano de contratación, para que, en su caso, *“estudie otras maneras de contratar el servicio de comedor, como pueden ser la posibilidad de modificación del contrato derivado del Acuerdo marco durante el periodo no escolar para extender su vigencia durante el mismo, la contratación como servicios complementarios, la contratación en lotes separados de los servicios de comedor y las actividades de campamento/colonias y prever las relaciones de coordinación entre los prestadores de ambos servicios, incluir en el PCAP la obligación de subcontratación del servicio de comedor con empresas cualificadas o por los medios alternativos de la Orden 917/2002, o cualquier otro.”*

Y es que no puede olvidarse que, como pacíficamente admite la doctrina, los subcontratos no dejan de ser contratos privados, generando su celebración una estricta relación jurídico-privada entre las partes contratantes. Sin embargo, la subcontratación no es indiferente para la Administración y los intereses públicos presentes en la contratación administrativa. Aunque la responsabilidad jurídico-contractual se desenvuelve estrictamente entre la Administración y el contratista, la ejecución del subcontrato incide en la realización del propio contrato administrativo, razón por la cual es lógico que el legislador imponga determinadas condiciones y requisitos a la subcontratación y que la propia Administración contratante no quede totalmente al margen de la misma.

La naturaleza jurídico-privada se desprende con claridad de lo dispuesto en el artículo 210.4, párrafo 1, de la LCSP, al establecer que *“los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato”*. Así pues, la subcontratación no modifica la posición del contratista frente a la Administración, ni ésta queda vinculada con los subcontratistas.

En el ámbito de la contratación administrativa, la subcontratación se delimita negativamente, al establecerse una serie de supuestos en los que queda excluida la subcontratación. La regla, por tanto, es que, salvo esos supuestos tasados, **se puede** subcontratar la ejecución de los contratos administrativos, constituyendo una opción para los operadores económicos, pero no, conforme a la normativa vigente, una facultad de la Administración el poder imponerla.

A mayor abundamiento, procede traer a colación la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley 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, en la que puede observarse que si bien en el texto inicial, artículo 213.7, se contenía la previsión de que *“los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en los pliegos, la subcontratación”*, de modo análogo al previsto en el art 227 de TRLCSP, a raíz de la

enmienda 1003, motivada en que *“La nueva Directiva de contratación no regula expresamente la posibilidad de imponer por parte del órgano de contratación al contratista la subcontratación de determinadas partes de la prestación”*, la Ponencia del Congreso aprobó por mayoría un nuevo texto en relación con este artículo, aceptando la enmienda 1003, de modo que en el texto finalmente aprobado por ambas Cámaras, tal previsión fue eliminada de la regulación de la subcontratación en el artículo definitivo en el que tales cuestiones se establecían, cual es el actual 215.

A la vista de lo argumentado, hemos de concluir la improcedencia de imponer la subcontratación en los pliegos, con la exigencia además, de proponer *“un mínimo de tres empresas que cumplan los requisitos exigidos para la prevención de riesgos laborales y estén en disposición de formalizar contrato. La Unidad de Alumbrado Público seleccionará la empresa que a su juicio esté mejor preparada y tenga mayores medios para la prestación del servicio de coordinación y control de seguridad y salud en el trabajo. El adjudicatario estará obligado a la contratación de la empresa seleccionada.”* y que *“La empresa subcontratada asumirá la coordinación de seguridad y salud e informará directamente a la Unidad de Alumbrado Público de la Gerencia de Urbanismo, del cumplimiento de las medidas de prevención”*.

Por congruencia con el *petitum*, no se considera procedente entrar en la consideración de la virtualidad de incluir entre las prestaciones del contrato de Servicio de conservación, entretenimiento y renovación de las instalaciones de alumbrado público, la relativa a la Coordinación de Seguridad y Salud, recomendándose al órgano de contratación que evalúe tanto la necesidad de su presencia en la actividad de que se trata, como la articulación de su contratación, partiendo de la distinción entre Coordinación de Seguridad y Salud y Servicio de Prevención, y la valoración de la compatibilidad entre las figuras del coordinador en materia de seguridad y salud y la del técnico perteneciente o subcontratado por el contratista de la obra, así como, entre las de coordinador y miembro de un Servicio de Prevención Ajeno, teniendo en cuenta la normativa vigente en la materia (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y Real Decreto 1627/1997 por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, principalmente), y las Guías técnicas al efecto editadas (*Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción* editada por el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y *Guía Técnica: Criterios de actuación en materia de seguridad y salud en las obras públicas*, editada por la Junta de Andalucía).

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

## RESUELVE

**PRIMERO.-** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos, AMI, contra el contenido de los Pliegos de Prescripciones Técnicas, PPT, del **“Servicio de Conservación, entretenimiento y renovación de las instalaciones de alumbrado público de la ciudad de Sevilla”**, Expte 68/2019, tramitado por la Gerencia de Urbanismo del

Ayuntamiento de Sevilla, en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico Cuarto, y ordenar la retroacción del procedimiento al momento anterior a la redacción de los pliegos que rigen la licitación.

**SEGUNDO.-** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 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