



Recurso nº 308/2018 C.A. Principado de Asturias 20/2018

Resolución nº 546/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 1 de junio de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. A. E. G., en nombre y representación de la FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE LA DEPENDENCIA, contra el pliego de cláusulas administrativas y el pliego de prescripciones técnicas que han de regir la contratación del "*Servicio de Teleasistencia Domiciliaria para el municipio de Gijón con criterios de calidad social*", expediente 022120/2017, licitado por el Ayuntamiento de Gijón, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 28 de febrero de 2008 se autoriza la contratación del servicio de teleasistencia, se aprueba el cuadro de características técnicas y los pliegos así como autorizar el gasto correspondiente.

El 2 de marzo de 2018 se publica el correspondiente anuncio en el DOUE y el 28 de febrero del mismo año en la Plataforma de Contratación del sector público.

Se trata de un contrato de servicios, de la categoría servicios sociales y de salud, CPV 85100000 y 85310000, cuyo valor estimado se cifra en 2.411.640 euros, con un plazo de ejecución de 2 años, que se tramitaría por el procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación.



Segundo. El 23 de marzo de 2018, y a través de la sede electrónica de este Tribunal se formula recurso especial en materia de contratación, en el que se solicita la anulación de la licitación sobre la base de los siguientes argumentos:

1. Por la inclusión en pliegos de una cláusula en virtud de la cual se impone al adjudicatario la subrogación de los trabajadores adscritos al servicio, por tratarse de una cuestión netamente laboral que no corresponde regular a los pliegos rectores de la licitación.
2. Por exigir que dicha subrogación se produzca antes de la firma del contrato y como condición esencial al mismo.
3. Por considerar el contrato económicamente inviable atendidos los gastos de personal a subrogar que constan en la documentación de la licitación.
4. La imposición de un criterio de arraigo territorial prohibido y desproporcionado, al exigir que el Centro de Atención de Teleasistencia esté ubicado en la Comunidad Autónoma de Asturias, en la cláusula 6.3.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas. Sostiene que los servicios objeto del contrato se prestan, con carácter general, mediante medios telemáticos, por lo que no existen motivos que justifiquen la necesidad de contar con un Centro de Atención dentro de la Comunidad Autónoma de Asturias, pudiendo prestarse tales servicios desde cualquier ubicación geográfica con la misma calidad y eficacia, máxime cuando, además, se exige igualmente una oficina abierta al público en el municipio de Gijón, suficiente para cubrir cualquier necesidad de atención de carácter presencial vinculada al servicio.

Tercero. Remitido el expediente administrativo, al mismo se incorpora informe del órgano de contratación en el que se solicita la íntegra desestimación del recurso dando contestación a las alegaciones del mismo en los siguientes términos:

1. En cuanto a la obligación de subrogación de personal, la misma no es una exigencia impuesta ex novo en el pliego, sino que se recoge en los arts. 70 y 71 del VI Convenio Colectivo Marco Estatal de servicios de atención a las personas dependientes y de promoción a la autonomía personal, publicado en el BOE del 18 de mayo de 2012, limitándose el pliego a asegurarse de que se realice de una manera ordenada para garantizar la prestación del servicio



2. En cuanto a la segunda de las cuestiones, matiza la interpretación que se realiza del contenido del pliego en cuanto a su cláusula 25, al señalar que la exigencia debe ponerse en relación con el art. 71 del convenio colectivo marzo antes citado, en el sentido que deberán haberse iniciado las actuaciones que en el mismo se recogen a efectos de dar por cumplida la exigencia de subrogación, a contar desde los tres días hábiles siguientes a la adjudicación.
3. En cuanto a la insuficiencia del importe del contrato para hacer frente a los gastos del mismo, se remite al informe obrante en el expediente, señalando que en cualquier caso el porcentaje del presupuesto destinado a gastos de personal alcanzaría como máximo el 72% del mismo, destinándose el 28% restante a otros gastos y beneficio industrial, con lo decaería el argumento del recurso.
4. Finalmente, en cuanto a la existencia o no de proporcionalidad en cuanto a la exigencia de que el centro de teleasistencia se ubique en Asturias, señala que la exigencia se justifica por los destinatarios del servicio, personas mayores de ochenta años o con diversidad funcional, por lo que se requiere un conocimiento adecuado y transversal del entorno y del entramado social, sanitario y cultural. Su especificidad le distingue de otros servicios de teleasistencia, habida cuenta de la vulnerabilidad y necesidades especiales de los destinatarios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo establecido en el art. 41.3 y 4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencias de recursos contractuales suscrito el 3 de octubre de 2013 y publicado en el BOE el 28 de octubre de 2013.

Segundo. El recurso se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas y el pliego de prescripciones técnicas que han de regir la licitación de un contrato de servicios de valor



estimado de en 2.411.640 euros, por lo que el recurso es admisible en tanto de que se trata de actos recurribles relativos a un contrato sujeto a regulación armonizada.

Tercero. La recurrente dispone de legitimación para la interposición del presente recurso al disponer de un interés legítimo para presentarse a la licitación al tratarse de una asociación representativa de intereses relacionados con el objeto del contrato, actuando en defensa de los intereses colectivos de sus asociados.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente previsto y con pleno cumplimiento del resto de trámites legalmente previstos.

Quinto. Entrando ya en el fondo del asunto, la primera de las cuestiones litigiosas se centra en la cláusula de subrogación de trabajadores que aparece recogida en las cláusulas 17. 2 y 25 del Cuadro de Características particulares en los siguientes términos

“17.2. Asimismo, será obligación del adjudicatario asumir el proceso de subrogación del personal de forma organizada de tal manera que esté debidamente realizada a la fecha de inicio del contrato”.

“25. De conformidad con lo previsto en el artículo 120 del TRLCSP, en el ANEXO II adjunto al presente CCP se facilita la información sobre las condiciones de los contratos de los/as trabajadores/as a los/as que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

Es una condición esencial para la firma del contrato acreditar la efectiva subrogación de todo el personal”

Dos son los elementos que son objeto de impugnación en el presente recurso, por un lado la propia exigencia de la subrogación, y por otro la eficacia jurídica que se le da a la misma.

Respecto de la posibilidad de inclusión de la cláusula, la doctrina de este Tribunal es clara en cuanto a la misma. Por todas podemos citar la resolución 861/2017 de 3 de octubre, cuyo fundamento séptimo sostiene lo siguiente:



Para abordar esta cuestión, sin duda controvertida por los pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios existentes sobre la misma, debemos comenzar por hacer referencia a los diferentes tipos de subrogación de los trabajadores afectos a la ejecución de un contrato público y que, doctrinalmente, se pueden enmarcar en cuatro categorías, todas ellas en función de su origen, como son los de subrogación impuesta por la ley o legal, -en las dos modalidades previstas en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)-, por convenio colectivo y por contrato, vía pliegos. En los casos en que exista un cambio en la empresa prestadora de un servicio objeto de un contrato público, la nueva empresa que comience a prestarlo como adjudicataria, puede tener la obligación de subrogarse en los derechos de los trabajadores que se encuentren prestando ese servicio como consecuencia de la Ley, del convenio colectivo que resulte aplicable (siendo también este aspecto una cuestión controvertida en estos casos, puesto que se plantea el problema de determinar si procede cuando la obligación de subrogación se impone en virtud de un convenio de ámbito de empresa o de ámbito superior), o del mismo pliego que rija el contrato.

Comenzando por la subrogación legal, ésta supone que se haya producido una sucesión de empresas de conformidad con el artículo 44 del ET, en sus dos modalidades, una por haberse transmitido una unidad productiva autónoma susceptible de ser explotada económicamente (44.2 ET) y otra, en los denominados casos de “sucesión de plantillas”, que se producen en aquellos sectores en los que la actividad descansa esencialmente en la mano de obra y se haya transmitido una parte cualitativa y cuantitativamente relevante de trabajadores, este caso supone una variante del anterior, pero produce sus mismos efectos, cuyo origen se encuentra, entre otras, en las Sentencias del TJUE de 11 de marzo de 1997 Asunto C-13/95 Süzen, o en la STJUE de 10 de diciembre de 1998, Asunto C-127 y 229/96, S.H. – H.V.

En el caso de la sucesión de empresas vía convencional, el convenio colectivo aplicable a la nueva y a la anterior adjudicataria debe prever la obligación de subrogarse. Como hemos señalado anteriormente, el problema surge aquí respecto del ámbito que ha de tener ese convenio, si ha de ser sectorial o de empresa, si bien la doctrina más cualificada, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, ha venido declarando que el convenio colectivo ha de ser sectorial, puesto que el de empresa superaría su propio ámbito de aplicación (por todas,



Sentencia de Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2013 y de 19 de septiembre de 2012). En este supuesto, cuestión diferente de lo anterior es el caso de la asunción de los servicios prestados por la Administración titular del servicio. En este sentido, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), ha resuelto que el convenio colectivo del sector correspondiente, en caso de internalización de la prestación del servicio, no puede ser aplicable a la Administración titular del mismo, (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2011 y Sentencia de 26 de julio de 2012), si bien conviene señalar que este caso parece más pensado para un contrato de gestión de servicio público (o concesión de servicios públicos), que para un contrato de servicios, como es el caso.

Por último, llegamos al caso que nos ocupa en la presente resolución, esto es, si es válida la posibilidad de que los pliegos que regulen el contrato impongan a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse. Este supuesto difiere de los anteriores no solo en su causa, sino también en sus efectos, por cuanto, de ser válido este supuesto, sólo se admitiría en el caso de que la subrogación se produzca con el consentimiento de los trabajadores afectados, puesto que el origen de esta obligación no proviene de una norma con eficacia erga omnes, sino de un contrato entre la Administración y la nueva adjudicataria, siendo de aplicación aquí de forma subsidiaria lo dispuesto dentro del art. 1.205 del Código Civil.

Partiendo de esa distinción, la Jurisdicción social ha venido admitiendo la posibilidad de que en los PCAP se incluya de forma expresa una cláusula de subrogación de los trabajadores que vengan prestando el servicio objeto del contrato de que se trate. En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Social), de 20 de febrero de 2000, 4949/1998, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, -que constituye uno de los pronunciamientos más conocidos respecto de la Jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en cuanto a la externalización del "handling"-, en la que se analiza la validez de la cláusula de un PCAP en el que se impone la subrogación en diversos contratos de trabajo a una empresa a quien se adjudica una contrata, junto con otra contratista que hasta ahora había venido desempeñando el servicio, y continúa prestándolo junto con la nueva adjudicataria, estando en contra de ello, los trabajadores que prestan el servicio en cuestión. En esta Sentencia, surgida en el conflicto producido por la determinación de la empresa responsable de las relaciones laborales de los trabajadores que prestan el servicio,



se parte de la inaplicación de la subrogación legal del art. 44 del ET; se mantiene la idea del pliego como ley rectora del contrato, pero sin alterar su valor contractual, lo que implica que solo sea válido entre las partes, (adjudicataria y Administración) y se configura como consecuencia de ello, la necesidad de recabar el consentimiento de los trabajadores afectados por la subrogación. Expresamente, establece lo siguiente: "(...) no resulta aplicable el citado art. 44.1 del ET, y por ello el Pliego de Condiciones impuesto al nuevo adjudicatario no obliga a los trabajadores que estaban al servicio de aquella empleadora que continúa prestando la misma actividad en concurrencia con la nueva, porque el tratar de imponerles el paso de una empresa a otra supone una novación de contrato por cambio de empleador (deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario), y ello no puede hacerse sin el consentimiento de los acreedores en dichas obligaciones (art. 1205 del Código Civil), siendo por ello de acoger la tesis de los recurrentes, que invocan como infringidos el precepto últimamente citado, y los arts. 1257 y 1091 del Código Civil, por inaplicación, y de la Jurisprudencia interpretadora del art. 44 del ET, por aplicación indebida".

Frente a estos planteamientos, en el ámbito que ahora nos compete, como es el administrativo, tanto los órganos jurisdiccionales, como los diferentes órganos consultivos en materia de contratación pública, vienen coincidiendo en admitir que la cuestión relativa a la subrogación de los trabajadores es un tema estrictamente laboral, en el que no pueden entrar, por lo que el punto de partida es el de considerar correctos los Pliegos en los que no se incluya la obligación expresa del adjudicatario de un contrato administrativo de servicios de subrogarse en la plantilla de trabajadores que se encuentre prestando el servicio en cuestión.

No obstante, lo anterior, el punto divergente lo aporta la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 25 de marzo de 2015, en la que establece la existencia de varios tipos de subrogación, -ya señalados anteriormente-, admitiendo la subrogación contractual vía pliegos, pero de forma condicionada a la voluntad del trabajador.

Frente a ese pronunciamiento puntual, sin embargo, se ha pronunciado la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en diversas Sentencias, como la



Sentencia de 16 de marzo de 2015, -dictada en el recurso de casación 1009/2013-, y en las anteriores a las que se remite ésta misma, así como en la Sentencia de 8 de junio de 2016, dictada en el recurso de casación 1602/2015, -en la que sigue el criterio establecido por este mismo Tribunal Central de Recursos Contractuales-, señalando al efecto que: "(...) En efecto, en esa sentencia se sigue el mismo criterio sentado con anterioridad a propósito de cláusulas de los pliegos de condiciones de licitaciones semejantes a las de este caso en las que se preveía la atribución de determinados puntos a las ofertas que incluyeran el compromiso de subrogación en los contratos laborales del personal del operador saliente.

La Sala confirmó la anulación de las mismas dispuesta en la instancia, corroborando que esa subrogación resultaría, en su caso, de lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos y, por eso, no debía ser fuente de asignación de puntos.

La diferencia en el caso de la Sentencia de 16 de marzo de 2015 (casación 1009/2013) es que en esa ocasión la cláusula cuestionada no preveía la atribución de puntos por la subrogación, sino que exigía al nuevo adjudicatario que se subrogase en las relaciones laborales del anterior. Ahora bien, aquí la Sala siguió entendiendo que era a la legislación laboral a la que se debía atender para imponer o no esa obligación" (vid asimismo la Sentencia de 11 de junio de 2004, RJ 5170)".

Finalmente, respecto de ese pronunciamiento puntual de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo ha dictado la Sentencia de 23 de enero de 2017, anulándola, en la que recoge la doctrina de que la inclusión de una cláusula de subrogación de los trabajadores que presten el servicio objeto de un contrato administrativo de servicios, constituye una cuestión que excede del ámbito administrativo -y por tanto, posteriormente, del contencioso administrativo-, ya que solo puede plantearse en el ámbito laboral, por lo que se puede considerar correcta la falta de inclusión en el PCAP de una cláusula de subrogación en un contrato de este tipo.

En el presente caso, el órgano de contratación sostiene que la base de la imposición de esta obligación es la redacción de los arts. 70 y 71 del VI Convenio Colectivo Marco Estatal de servicios de atención a las personas dependientes y de promoción a la autonomía personal, publicado en el BOE del 18 de mayo de 2012.



En cuanto al citado Convenio Colectivo, lo primero que ha de señalarse es que las empresas o unidades de negocio que prestan servicios de teleasistencia en el territorio español están sujetas al mismo, el cual a la fecha de publicación de los pliegos todavía resultaba vigente y aplicable a las mismas.

Establecida la aplicabilidad del convenio procede estudiar si efectivamente se recoge una obligación de subrogación del personal que fundamente la obligación ahora impugnada que tiene su reflejo en los pliegos. Y efectivamente los arts 70 y 71 del convenio recogen de forma expresa e inequívoca la obligación de subrogación de los trabajadores de la adjudicataria saliente, y con una mención específica en relación a las empresas dedicadas al servicio de teleasistencia, en los términos que se recogen en los citados preceptos.

De la lectura de los mismos se desprende inequívocamente que existe una obligación de subrogación de los trabajadores que se corresponde con la prevista en el pliego, por lo que la impugnación es totalmente improcedente atendido el origen convencional de la obligación. Debe pues desestimarse este motivo de impugnación

Sexto. El segundo de los motivos de impugnación afecta a la eficacia jurídica que los pliegos atribuyen a la acreditación de la realización de la subrogación, pues hacen depender la firma del contrato de la de la acreditación de la efectiva subrogación del personal. Sostiene la parte actora que tal configuración resulta inviable por cuanto hasta la firma no se produce la adjudicación, no pudiendo verificarse la subrogación hasta este punto.

Independientemente de que la recurrente no distingue adecuadamente entre los términos “adjudicación” y “formalización” (término éste al que se refiere el pliego, al hablar de la “firma del contrato”), debemos analizar si la Administración puede o no condicionar dicha formalización al cumplimiento de la obligación de subrogación. Respecto del establecimiento de condiciones específicas a la ejecución de la obligación de subrogación, este Tribunal tiene asentada determinada doctrina aplicable al caso, por todas podemos citar la resolución 861/2017 de 3 de octubre, cuyo fundamento octavo sostiene lo siguiente:

La conclusión a la que se llega de acuerdo con el artículo 120 del TRLCSP, es la de que este precepto no faculta al órgano de contratación para imponer la obligación de subrogación en el PCAP, así como tampoco le permite determinar el alcance de la obligación laboral de subrogación, sino que únicamente le obliga a velar para que se



consigne dicha información en los Pliegos, o en documentación complementaria, pero solo en el caso de que existiera una obligación laboral de subrogación.

La conclusión anterior no obsta para considerar que los Pliegos pueden contener ciertas directrices que determinen como se puede cumplir con la eventual obligación de subrogación que corresponda al adjudicatario del contrato en cuestión. Así, podrían servir de fundamento para condicionar el modo en el que se desarrollará la relación laboral entre el adjudicatario, que adquiere la condición de empleador, y los trabajadores que se incorporan a su empresa por vía de subrogación. En este sentido, se dicta la Resolución nº 468/2017, de 7 de julio, en la que decíamos que: “Si bien el empresario es soberano en el ejercicio de sus potestades de dirección y organización en el seno de su empresa, sin más límites que los que puedan imponer los derechos fundamentales de los trabajadores, las leyes de carácter laboral o los Convenios Colectivos (art. 1.1 y 20 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), no podemos olvidar que los Pliegos establecen el clausulado que regulan la adjudicación del contrato administrativo, así como las normas que han de regir su posterior ejecución, erigiéndose en la ley de contrato (Resoluciones 334/2015, 704/2015 y 460/2017). El empresario/licitador que resulte adjudicatario deberá adecuar su organización empresarial a los términos de la oferta por él formulada y a la que se comprometió, y cumplir con ello lo exigido por el Pliego, so pena de incurrir, si así no lo hiciera, en las responsabilidades que se hayan establecido.

Es por ello que, en virtud de lo expuesto, debe desestimarse la impugnación que realiza el recurrente de la Cláusula 4, apartado C, del PPT, al no invadir la potestad de organización del empresario contratista. Simplemente, y en lo relativo al tema de la subrogación del personal establece ciertas directrices a cumplir por la contratista para el caso de posibles modificaciones del organigrama y el equipo ofertado y aceptado. Estamos, en concreto, ante cinco directrices relativas a cualquier modificación del organigrama del personal de la adjudicataria al adscrito a la prestación del servicio contratado, directrices que van de la simple comunicación al Ayuntamiento a la autorización cuando se trata de reducción del número anual medio del personal descrito, suplencias de bajas y ausencias, etc., todo ello o a los solos efectos de controlar la subrogación y la elevación de costes como consecuencia del aumento del personal subrogable y el consiguiente incremento de costes, lo que no implica, de acuerdo con lo razonado, que se incurra en una injerencia de la potestad de



organización del empresario, pues estamos ante la potestad de dirección del contrato y de vigilancia del cumplimiento de lo pactado que corresponde al órgano de contratación”.

En el presente caso, el artículo 70 del convenio colectivo de aplicación establece una serie de obligaciones de comunicación de la empresa cesante a la nueva empresa adjudicataria. También regula lo que denomina “compensaciones económicas” entre las empresas, con motivo de las vacaciones de los trabajadores.

Dicho esto, se observa que la regulación que realiza el artículo 156 TRLCSP sobre la formalización del contrato no ampara ni permite que ésta se condicione en modo alguno, y que la formalización debe entenderse como un acto a realizar una vez cumplimentadas las exigencias del citado artículo, sin que le esté dado al órgano de contratación incorporar condiciones suspensivas adicionales, sin perjuicio que el incumpliendo de éstas puedan tener en la dinámica o pervivencia del contrato, pero sin que puedan afectar a la formalización del contrato.

Además, conforme al artículo 27 del TRLCSP los contratos se perfeccionan con su formalización, es decir, con su firma, por lo que la obligación de la nueva adjudicataria de subrogación en los contratos laborales de la saliente, establecida en la normativa laboral de aplicación, no se produce hasta ese momento; hasta que se perfecciona el contrato. Por lo tanto, no puede exigirse acreditar la efectiva subrogación del personal antes de la firma del contrato.

El recurso debe ser estimado en este punto, por lo que procede la anulación de las cláusulas 17.2 y 25 del Cuadro de Características particulares, y la retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación de dicho pliego.

Séptimo. Impugna el recurrente asimismo el pliego al considerar el contrato económicamente inviable atendidos los gastos de personal a subrogar que constan en la documentación de la licitación junto con el resto de gastos de explotación y la presumible baja que se dé en la licitación.

Este argumento debe de ser desestimado pues no se sostiene en el más mínimo esfuerzo probatorio o justificativo de tal insuficiencia, ni desde luego se descredita el informe que obra



en el expediente sobre la suficiencia económica del contrato. Así en el informe de 15 de febrero de 2018 se manifiesta que

“El presupuesto del contrato para la prestación del Servicio de Teleasistencia Municipal, durante los dos años de duración inicial del mismo y para un máximo de 2.900 dispositivos al mes, es de: 1.194.336,00 € IV A incluido, correspondiendo 45.936,00 € al IVA estimado al 4%. El precio del contrato, de conformidad con el artículo 302 del TRLCSP se ha determinado por unidad de ejecución, partiendo del precio mensual de prestación del servicio por usuario titular de terminal, fijándose el tipo máximo de licitación en 16,50 e/mes por usuario · titular de terminal”

Del mismo modo tal y como se desprende del informe del órgano de contratación, el precio prevé un máximo del 72% del precio de licitación destinado a gastos de personal, de conformidad con las obligaciones de subrogación de trabajadores previstas, de lo que se deduce que existe margen suficiente para que los licitadores puedan ajustar sus ofertas de conformidad con criterios de eficacia y eficiencia en la gestión.

En cualquier caso, la llamativa falta de prueba de la aseveración del recurrente es elemento suficiente para desestimar el presente motivo.

Octavo. El último de los motivos de impugnación se centra en la cuestión del arraigo territorial al considerar el recurrente que la previsión de la cláusula 6ª del PPT infringe la doctrina en materia de dicho arraigo.

La citada cláusula establece lo siguiente

“6.3.1. Centro de Atención de Teleasistencia

Es el Centro que da cobertura al servicio de TAD y es el responsable de la recepción y emisión de las comunicaciones y avisos enviados desde los equipamientos instalados en los domicilios de las personas usuarias (Terminal, UCR, Dispositivos). Debe estar provisto de tecnología (Software de gestión del servicio, Hardware. Servidores de base de datos) con capacidad para procesar dichas comunicaciones y avisos adecuadamente y proporcionar a los/as teleoperadores/as información sobre el dispositivo que las ha generado.



El Centro de Atención deberá estar ubicado en la Comunidad Autónoma de Asturias, y la empresa/entidad adjudicataria deberá disponer de una oficina en el Municipio de Gijón. en horario de mañana y tarde; provista de teléfono con contestador automático y fax, dirección de correo electrónico y atendida, como mínimo, por el coordinador del servicio”.

El órgano de contratación defiende que el servicio de teleasistencia a contratar tiene una serie de singularidades derivadas de las circunstancias personales de sus destinatarios (octogenarios, personas en situación de vulnerabilidad social o diversidad funcional) que exigen un profundo conocimiento del entorno sanitario, social y cultural en el que se desenvuelven los destinatarios.

En la resolución 328/2018 de 6 de abril establecimos el siguiente criterio en un caso similar:

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 otros 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.

Lo expuesto es perfectamente trasladable al caso que nos ocupa, ya que existen motivos justificados para exigir una determinada implantación territorial en la prestación del servicio. Así pues, dada la singularidad de los destinatarios parece razonable y proporcionado que se exija una vinculación con el territorio en el que va a desempeñarse la función. Así en este sentido podemos recordar la cláusula 2 del PPT que recoge entre las funciones a desempeñar por el servicio las siguientes

- *“Movilizar recursos ante situaciones de emergencia sanitaria, domiciliaria o social*
- *Prevenir, detectando precozmente las situaciones de riesgo que puedan darse*



- *Proporcionar seguridad y tranquilidad a las personas usuarias y a sus familiares garantizando la atención en caso de emergencia con la incorporación de dispositivos complementarios:*
- *Seguimiento permanente de la persona usuaria desde el Centro de Atención, mediante llamadas telefónicas periódicas (de familiarización, de cortesía y felicitación, de seguimiento quincenal, de recordatorio, de fin de ausencia) con la finalidad de estar presentes en su vida cotidiana, potenciar hábitos de vida saludable y actualizar los datos del expediente socio sanitario del usuario.*
- *Gestionar agendas específicas suscritas entre la empresa/entidad prestataria del servicio y la persona usuaria, a petición de ésta, de su familia o allegados, que permitan retardarles tomas de medicación, actividades o citas.”*

Resulta evidente que el servicio que constituye el objeto del contrato va más allá de lo que es un servicio de teleasistencia genérico, pues la implicación con la vida y las necesidades de los usuarios justifican una implantación en el espacio en el que residen estos, de tal manera que por mucho que los medios no exijan materialmente la presencia física el objetivo a satisfacer sí implica una imbricación social.

Por ello procede desestimar igualmente este motivo de impugnación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J. A. E. G., en nombre y representación de la FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE LA DEPENDENCIA, anular el segundo párrafo de la cláusula 25 del Cuadro de Características particulares del Pliego de Cláusulas administrativas que ha de regir la contratación del "*Servicio de Teleasistencia Domiciliaria para el municipio de Gijón con criterios de calidad social*", expediente



022120/2017, y la cláusula 17.2 del mencionado pliego si se interpreta en los mismos términos que la anterior, licitado por el Ayuntamiento de Gijón, y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la aprobación de dicho pliego, desestimando el recurso en todo lo demás.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.