



Recurso nº 232/2019 C.A. Cantabria 10/2019

Resolución nº 406/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 17 de abril de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D.J.L.C.R., en representación de EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A. contra los pliegos del procedimiento para la adjudicación del contrato de prestación del servicio de teleasistencia domiciliaria en el municipio de Laredo, Expediente: 251/2018, convocado por el Ayuntamiento de Laredo (Cantabria), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Laredo (Cantabria) convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 8 de febrero de 2019, licitación para la contratación por el procedimiento abierto del contrato de prestación del servicio de teleasistencia domiciliaria en el municipio de Laredo, Expediente: 251/2018, con un valor estimado de 145.248 euros.

Segundo. El 22 de febrero de 2019 tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de Laredo recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad EULEN SERVICIOS SANITARIOS S.A. frente al contenido de los Pliegos.

En concreto, se impugna la cláusula 4.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en cuanto exige como recurso técnico para la prestación del servicio, el siguiente:

“2. Centro de Atención.



Es el centro que da cobertura a Servicio de Teleasistencia Domiciliaria y responsable de la recepción y emisión de las comunicaciones y avisos enviados desde los equipamientos instalados en los domicilios de los usuarios.

El Centro de Atención desde el que se presta el servicio 24 horas al día deberá estar ubicado en la Comunidad de Cantabria.

Además deberá contar con otro Centro de Atención de “respaldo” de iguales características al principal, ubicado en el territorio Nacional, desde el que se pueda asumir el servicio de forma inmediata en caso de necesidad”.

Tercero. El plazo de presentación de ofertas finalizó el día 26 de febrero de 2019, habiendo presentado oferta solamente la entidad SERVICIOS DE TELEASISTENCIA SA –ATENZIA-, quien, al amparo de lo dispuesto en el artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), ha formulado alegaciones al recurso.

Cuarto. El Órgano de Contratación ha remitido al Tribunal el expediente de contratación, sin acompañar el informe previsto en el artículo 56.2 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP, y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPERMC), y en el Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de Competencia de Recursos Contractuales de fecha 28 de noviembre de 2012, cuya prórroga tácita fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de 11 de febrero de 2016 (Resolución de 2 de febrero de 2016, de la Subsecretaría, por la que se publica la prórroga tácita del Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de la competencia de recursos contractuales).



Segundo. El acto impugnado es susceptible de recurso especial conforme a los artículos 44.2.a) y 44.1.a) de la LCSP, al tratarse de los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los cien mil euros.

Tercero. Aunque se trate de un punto que no ha sido planteado por ninguna de las partes, debe este Tribunal pronunciarse sobre la legitimación del recurrente, al tratarse de una cuestión de orden público de la que depende la admisión a trámite del recurso (artículo 22.1. 2º del RPERMC).

En este sentido, es doctrina de este Tribunal que, si bien la legitimación para recurrir el contenido de los pliegos corresponde como regla general a los licitadores que ya han presentado sus ofertas, y forman parte del procedimiento de contratación como directamente interesados, debe reconocerse también esta legitimación a aquellos operadores económicos que impugnan una cláusula concreta que les impide participar en condiciones de igualdad.

En este sentido, en nuestra Resolución 2/2017, de 17 de enero, señalamos:

“Ciertamente, definida la legitimación como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de ésta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008-), la regla es que solo los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos, pues sólo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato.

Sin embargo, esta regla quiebra en los casos en los que el operador económico impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 –Roj STS 4465/2005-). Esta doctrina es coherente con el Ordenamiento Comunitario, en el que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que “tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”. Sobre este aserto, la Sentencia del TJCE, Sala



Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C-230/02), señaló: <<27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación. 28. No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate.>>”

Por tanto, entiende este Tribunal que la entidad EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A. se encuentra legitimada para interponer el recurso especial, a pesar de no constar que haya presentado oferta en la licitación, al ostentar un interés legítimo que podría verse afectado de forma directa por el contenido de los Pliegos, toda vez que los mismos exigen un requisito que el recurrente no ostenta, consistente la ubicación del Centro de Atención en la Comunidad de Cantabria.

Cuarto. Asimismo, el recurso se ha interpuesto en forma y plazo, de conformidad con los artículos 50 y 51 LCSP.

Quinto. Analizados los requisitos de procedibilidad, en el recurso se pretende la anulación de la cláusula 5.2. del Pliego Prescripciones Técnicas, en la medida en que exige como requisito técnico la existencia de un centro de atención en la Comunidad de Cantabria, estimando que se trata de una condición de arraigo territorial que no puede ser exigida a los licitadores, citando al respecto las Resoluciones de este Tribunal nº 526/2013, de 15 de noviembre,



217/2012, de 3 de octubre, 138/2011, y 139/2011, de 11 de mayo, así como doctrina de la Junta Consultiva de Contratación administrativa (Informe 9/2009, de 31 de marzo), y el artículo 18.2.a) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Considera, en suma, que la exigencia de la ubicación de instalaciones en el territorio en que se tenga que ejecutar el contrato, ya sea como criterio de solvencia o como criterio de adjudicación, supone una previsión contraria a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato.

Por su parte, la sociedad SERVICIOS DE TELEASISTENCIA SA (ATENZIA), en sus alegaciones, solicita la desestimación del recurso presentado considerando que el mentado centro de atención no constituye ninguna condición de arraigo territorial proscrita, ya que no se exige como un requisito para participar en la licitación ni como criterio de adjudicación, sino como un requisito a cumplir por el adjudicatario, existiendo razones objetivas, debidas a las características del servicio, que justifican su exigencia. Al respecto invoca Resoluciones de este Tribunal que amparan la exigencia de un centro de atención en una determinada ubicación geográfica (así, la 20/2018, la 328/2018, o la 621/2015).

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes, la cuestión se centra en decidir si la cláusula impugnada impide o limita la libre prestación de servicios y si puede ser calificada o no como una cláusula de “*arraigo territorial*”. Como es doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha de ser especialmente vigilante a cualquier restricción a la libre concurrencia fundada directa o indirectamente en el denominado arraigo territorial, debiendo considerarse nulas aquellas previsiones de los pliegos que puedan impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial.

Por tal motivo, son discriminatorias las condiciones de arraigo territorial cuando se configuran como requisitos de solvencia o como criterios de adjudicación, admitiéndose, por el contrario, cuando se exigen como un compromiso de adscripción de medios al adjudicatario o como condiciones de ejecución siempre que, en este supuesto, respeten el principio de proporcionalidad y guarden relación con el objeto del contrato.



En este sentido, podemos recordar lo que expusimos al respecto en la Resolución nº 328/2018, de 6 de abril:

“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.”

Séptimo. Así las cosas, en el presente caso debemos analizar en qué concepto se exige el requisito técnico consistente en la ubicación del Centro de Atención en la Comunidad de Cantabria, si como un requisito exigible a todos los licitadores como criterio de solvencia o de adjudicación, o si se hace como un compromiso de solvencia adicional o una condición de ejecución exigible solamente al adjudicatario.



En este punto, si bien no es correcto afirmar que la exigencia de la ubicación del Centro de Atención en la Comunidad de Cantabria se configure como un compromiso de adscripción de medios, en los términos del artículo 76.2 LCSP (pues los Pliegos señalan expresamente que no se exigirá tal compromiso en su cláusula 16 y en el apartado 12 de Anexo I), sí es cierto que no se trata de un requisito exigible a todos los licitadores (ya sea como requisito de solvencia o como criterio de adjudicación), sino de una obligación impuesta al adjudicatario (sin el carácter de esencial), cuyo incumplimiento podría dar lugar a la imposición de penalidades.

En idéntico sentido, en nuestra Resolución 101/2013 indicamos: *“de lo que debemos inferir que no existe contrato una obligación de adscripción de determinados medios en la ejecución del contrato, en donde debemos incluir el discutido Centro de Atención. No obstante, a pesar de no figurar expresamente como un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato, sí que parece claro que se incluye como una condición de ejecución del contrato en el pliego de prescripciones técnicas, siendo intrascendente el título jurídico en cuya virtud se imponga esta obligación.”*

Octavo. Aclarado que no estamos en presencia de un criterio de solvencia ni de adjudicación, sino de una obligación impuesta al adjudicatario, debe valorarse si esta obligación de que el Centro de Atención se encuentre físicamente en Cantabria constituye o no una condición proporcionada, atendido el objeto del contrato, o por el contrario, resulta discriminatoria, lo que debe hacerse valorando las circunstancias concretas del caso. Al respecto, debe señalarse que la valoración necesariamente tiene que ser casuística, sin que puedan aplicarse automáticamente soluciones generales ni tampoco soluciones concretas adoptadas en Resoluciones anteriores de este Tribunal adoptadas para supuestos distintos.

Pues bien, analizado el objeto del presente contrato, estima este Tribunal que la discutida obligación resulta proporcionada y justificada, por las razones que siguen.

Como se recoge en los Pliegos de Cláusulas Administrativas, *“el objeto del contrato es la prestación del servicio de teleasistencia domiciliaria, cuya necesidad administrativa a satisfacer es Atención a aquellas personas que, previa solicitud y posterior valoración por*



parte de los Servicios Sociales de Atención Primaria del Servicio, les sea concedido por el Órgano Municipal competente”.

Con mayor detalle, el Pliego de Prescripciones Técnicas (Cláusula 2) indica:

“La Teleasistencia Domiciliaria es un servicio que, a través de la línea telefónica y con un equipamiento de comunicaciones e informático específico ubicado en un Centro de Atención y en el domicilio de los usuarios, permite a las personas mayores y/o personas discapacitadas, con solo pulsar el botón que llevan constantemente y sin molestias, entrar en contacto verbal "manos libres" durante las 24 horas del día y los 365 días del año, con un centro atendido por personal específicamente preparado para dar respuesta inmediata y adecuada a la situación de emergencia, inseguridad, soledad,... presentada, bien por sí mismo o movilizándolo otros recursos humanos o materiales, propios del usuario o existentes en la comunidad.

Este servicio se complementa con "agendas de usuario" que permiten recordar a la persona beneficiaria del servicio la necesidad de realizar una actividad concreta en un momento determinado, de forma esporádica o con la periodicidad que se fije, como por ejemplo, la toma de medicamentos, la realización de una gestión, etc.

El objetivo fundamental es asegurar la intervención inmediata, ante situaciones de crisis, a aquellas personas que por su edad avanzada, enfermedad, discapacidad o aislamiento social lo requieran, facilitándole la permanencia en su medio habitual y contribuyendo a evitar ingresos innecesarios en centros residenciales.”

Asimismo, el servicio incluye, entre otros aspectos, las siguientes actuaciones (Cláusula 4 del PPT):

“- Dotación, instalación, puesta en funcionamiento, mantenimiento y reparación de los equipos de Teleasistencia que permanecerán en los domicilios de las personas usuarias en régimen de cesión de uso. Las averías que impidan la prestación del servicio serán resueltas en un máximo de dos días hábiles.

(...)



- Este servicio básico debe complementarse con agendas de usuario, que permitan recordar a éste la necesidad de realizar una actividad concreta de carácter relevante, por ejemplo, la toma de medicamentos, la realización de una gestión, etc.

(...)

- Se realizarán llamadas de seguimiento a los usuarios que lo deseen con una periodicidad de treinta días y se realizarles al menos una visita anual por parte de la Coordinadora de Zona designada por la empresa. De la misma manera, se podrá concertar con los Servicios Sociales Municipales seguimientos de personas beneficiarias atendiendo a sus especiales circunstancias personales o sociales.

- Se informará a los técnicos de Servicios Sociales del Ayuntamiento de las incidencias y necesidades de la persona beneficiaria, detectadas a través del sistema y que requieran de una intervención posterior a la realizada.

- Se concertarán reuniones periódicas de coordinación entre los técnicos de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Laredo y la Coordinación de Zona y /o los responsables de la empresa adjudicataria”

Del contenido obligacional que acabamos de transcribir podemos concluir que el contrato excede un mero servicio de teleasistencia básico, al incluir prestaciones complementarias que justifican la cercanía entre el Centro de Atención y los usuarios, a fin de que el servicio prestado sea el óptimo.

Debe destacarse, como punto de partida, que los destinatarios del servicio son personas en una especial situación de desprotección, y que para poder prestar el servicio desde el Centro de Atención se exige en muchas ocasiones movilizar recursos humanos o materiales ubicados en el municipio de Laredo o en la Comunidad Autónoma de Cantabria, por lo que resulta relevante y justificado que dicho Centro de Atención se ubique en la referida Comunidad Autónoma a fin de que los trabajadores del mismo tengan un conocimiento preciso de las características y de los medios específicos de dicha Comunidad.



Asimismo, es necesario en muchos casos una actuación directa y personal en los domicilios de los usuarios, a lo que hemos de añadir las visitas anuales de la Coordinadora de Zona, y la necesidad de estar en contacto con los técnicos de Servicios Sociales del Ayuntamiento y de identificar y concretar las intervenciones posteriores necesarias respecto de aquellos beneficiarios que pudieran requerirla; todas estas prestaciones aconsejan que el Centro de Atención se encuentre en Cantabria, a fin de posibilitar tanto el contacto directo con los usuarios como el conocimiento del entorno de los mismos y de sus necesidades.

Por lo tanto, las propias características del servicio justifican la necesidad de que el Centro de Atención se ubique en la Comunidad Autónoma de Cantabria, resultando dicho requisito plenamente proporcionado y respetuoso con los principios de libre concurrencia e igualdad de trato, en los mismos términos en que así se ha considerado por las múltiples resoluciones dictadas por este Tribunal, como son, entre otras, la nº 546/2018, de 1 de junio de 2018; la nº 328/2018, de 6 de abril de 2018; o la nº 621/2015, de 6 de julio (Rec. 546/2015). En particular, en esta última, que resuelve un caso similar en Cantabria, se cita la Resolución nº 515/2013, de 14 de noviembre (Recurso 687/2013), en la que dijimos:

“Séptimo. Sobre la exigencia de un centro de atención principal en la provincia de Valencia: impugnación de la Cláusula VII. 4 letra B) del PCAP en relación con la cláusula 14.1 del PPT.

(...)

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la exigencia del “Centro de Atención de Teleasistencia” exigible al adjudicatario del contrato como compromiso de adscripción de medios tanto en el PCAP como en el PPT, no vulnera la normativa expuesta ni colisiona con los principios de libertad de empresa y concurrencia competitiva, pues es una obligación exigible únicamente a la empresa adjudicataria.

En concordancia con lo expresado, las cláusulas impugnadas son ajustadas a Derecho, por lo que no puede atenderse la pretensión de anulación solicitada por AESTE; por lo que se estima conforme a Derecho la asunción de dicha obligación por parte de la futura adjudicataria, resultando además afín al objeto del contrato de servicios”.



En consecuencia, siendo perfectamente trasladables al caso que nos ocupa tales razonamientos, procede la desestimación de este concreto motivo de impugnación y por ende desestimar el presente recurso”.

Igualmente, en el mismo sentido, por su gran similitud con el presente supuesto, podemos citar la Resolución nº 546/2018, de 1 de junio, en la que afirmamos 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”*. Así, *“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”*, *“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 todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D.J.L.C.R., en representación de EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS S.A. contra los pliegos del procedimiento para la adjudicación del contrato de prestación del servicio de teleasistencia domiciliaria en el municipio de Laredo, Expediente: 251/2018, convocado por el Ayuntamiento de Laredo (Cantabria).

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.

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 de Cantabria, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.