



Recurso nº 196/2018

Resolución nº 328/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL

DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 6 de abril de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.J.P.P. en representación de SERVICIOS SOCIALES DE TELECOMUNICACIONES, SLU contra los Pliegos que han de regir la contratación del “*Servicio de atención telefónica de la Agencia Española de Protección de Datos*”, con expediente nº 20/2018, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 25 de abril de 2017 la Agencia Española De Protección De Datos aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para contratos de servicios, por procedimiento abierto. El 2 de febrero de 2018 se aprobó el Pliego de Prescripciones Técnicas para el contrato de servicio de atención telefónica de la Agencia Española de Protección de Datos.

Segundo. El 8 de febrero de 2018 se publicó el anuncio de convocatoria del contrato en el Diario Oficial de la Unión Europea. El anuncio fue publicado en el Boletín Oficial de Estado el día 24 de febrero de 2018 y en la Plataforma de Contratación del Estado el 8 de febrero de 2018.

Tercero. Según certificado expedido por el órgano de contratación el 2 de marzo de 2018 no se han presentado ofertas al tiempo de remisión del expediente a este Tribunal.

Cuarto. Por otrosí se solicitó la suspensión del expediente de contratación durante la sustanciación del presente recurso, acordada por Resolución de la Secretaria de 9 de



marzo de 2018, en virtud de la delegación conferida por Acuerdo de 21 de febrero de 2014.

Quinto. Se ha presentado ante este Tribunal por parte de la Secretaría General de Agencia Española de Protección de Datos informe relativo a la tramitación del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se impugna por parte de SERVICIOS SOCIALES DE TELECOMUNICACIONES, SLU los Pliegos que han de regir la contratación del servicio de atención telefónica de la Agencia Española de Protección de Datos.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso.

Tercero. La legitimación activa viene otorgada por el Artículo 42 TRLCSP (Real Decreto Legislativo 3/2011, 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), al haber concurrido a la licitación de la que no resultó adjudicatario.

Cuarto. El acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el Artículo 40 TRLCSP.

Quinto. El recurso se ha presentado dentro del plazo previsto en el Artículo 44 TRLCSP, de quince días hábiles desde la publicación de la resolución de adjudicación.

Sexto. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 41.3 TRLCSP.

Séptimo. Entiende la recurrente que la Cláusula 3 del PPT constituye una limitación a la libre competencia, al calificarla como una cláusula de arraigo territorial, y en apoyo de su pretensión invoca la Resolución 359/2017 de este Tribunal, en la que, con copiosa cita de resoluciones anteriores y de otras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se



proscribe este tipo de cláusulas de arraigo territorial, al constituir una barrera a la libre prestación de servicios.

Así, la Cláusula 3 PPT señala que *“sin perjuicio del lugar de ubicación de la sede principal de la empresa adjudicataria, la prestación de los servicios de Contact-Center objeto del presente contrato se realizará en las dependencias que la empresa adjudicataria posea o se comprometa expresamente a proporcionar en Madrid Capital”*.

La cuestión principal se centra en decidir si esta cláusula limita o impide la libre prestación de servicios y si puede ser calificada o no como una cláusula de *“arraigo territorial”*. Pues bien, la resolución invocada por la recurrente da cumplida respuesta al litigio planteado, pues señala –en la parte que interesa a la presente reclamación– que

«Y en la Resolución 1103/2015, de 30 de noviembre, se indicó lo siguiente: “En la Resolución 101/2013, de 6 de marzo, con cita de la Resolución 29/2011, de 9 de febrero y del Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se indicaba que ‘el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público’. En el mismo sentido, la ‘Guía sobre contratación pública y competencia’ de la Comisión Nacional de la Competencia recoge la prohibición de exigir como criterio de solvencia la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en el que se tenga que ejecutar el contrato, por ser una previsión contraria a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato. En otras ocasiones, este Tribunal ha manifestado un criterio contrario a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como criterios de adjudicación de los contratos administrativos (Resolución 29/2011, de 9 de febrero). En definitiva, y tal y como se concluye en el informe de la JCCA 9/09, antes citado: ‘el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público’, circunstancias que ‘igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración’. Ocurre que en el presente caso la Administración contratante establece en el PCAP una condición de arraigo territorial (la exigencia de contar con una oficina permanente abierta en Madrid), que no opera ni como criterio de admisión ni como criterio de valoración, sino



como compromiso de adscripción de medios (artículo 64.2 de TRLCSP), cuya admisión no cabe descartar a priori, siempre que su establecimiento no sea contrario a los principios de concurrencia e igualdad requeridos en el ámbito de la contratación pública ni resulte contrario al principio de proporcionalidad. En este sentido, en la ya citada Resolución 101/2013 el Tribunal declaró lo siguiente:

‘De acuerdo con el precepto citado, además de acreditar la solvencia o, en su caso, clasificación, que determinan la idoneidad o aptitud del empresario para realizar la prestación objeto del contrato, el órgano de contratación tiene la oportunidad de exigir un plus de solvencia, mediante el establecimiento de la obligación de señalar los concretos medios personales o materiales, como podría ser, en este caso, la «Delegación de Zona».

En definitiva, este compromiso de adscripción de medios se configura como una obligación adicional de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirvieron para declarar al licitador idóneo para contratar con la Administración. En cualquier caso, el límite a la exigencia de un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato resulta del principio de proporcionalidad, esto es, 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. Se trata, además, de una obligación cuya acreditación, de acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP, corresponde sólo al licitador que haya presentado la oferta más ventajosa’.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 27 de octubre de 2005 (Asunto C- 234/03), señaló que la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentar las ofertas, aunque la existencia de esta oficina se pudiera considerar adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada y, en cambio, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en fase de adjudicación el compromiso de tenerla.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Resolución 101/2013 dispuso que, ‘la exigencia de «Delegaciones de Zona», de resultar exigible, por cumplir con los principios



de la contratación pública, sería admisible –bien como compromiso de adscripción de medios a incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o bien como condición de ejecución del contrato en el pliego de prescripciones técnicas–, siendo intrascendente el título jurídico en cuya virtud se disponga de las citadas «Delegaciones». Por lo tanto, hay que observar cómo se establece en el pliego para conocer si es ajustado a derecho o no como señala el recurrente (...)’».

Pues bien, la doctrina de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea proscribe las cláusulas de arraigo territorial que se apliquen como criterios de solvencia o criterios de valoración de las ofertas. En definitiva, se sanciona que el arraigo territorial coloque a unos licitadores en una posición de ventaja sobre otros, ya sea como criterio de solvencia para concurrir a la licitación, ya sea por colocarles en una posición de ventaja al obtener de salida una mayor puntuación que los licitadores que no encuentren ubicados en el territorio señalado por los Pliegos. Sin embargo, este tipo de cláusulas –a juicio de este Tribunal, y admitido también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– no deben considerarse discriminatorias de forma automática, sino que debe valorarse su vinculación al objeto del contrato. En el presente supuesto, el órgano de contratación considera necesario que el servicio se preste en Madrid capital, pues el personal de la empresa adjudicataria deberá recibir formación por parte del personal de la AEPD. Y en todo caso, deja a salvo la ubicación territorial de la sede principal de los licitadores, quienes solo en el supuesto de resultar adjudicatarios, deberán disponer de un local para la prestación del servicio. De ahí que daba analizarse la proporcionalidad de esta medida, así como su vinculación al objeto del contrato.

El órgano de contratación, en el informe remitido a este Tribunal, pone de manifiesto la necesidad de esta Cláusula, al tener como finalidad la formación del personal de la empresa adjudicataria por personal de la propia Agencia Española de Protección de Datos. Además, incide en cómo se ha prestado tradicionalmente este servicio, inicialmente en las dependencias de la propia Agencia Española de Protección de Datos, ulteriormente mediante contratos administrativos en las dependencias de la empresa adjudicataria.



Los elementos a considerar para apreciar si la cláusula controvertida vulnera los principios de libre concurrencia y, por ende, no se ajusta a las disposiciones del TRLCSP, son el respeto al *“principio de proporcionalidad, esto es, 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”*. Pues bien, el compromiso de adscripción de medios no vulnera la concurrencia, pues no es preciso tener abierta oficina alguna sino en el caso de resultar adjudicatario del contrato, de tal suerte que no debe reunirse este requisito al tiempo de presentar las ofertas, sino únicamente al tiempo de la ejecución del contrato y en el supuesto de haber presentado la oferta económicamente más ventajosa para el órgano de contratación. Esta cláusula se aplica por igual a todos los licitadores, que deberán disponer de la oficina en Madrid capital en el supuesto de resultar adjudicatarios, por lo que no cabe considerarla discriminatoria en absoluto. Por lo que respecta a la proporcionalidad, justifica el órgano de contratación la inclusión de la cláusula de referencia en la necesidad de generar el menor trastorno a personal de la AEPD que deba desplazarse a las oficinas de la adjudicataria para impartir cursos de formación en la materia objeto de contrato.

De igual modo, no debe perderse de vista que el objeto del contrato es el servicio de atención telefónica al público, prestado por la AEPD mediante una línea de teléfono que se identifica como de la propia AEPD por parte de los usuarios. Que con la finalidad de separar adecuadamente el servicio que presta el personal de la AEPD del que presta el personal del adjudicatario, se dividen las llamadas en dos niveles, en función de la complejidad de las consultas, correspondiendo al primer nivel (aquellas que no requieren interpretación normativa alguna) las llamadas que deben atenderse en virtud del contrato. Estas llamadas podrían ser atendidas tanto en las dependencias de la AEPD como en las dependencias de la empresa adjudicataria. Por los motivos que sea, la AEPD –en ejercicio de la libertad que le asiste para la definición del objeto del contrato y la forma de ejecución del mismo– ha optado por la separación absoluta de medios entre el adjudicatario y el órgano de contratación, sin que ello implique renuncia a la formación del personal del adjudicatario con el menor coste posible para el órgano de contratación, De ahí que, a juicio de este Tribunal, se considere proporcionada la medida, pues minorra el gasto público que generaría el desplazamiento de su personal fuera de Madrid capital para la formación del personal de la adjudicataria, sin que sea necesario disponer del



local en tanto no se constituya en adjudicatario, no siendo de aplicación ni como criterio de solvencia ni como criterio de valoración de las ofertas.

Ciertamente, la exigencia de tener una dependencia en Madrid exige al adjudicatario una serie de gastos que se concretan, fundamentalmente, en la propiedad o arrendamiento del local en que se preste el servicio. Sin embargo, esta regla se aplica por igual a todos los licitadores, quienes deberán sufragar un gasto consistente en la adquisición del título de posesión del local en que se presten los servicios. Y aunque también es cierto que para los licitadores establecidos en Madrid capital el coste será menor que para los que no lo están, no puede exigirse al órgano de contratación que sufrague los gastos necesarios para desplazarse al domicilio del adjudicatario para impartir los cursos de formación; pues, aunque en el presente supuesto la recurrente tiene su domicilio en Alcorcón, se trata de un procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, en el que puede concurrir cualquier licitador, incluso con domicilio en el país más oriental de la Unión Europea. De igual modo que para un contrato de suministro el licitador que tiene su domicilio más próximo al órgano de contratación asumirá menos gastos de transporte del producto objeto de suministro a la sede del órgano de contratación que el que tenga su domicilio más lejano, en el presente supuesto, quien tenga su sede en Madrid capital probablemente tenga menor gasto por este concepto si ya dispone de un local que destina, además, a otro fines. Sin embargo, esta circunstancia no viene impuesta por el órgano de contratación, sino por la propia naturaleza y ubicación de los elementos que integran el contrato. Si el adjudicatario tiene su domicilio, por ejemplo, en Helsinki, no puede exigirse que el órgano de contratación se desplace a la capital de Finlandia para impartir la formación. La AEPD tiene su sede en Madrid capital y para la ejecución adecuada del contrato debe prestar formación a los trabajadores de la adjudicataria. Y no se le puede exigir, para garantizar la igualdad de todos los licitadores, que adecúe su naturaleza, características y domicilio a las características de los eventuales licitadores. Es el órgano de contratación quien define las características del contrato y el modo en que éste se ha de ejecutar, y no las características de los eventuales licitadores las que delimitan el objeto y modo de ejecución del contrato.

Por todo ello, atendido que la cláusula no exige el establecimiento del adjudicatario en Madrid capital, sino que deja a salvo la ubicación de su sede central o principal, no puede



considerarse como una cláusula de arraigo territorial del licitador. De hecho, lo único que se exige es que los medios con los que se presta el servicio estén ubicados en Madrid capital, sin que se exija la disponibilidad de otros medios o recursos en esta sede que no sean los adscritos a la ejecución del contrato. Por ello, se considera que la cláusula es proporcional y está totalmente vinculada al contrato, considerando la exigencia de ubicación de la oficina desde la que se presta el servicio justificada en atención a las necesidades de formación del personal que debe satisfacer el órgano de contratación y la minoración de costes económicos y logísticos que la ejecución del contrato haya de ocasionar al mismo, máxime si se tiene en cuenta que es en Madrid capital donde tiene su sede el órgano de contratación.

En consecuencia, el recurso debe ser desestimado.

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha, ACUERDA:

Primero. DESESTIMAR el recurso interpuesto por D. J.J.P.P. en representación de SERVICIOS SOCIALES DE TELECOMUNICACIONES, SLU contra los Pliegos que han de regir la contratación del “*Servicio de atención telefónica de la Agencia Española de Protección de Datos*”, con expediente nº 20/2018.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP.

Tercero. LEVANTAR la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra



f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.