

Barcelona, 5 d'abril de 2018

Resolució núm.: 52/2018

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per la senyora S.V.P., en nom i representació de l'entitat ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (AESTE), contra els plecs que regeixen el contracte de serveis de teleassistència per a persones majors de 65 anys i persones en situació de dependència, que visquin soles o amb altres persones grans, a la ciutat de Girona, licitat per l'Ajuntament de Girona (expedient 2017037553), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. La licitació es va publicar en data 13 d'octubre de 2017 en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) S197. També es va publicar en el perfil de contractant del consistori, inserit en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, a través del qual des del dia 10 d'octubre de 2017 es va posar a disposició de les parts interessades els plecs de clàusules administratives particulars (des d'ara, PCAP) i de condicions tècniques particulars (en endavant, PCTP) que regeixen el contracte de referència, amb valor estimat de 2.275.920 euros, sense IVA.

En data 27 d'octubre de 2017, es va publicar en el perfil de contractant, dins el tauler d'anuncis de la licitació de referència, la rectificació d'un error material de l'apartat 5.2.1.3 del PCTP que és objecte del recurs.

SEGON. El 31 d'octubre de 2017, l'entitat ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (en endavant, AESTE) va presentar en el registre del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, Tribunal), prèviament anunciat a l'òrgan

de contractació, recurs especial en matèria de contractació, contra els plecs que regeixen la licitació i, en concret, contra l'apartat 5.2.1.3 del PCTP, que disposa, entre altres recursos que són necessaris per a la prestació del servei, l'obligació de comptar amb un centre d'atenció ubicat a la ciutat de Girona i d'un altre centre de suport en el territori de Catalunya; obligació que la part recurrent considera que vulnera els principis de lliure concurrència i igualtat de tracte entre licitadors, atès que únicament beneficiaria a les empreses ja implantades en el territori, i contravé l'article 150 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (en endavant, TRLCSP), en tant que no és necessari ni té vinculació directa amb l'objecte del contracte.

Per tot això, AESTE sol·licita l'anul·lació d'aquesta previsió continguda en el plec tècnic o, subsidiàriament, l'esmena. I sol·licita també la suspensió de l'expedient de contractació fins la resolució del recurs.

TERCER. El mateix dia, la Secretaria tècnica del Tribunal va notificar a l'òrgan de contractació, amb remissió de còpia del recurs interposat, i va reclamar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb els articles 46.2 del TRLCSP, 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant, RD 814/2015).

En dates 3 i 6 de novembre de 2017, l'òrgan de contractació va completar la tramesa de la documentació de l'expedient de contractació i el corresponent informe.

QUART. Els dies 2, 7 i 29 de novembre de 2017, AESTE va acreditar, a requeriment d'aquest Tribunal, el pagament de la taxa per a la interposició del recurs i la presentació del preceptiu anunci previ davant l'òrgan de contractació i va aportar també còpia de l'acord del seu òrgan de govern favorable a la interposició del recurs.

CINQUÈ. El procediment de contractació resta suspès pel Tribunal, en virtut de la Resolució S-63/2017, de data 9 de novembre de 2017.

SISÈ. Obert per aquest Tribunal el període d'al·legacions a les parts interessades, segons la informació facilitada per l'òrgan de contractació, per tal que presentessin al·legacions, si així ho consideraven oportú.

En data 29 de març de 2018, l'empresa TELEVIDA SERVICIOS SOCIO SANITARIOS, SLU (en endavant, TSS) va presentar escrit d'al·legacions oposant-se al recurs.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 41.3 del TRLCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013.

SEGON. El contracte de serveis de referència, atès el seu caràcter harmonitzat, és susceptible del recurs especial en matèria de contractació, de conformitat amb l'article 40.1 del TRLCSP.

Respecte a la normativa aplicable a aquest contracte, de conformitat amb l'apartat 1 de la disposició transitòria primera de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP), que ha entrat en vigor el 9 de març de 2018, cal aclarir que aquesta licitació es regeix pel seu règim jurídic (TRLCSP i Directives de quarta generació) atès que es tracta d'un expedient de contractació iniciat abans de l'entrada en vigor de la LCSP.

Quant a la normativa aplicable per a la resolució del recurs especial en matèria de contractació, atès que el procediment de recurs es va iniciar abans de l'entrada en vigor de la

LCSP, de conformitat amb l'apartat 4 de l'esmentada disposició transitòria primera de la LCSP, continuarà tramitant-se aquest procediment fins a la seva resolució d'acord amb el TRLCSP.

TERCER. El recurs s'ha interposat contra els plecs que regeixen la licitació de referència, que són un acte objecte del recurs especial en matèria de contractació segons l'article 40.2.a) del TRLCSP.

QUART. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils previst a l'article 44.2 del TRLCSP, tant si es pren en consideració el 10 d'octubre de 2017, data de la publicació de la versió inicial del PCTP juntament amb l'anunci de licitació, com el 27 d'octubre de 2017, data de la publicació del PCTP amb la rectificació de l'apartat 5.2.1.3 impugnat.

CINQUÈ. El recurs també s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 44.4 del TRLCSP i, addicionalment, atenent el caràcter associatiu de l'entitat AESTE que ha presentat el recurs, juntament amb els seus estatus reguladors, ha aportat un certificat acreditatiu de l'acord del seu òrgan de govern que ratifica la interposició del recurs, a efectes de l'anàlisi de la legitimació d'aquesta associació, d'acord amb la doctrina que resulta d'aplicació (per totes, resolucions 163/2017, 142/2017, 124/2017, 194/2016, 61/2016, 48/2016, 150/2015, 110/2015, 91/2015 i 80/2015, en consonància amb la resta de tribunals de recursos contractuals i la jurisprudència del Tribunal Suprem reflectida, també per totes, en les sentències de 9 de maig de 2011, 5 de maig de 2010 i 5 de novembre de 2008).

SISÈ. El Tribunal aprecia que, en principi, AESTE pot tenir drets i interessos afectats per les condicions de la licitació que impugna, en la defensa i representació col·lectiva que s'atribueix en el recurs, i, per tant, legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 42 del TRLCSP i 16 del Decret 221/2013. La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, de conformitat amb l'article 44.4 del TRLCSP.

SETÈ. Amb caràcter previ a l'anàlisi del fons, aquest Tribunal es veu en l'obligació de recordar que els òrgans de contractació siguin especialment curosos a l'hora de publicar els plecs que regeixen la licitació, així com les seves esmenes.

En efecte, en el cas examinat, com s'ha referit en els antecedents de fet d'aquesta resolució, l'òrgan de contractació va publicar en el perfil de contractant, en data 10 d'octubre de 2017, l'anunci de licitació i el PCTP, entre d'altra documentació, sobre la base del qual les empreses interessades van obtenir la informació i documentació que regeix aquesta licitació i, per exemple, AESTE, va reaccionar-hi interposant aquest recurs.

Ara bé, en data 27 d'octubre de 2017, en el mateix espai d'aquesta licitació del perfil de contractant, però en l'apartat d'esmenes del tauler d'anuncis, l'òrgan de contractació va donar compte de la rectificació aprovada -precisament, de l'apartat 5.2.1.3 del PCPT que és objecte del recurs-, inserint-hi el PCTP definitiu resultant de la rectificació i sense reflectir aquesta esmena ni el nou plec en l'apartat corresponent de l'anunci de licitació destinat a publicar els plecs reguladors de la licitació.

Malgrat aquesta rectificació no afecta directament el criteri de territorialitat que constitueix el fons de l'assumpte -que es manté inalterada en l'apartat inicial del PCTP impugnat i en el posterior rectificat-, cal advertir d'aquesta circumstància en tant que, a la vista del recurs i la seva documentació adjunta, es posa de manifest que AESTE l'ha presentat i fonamentat a partir de la redacció inicial de l'apartat en qüestió del PCTP i això, doncs, és un indicatiu que les empreses interessades en aquesta licitació poden no estar elaborant les seves ofertes sobre la base de la redacció definitiva del PCTP, amb la consegüent possible afectació al principi de seguretat jurídica i als de publicitat, transparència i concurrència que l'òrgan de contractació ha de garantir en el procediment de contractació ex article 1 del TRLCSP.

VUITÈ. Entrant en l'anàlisi del fons, AESTE fonamenta el recurs en el fet que les exigències contingudes en l'apartat 5.2.1.3 del PCTP, referides a la necessària disposició de dos centres, un d'atenció a Girona i un altre de suport dins del territori de Catalunya, que entén que han d'estar a 30 minuts de distància, conculcarien el principi de no discriminació i restringirien la lliure competència, en tant que estarien introduint un criteri de territorialitat amb caràcter exclouent que no estaria, en aquest cas, justificat ni pel fet d'estar directament vinculat amb l'objecte del contracte ni per comportar un benefici significatiu per a l'execució de la prestació

licitada, en la mesura que entén que aquesta territorialitat no és necessària per a un servei de teleassistència.

En aquest sentit, amb cita de la doctrina dels tribunals de recursos especials, al·lega que el criteri de territorialitat configurat com a criteri de solvència o, com sosté que es dona en aquest cas, com criteri d'adjudicació, suposa una restricció a la concurrència i a la llibertat d'accés, per bé que només beneficia a les empreses ja implantades en el territori i, per tant, ha de ser anul·lat.

Per la seva banda, l'Ajuntament de Girona, en l'informe de data 3 de novembre de 2017, emès d'acord amb l'article 46.2 del TRLCSP, s'oposa al recurs defensant que l'obligació de disposar d'un centre d'atenció a la ciutat de Girona en cap cas es configura com un criteri de solvència tècnica ni com un criteri d'adjudicació -els quals venen establerts per les clàusules XIII.1 i XX del PCAP, respectivament-, sinó que és una condició d'execució de l'empresa contractista, que ha de complir en el moment d'iniciar-se el contracte i que, d'acord amb la doctrina, és vàlida sempre i quan s'acrediti que està directament vinculada amb l'objecte del contracte i que la seva concurrència implica un benefici significatiu en l'execució de la prestació i que, per tant, no és desproporcionada.

En aquest sentit, l'òrgan de contractació es remet al contingut de l'informe tècnic que adjunta, emès el mateix dia per la cap dels serveis socials especialitzats, i que conclou que aquestes condicions d'execució són imprescindibles per prestar el tipus de servei en els nivells de qualitat que vol oferir l'Ajuntament de Girona, atès que un centre d'atenció local determina el temps de reacció i ofereix una atenció més eficient. Addicionalment, en aquest mateix informe s'assenyala que no s'exigeix un centre d'atenció alternatiu a 30 minuts de distància (tal i com al·lega la recurrent), sinó que pugui fer passar les comunicacions del centre local a l'alternatiu en un temps màxim de mitja hora, cosa perfectament possible tecnològicament.

Finalment, en el tràmit d'al·legacions, l'empresa TSS ha defensat que la clàusula controvertida resulta conforme a l'article 118.1 del TRLCSP, atès que conté requisits no excloents que no produeixen cap limitació de la concurrència ni cap avantatge competitiu il·legítim al seu favor, pel fet de ser l'empresa que presta el servei en l'actualitat, en la mesura que qualsevol empresa del sector pot obrir o subcontractar els centres exigits en els plecs. Així mateix, al·lega que aquest tipus de clàusules responen a una finalitat social en tant que contribueixen a potenciar la generació de llocs de treball i l'activitat econòmica del mateix municipi, i a l'hora

permeten disposar d'un punt físic d'atenció al públic que dona visibilitat al servei públic gestionat indirectament per l'Ajuntament. Addicionalment, assenyala que la part recurrent interpreta incorrectament el plec, ja que no obliga a disposar d'un centre de suport a 30 minuts de distància, sinó només dins del territori de Catalunya.

NOVÈ. Exposades les postures de les parts, escau al Tribunal determinar si les exigències contingudes en l'apartat 5.2.1.3 del PCTP, relatives a la disposició d'un centre d'atenció i d'un altre de suport en un àmbit territorial determinat, suposen una vulneració dels principis de contractació pública invocats per la part recurrent i si, per tant, correspon anul·lar aquesta previsió del plec tècnic.

L'apartat 5.2.1.3 del PCTP, segons la redacció rectificada del plec, preveu el següent:

“5.2.1.3. Centre d'atenció

*L'empresa haurà de disposar **d'un Centre d'Atenció a la ciutat de Girona**, que doni cobertura al Servei Municipal de Teleassistència, com a mínim des de les 8 a les 22 hores. Les nits, caps de setmana i festius, es podrà donar cobertura des d'un altre centre d'atenció de la mateixa empresa, situat en un altre municipi. El Centre d'Atenció serà el responsable de la recepció i emissió de les comunicacions i avisos enviats des dels equipaments instal·lats en els domicilis de les persones usuàries (Terminal i UCR).*

(...)

També haurà de tenir un Centre d'Atenció alternatiu de suport, en territori de Catalunya, independent del principal, que garanteixi l'operativitat tècnica en cas d'emergència. La comunicació entre els dos centres s'haurà de fer en un termini màxim de 30 minuts. (...)

Valgui recordar que, sense afectar el que és objecte del recurs, el primer paràgraf transcrit es va veure modificat per la rectificació operada en el plec tècnic i la seva redacció -amb què, de fet, AESTE fonamenta el seu recurs- era la següent:

*“L'empresa haurà de disposar **d'un Centre d'Atenció a la ciutat de Girona**, que doni cobertura al Servei Local de Teleassistència les 24 hores del dia i els 7 dies de la setmana. Serà el responsable de la recepció i emissió de les comunicacions i avisos enviats des dels equipaments instal·lats en els domicilis de les persones usuàries (Terminal i UCR).”*

A parer d'AESTE, com s'ha dit, les obligacions contingudes en aquesta previsió implicarien la imposició d'un criteri d'arrelament territorial contrari a Dret, i que infringiria la lliure competència i els principis de concurrència competitiva, igualtat i no discriminació que han de regir en els procediments de contractació pública.

Efectivament, de la *ratio* dels articles 1 i 139 del TRLCSP es desprèn la prohibició de qualsevol forma de discriminació que, a través de l'aplicació de criteris distintius, distorsioni la llibertat de concurrència o els principis de llibertat d'accés a les licitacions, de publicitat, de transparència, de no discriminació i d'igualtat de tracte entre els licitadors. Així mateix, tant la doctrina dels tribunals de recursos com la jurisprudència comunitària s'han pronunciat en diverses ocasions, precisament, en el sentit de prohibir qualsevol discriminació als licitadors per la seva procedència geogràfica o ubicació, ja sigui com a criteri de solvència o com a criteri d'adjudicació, si aquestes previsions en plecs poden impedir la participació en la licitació o bé l'obtenció d'avantatges injustificats en la valoració de les ofertes, si aquestes circumstàncies es fonamenten únicament en raons d'arrelament territorial, declarant-les nul·les de ple dret (per totes, les resolucions 207/2015 d'aquest Tribunal i resolucions del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals -TACRC- 101/2013, 217/2012 i 139/2011).

En el mateix sentit, l'Informe 9/2009, de 21 de març, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa -JCCA- de l'Estat, conclouïa que l'origen, el domicili social o qualsevol altra indicatiu d'arrelament territorial d'una empresa no poden ser considerats com una condició d'aptitud per contractar amb el sector públic, ni poden ser utilitzats com a criteri de valoració.

Ara bé, en el supòsit que aquí s'examina, l'exigència continguda en l'apartat 5.2.1.3 del PCTP de disposar d'un centre principal d'atenció, així com d'un altre de suport, no és un requisit de solvència o admissió de l'empresa a la licitació, ni un requisit d'adjudicació del contracte o valoració de les ofertes, sinó que opera com una condició de la futura execució del contracte que, com a tal, no li resulta exigible a les empreses licitadores sinó únicament a l'empresa que resulti adjudicatària o "contractada", un cop s'iniciï el contracte.

No en va, i com encertadament s'apunta en l'informe del consistori, la citada previsió s'integra dins del capítol 5.2 del plec tècnic ("*Característiques tècniques de la prestació del servei. Responsabilitats específiques de l'empresa contractada. Sobre els recursos necessaris per a la prestació del servei*") i no, en canvi, entre els criteris de solvència tècnica (clàusula XIII del PCAP) ni tampoc entre els criteris d'adjudicació del contracte (clàusula XX del PCAP).

De la mateixa manera, l'informe de proposta d'inici de l'expedient de contractació, emès el 26 de setembre de 2017, ja preveia que "*Seran obligacions del contractista (...): 4. Disposar d'un Centre d'Atenció a la ciutat de Girona en el moment de l'inici de la prestació del servei*".

Així les coses, la doctrina dels tribunals de recursos especials que cita l'associació recurrent no és d'aplicació a aquest supòsit, atès que es refereix a licitacions on l'arrelament territorial ha estat configurat com un criteri de valoració i és evident que aquest no és el cas. Pel mateix motiu, tampoc resulta d'invocació l'article 150 del TRLCSP, relatiu als criteris de valoració de les ofertes, sinó, en tot cas, l'article 118 del TRLCSP, que preveu la possibilitat d'exigir en els plecs condicions especials d'execució del contracte, sempre i quan siguin compatibles amb el dret comunitari i se sotmetin a publicitat indicant-se en l'anunci de licitació i en el plec o en el contracte.

Precisament, l'Informe 6/2011, de 5 de juliol, de la JCCA de la Generalitat de Catalunya, sota la rúbrica *“Establiment de l'experiència i del fet de tenir una delegació en el lloc d'execució del contracte com a requisit de solvència, com a criteri d'adjudicació o com a condició d'execució dels contractes”* va establir que:

“(…) atès que en el marc de la prestació de contractes de serveis socials i sociosanitaris sembla que la proximitat en la ubicació de l'empresa que el dugi a terme porti aparellada una millor prestació del servei o, fins i tot, que aquesta proximitat sigui una condició necessària per executar el contracte en condicions òptimes, s'ha de considerar que la via més adequada per garantir la disposició d'una delegació en el lloc d'execució del contracte o als seus voltants seria establir aquest requeriment com una condició d'execució.

La possibilitat d'establir condicions especials d'execució es troba prevista a l'article 102 de la LCSP, el qual disposa que els poders adjudicadors poden exigir condicions especials en relació amb l'execució dels contractes, sempre que aquestes siguin compatibles amb el dret comunitari i s'indiquin en l'anunci de licitació o en el plec de condicions.

(…)

En definitiva, pel que fa al fet de valorar tenir oberta una delegació en el lloc d'execució del contracte com a criteri d'adjudicació, s'ha d'admetre de forma excepcional i condicionat al fet que es compleixin tots els requisits previstos en la normativa de contractació pública, als quals s'ha fet referència, de manera que només és admissible per al supòsit en què aquest requisit estigui íntimament vinculat amb l'objecte del contracte, pel fet de tractar-se d'una circumstància que, per si mateixa i de forma objectiva, comporti una millor proposició i, presumiblement, una execució més correcta del contracte. D'altra banda, la possibilitat d'establir-la com a condició d'execució del contracte requerirà que sigui necessària per a l'execució correcta del contracte o introdueixi millores pel que fa al seu objecte.” (el subratllat és nostre)

Per tant, la qüestió no pot ser analitzada en termes taxatius, sinó que cal determinar si, a la vista dels plecs de la licitació i de com aquests configuren les obligacions de la futura empresa adjudicatària i les condicions de l'execució, l'exigència de disposar de dos centres en un àmbit geogràfic concret pot considerar-se contrària als principis de la contractació o una necessitat

derivada de la pròpia naturalesa del contracte i que guarda relació directa amb el seu objecte. De trobar-nos en aquest darrer escenari, no podria negar-se la seva legalitat (també en aquest sentit, entre d'altres, l'abans citada Resolució 101/2013 del TACRC).

Contràriament al que sosté la part recurrent, la territorialitat dels locals a destinar en l'execució del contracte no resulta en aquest cas una condició desproporcionada, atès que de la lectura del plec tècnic es desprèn que la prestació del servei licitat comporta també l'execució per part de l'empresa contractada d'actuacions immediates amb atenció presencial, com ara les següents:

“5.1.3. Alta en el servei

(...) Aquesta serà la responsable de la instal·lació del terminal al domicili de la persona i de la corresponent alta efectiva en el servei de teleassistència. També serà l'encarregada del manteniment tècnic dels aparells i la substitució dels mateixos en el cas d'avaría o altres causes.

Per tant, l'empresa contractada realitzarà les següents tasques:

- Concertar telefònicament amb la col·laboració dels serveis socials municipals una visita domiciliària.*
- Visitar la persona al domicili per informar-la dels termes detallats en la prestació del servei (...).*

5.1.4. Procediment d'atenció i altres modalitats de prestació

L'atenció que es presta pel servei haurà de venir configurada per les següents modalitats i condicions:

a) Comunicacions bidireccionals entre la persona usuària i el Centre d'atenció

Consideracions generals:

(...)

En tots els casos, els/les teleoperadors/es hauran de comptar amb un suport de protocols d'actuació d'emergència i del suport de un/a supervisor/a del Centre d'atenció.

(...)

Tipologies de trucades:

(...)

Per emergència: Són trucades produïdes per situacions que impliquen risc per a la integritat física, psíquica o social de la persona o del seu entorn. Requereixen l'actuació i, en el seu cas, la mobilització de recursos del propi servei (...).

La resposta davant d'una trucada d'emergència es farà d'acord el protocol descrit a continuació i atenent als següents nivells:

(...)

Nivell 2. Resposta verbal amb mobilització de recursos

La mobilització de recursos al domicili de la persona ha de ser motivada per una emergència domèstica, social o sanitària. Podran ser recursos propis del servei de teleassistència, de referència de la persona o d'altres recursos públics o privats.

(...)

c) Valoració presencial de la persona usuària

El seguiment de les persones usuàries no es farà únicament per telèfon, sinó també presencialment. A més de la primera visita de valoració, l'equip d'atenció domiciliària de l'empresa haurà de visitar periòdicament els usuaris per mantenir actualitzada la informació i per conèixer l'evolució de la situació. (...) En tot cas, l'empresa contractada haurà de realitzar al menys una visita semestral (...).

Aquestes visites es realitzaran independentment de les visites que siguin necessàries per realitzar l'alta en el servei, instal·lació de terminals i manteniment tècnic del servei (...).

5.2.1.4. La Unitat Mòbil (UM)

La unitat mòbil és un recurs propi del servei de teleassistència que ofereix una primera resposta d'atenció a emergència social de forma presencial, operatiu les 24 hores i els 365 dies de l'any.

Aquest recurs el conformen un conjunt de mitjans humans i materials que complementen els serveis que es presten des del centre d'atenció, a través de la intervenció presencial en el domicili amb l'objecte de realitzar actuacions socials de primera resposta, seguiment de les persones usuàries o intervencions tecnològiques bàsiques.

Les seves funcions són:

- Aixecament de caigudes produïdes en el domicili (...).
- Intervenció en situacions de risc social per intents de robatori, violència domèstica i/o de gènere, accidents o sinistre a la llar.
- Donar suport en les situacions d'emergències sanitàries.
- Mobilització de les claus que tindrà en custòdia l'empresa (...).
- Acompanyament i seguiment dels casos en els que es detectin altres situacions de risc (...).
- Intervencions tecnològiques bàsiques relacionades amb el terminal i dispositius de teleassistència.

El temps màxim de resposta de la UM davant una emergència haurà de ser de 30 minuts (...)."
(el subratllat és nostre)

DESÈ. Arribats a aquest punt, valgui assenyalar també que aquesta qüestió ja fou examinada pel TACRC, amb ocasió de les resolucions 621/2015 i 515/2013 amb què es van desestimar els recursos que també havia interposat AESTE contra previsions del plec tècnic que, en termes pràcticament idèntics als de la clàusula que és aquí objecte d'impugnació, exigien disposar de dos centres, un d'atenció i un alternatiu de suport, en un àmbit geogràfic concret, per prestar serveis de teleassistència. Atesa la identitat que presenten aquests precedents amb el cas aquí analitzat, escau, doncs portar a col·lació el que el TACRC va apuntar:

“Del mismo modo y en lo que respecta a la ejecución de las prestaciones contractuales en la adscripción de medios la cláusula 14 del PPT “Recursos materiales y tecnológicos” se exige para la empresa adjudicataria (no para todas las licitadoras) que debe proporcionar y contar con los medios materiales y tecnológicos necesarios para la gestión y ejecución del servicio. Entre ellos, destaca;

‘14.1. CENTRO DE ATENCION DE TELEASISTENCIA.

Es el Centro que da cobertura al servicio 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) debe estar provisto de tecnología (Software de gestión del servicio, Hardware, Servidores, etc.), con capacidad para procesar dichas comunicaciones y avisos adecuadamente y proporcionar a los teleoperadores información sobre el dispositivo que las ha generado.

La empresa para la prestación del servicio, debe contar con al menos una Central principal de teleasistencia situada en la provincia de Valencia y otra Central de respaldo, independiente, perteneciente a la misma empresa adjudicataria situada en territorio español, que asegure como mínimo las comunicaciones de las personas usuarias con el CA habitual. (...)

(...) en el supuesto que es objeto de revisión, la exigencia de un centro de atención de teleasistencia en la provincia de Valencia, no opera como requisito de solvencia ni como criterio de adjudicación, lo cual sí implicaría un reproche de nulidad, sino que nos hallamos ante una obligación que ha de asumir la empresa adjudicataria del contrato de servicio.

En este sentido, el TRLCSP, en su artículo 64.2 dispone que: ‘Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario’. De acuerdo con el precepto citado, además de acreditar la solvencia o, en su caso, la clasificación que determinan la idoneidad o aptitud del empresario para realizar la prestación objeto del contrato, el órgano de contratación tiene la posibilidad 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 el ‘Centro de Atención de Teleasistencia’.

En definitiva, este compromiso de adscripción de medios se configura como una obligación adicional de proporcionar unos medios concretos, de entre aquellos 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 de los principios 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 económicamente 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, si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentación de las ofertas no vulneraba el principio de libertad de establecimiento, la obligación de disponer de ella ya en el momento de presentación de la oferta, 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 firme de tenerla.

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.**” (el subratllat i ressaltat és nostre)

En la mateixa línia, el TACRC va concloure també, en les resolucions 1103/2015 (on els plecs exigien disposar de plataformes de serveis a les ciutats de Madrid i Barcelona), 553/2014 (o d’una oficina a Mèrida) i la ja citada Resolució 101/2013 (una delegació de zona en cadascuna de les províncies on s’hagi d’executar el contracte), que aquestes exigències constitueixen condicions d’execució a complir per la futura adjudicatària i que no vulnereu la normativa ni principis que regeixen la contractació pública.

Així les coses, en el nostre cas analitzat, el criteri de territorialitat impugnat per AESTE no constitueix un criteri de solvència o admissió de les empreses a la licitació ni un criteri d’adjudicació o valoració de les ofertes, sinó una condició d’execució del contracte exigible a

l'empresa que resulti adjudicatària del contracte, que compleix amb els requisits de legalitat i publicitat que preceptua l'article 118 del TRLCSP.

A més, les característiques particulars d'actuació immediata amb atenció presencial que preveu la prestació objecte del contracte que ens ocupa separen notablement aquest servei del que seria simplement de teleassistència a distància que AESTE conceptua i defensa en el recurs, per la qual cosa la territorialitat dels locals a destinar en l'execució del contracte no resulta en aquest cas una condició desproporcionada.

Tampoc no resulta correcta la interpretació que ha donat AESTE als locals en qüestió segons la qual han d'estar a 30 minuts de distància, ja que aquest requisit no es desprèn en cap moment de la redacció de l'apartat del PCTP impugnat.

En conseqüència, decauen les pretensions d'AESTE i el recurs interposat ha de ser, doncs, desestimat íntegrament.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per la senyora S.V.P., en nom i representació de l'entitat ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (AESTE), contra els plecs que regeixen el contracte de serveis de teleassistència per a persones majors de 65 anys i persones en situació de dependència, que visquin soles o amb altres persones grans, a la ciutat de Girona, licitat per l'Ajuntament de Girona (expedient 2017037553).

2.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació acordada per aquest Tribunal en data 9 de novembre de 2017, a l'empara del que disposa l'article 47.4 del TRLCSP.

3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 47.5 del TRLCSP.

4.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 49 del TRLCSP.

Aprovat per unanimitat del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 5 d'abril de 2018.

Vist i plau

Carme Lucena Cayuela
Vocal, en substitució de la Secretària

Neus Colet i Arean
Presidenta