RE 134/2017

Acuerdo 120/2017, de 5 de diciembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por INNOVA BPO, S.L, frente a los Pliegos que rigen el contrato denominado «Prestación del servicio de teleasistencia domiciliaria de la Diputación Provincial de Zaragoza, excluida la capital, 2018-2020», promovido por la Diputación Provincial de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 28 de octubre de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de licitación del procedimiento denominado «Prestación del servicio de teleasistencia domiciliaria de la Diputación Provincial de Zaragoza, excluida la capital, 2018-2020», promovido por la Diputación Provincial de Zaragoza. El mismo anuncio fue publicado el 7 de noviembre en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza (BOPZ).

Se trata de un contrato de servicios licitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 2 269 440 euros, IVA excluido.

En el anuncio se indica que el plazo de presentación de proposiciones finaliza el 4 de diciembre de 2017.

SEGUNDO.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que rige la licitación, establece en la cláusula 7.ª, en relación con las condiciones especiales de ejecución del contrato, lo siguiente:

> *«Disponer de instalaciones, donde estará ubicado el centro de atención que atenderá la totalidad del servicio, en cualquier municipio de la Provincia de Zaragoza, incluida Zaragoza capital. El adjudicatario deberá permitir la visita de dicho centro en cualquier momento por parte de los técnicos de la Diputación Provincial».*

A su vez, la cláusula 18.ª, en relación con los recursos materiales requeridos al centro de atención, establece como requisito mínimo que debe tener el Centro de Atención, lo siguiente:

> *«Debe estar ubicado específicamente en una población de la provincia de Zaragoza, incluida la capital y estar operativo 24 horas 365 días al año, atendiendo todas las comunicaciones relativas al servicio, siendo posible la ubicación del soporte tecnológico, no de los teleoperadores/as, en cualquier otra localización».*

Por último, la cláusula 16.ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), establece para la acreditación de la solvencia técnica y profesional los siguientes medios:

> *«Una relación de los principales servicios de teleasistencia realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos…».*

TERCERO.- El 22 de noviembre de 2017 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Miguel Ángel Formoso Pérez en nombre y representación de la INNOVA BPO S.L, frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Prestación del servicio de teleasistencia domiciliaria de la Diputación Provincial de

Zaragoza, excluida la capital, 2018-2020», promovido por la Diputación Provincial de Zaragoza.

El recurso alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

a) Que consideran discriminatoria y contraria al principio de libre concurrencia la obligación impuesta por la Diputación en el PPT de que el Centro de Atención se encuentre ubicado en la provincia de Zaragoza, sin que se ponga de manifiesto ni se deduzca de su contenido la relación que con el servicio objeto del contrato tenga dicha exigencia. Alegan para ello varias resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Por el mismo motivo solicitan también la modificación del criterio de valoración relativo al centro de respaldo independiente, eliminando la referencia existente a la provincia de Zaragoza
b) Respecto a la acreditación de la solvencia técnica y profesional consideran que su limitación a servicios de teleasistencia es contraria a lo establecido en el TRLCSP y Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que se refiere a servicios igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato.

Por todo lo anterior, solicita la anulación de los pliegos y la retroacción del procedimiento al momento anterior a su aprobación para que sean objeto de modificación.

CUARTO.- Mediante Acuerdo 119/2017, de 28 de noviembre, este Tribunal ha anulado los pliegos de la licitación al estimar el recurso

presentado por la Federación Empresarial de la Dependencia, por existir un criterio de adjudicación ilegal por su vinculación a la solvencia.

QUINTO.- El 27 de noviembre de 2017, el Tribunal solicita a la Diputación Provincial de Zaragoza, en el plazo de dos días hábiles, la remisión del informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), pues el expediente completo había sido remitido con ocasión de la interposición del recurso RE 133/2017.

El 30 de noviembre tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

SEXTO.- No se procede por el Tribunal a evacuar trámite de alegaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP, por tratarse de un recurso especial sobre los pliegos.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa INNOVA BPO, S.L. (en adelante INNOVA), para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, en tanto en cuanto se trata de una empresa que puede tener interés en presentarse a la licitación.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a

60 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas). El recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- La razón del recurso, sin embargo, ha desaparecido como consecuencia del Acuerdo 119/2017, de 28 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que anuló la licitación impugnada.

La desaparición del objeto del recurso ha sido considerada, en nuestra jurisprudencia, como uno de los modos de terminación del proceso; tanto cuando lo impugnado eran disposiciones generales, en que la ulterior derogación de éstas, o su declaración de nulidad por sentencia anterior, ha determinado la desestimación del recurso, no porque en su momento no estuviere fundado, sino porque la derogación sobrevenida de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real; como en recursos dirigidos contra resoluciones o actos administrativos singulares, en los que se ha considerado que desaparecía su objeto cuando circunstancias posteriores les privaban de eficacia, hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia.

No obstante, por razones de economía procesal y de seguridad jurídica, y con objeto de evitar la posible interposición de un recurso frente a la nueva licitación, al tratarse de unos motivos de recurso distintos del planteado y resuelto en el Acuerdo 119/2017, este Tribunal considera oportuno pronunciarse sobre los requisitos de los pliegos en relación a la

exigencia de que el centro de atención se sitúe en cualquier municipio de la provincia de Zaragoza.

Para ello, debemos recordar que el Tribunal de Justicia de Unión Europea (en adelante TJUE), tiene consolidada una importante doctrina en cuanto a la exigencia de que los licitadores cuenten con oficinas, delegaciones, almacenes, centros de trabajo, etc., que este Tribunal no puede desconocer y que ya puso de manifiesto en su Acuerdo 23/2016, de 11 de marzo.

Con carácter general, es necesario afirmar, que todo criterio que resulte restrictivo, bien porque impida, obstaculice o haga menos atractivo el ejercicio de los derechos de los operadores económicos a participar en una licitación, debe, cuando menos justificarse y motivarse en base a la necesidad ineludible de la propia prestación que constituye el objeto del contrato. La justificación debe partir de la naturaleza de la prestación, de manera que se acredite o razone que, sin ese criterio, que resulta restrictivo, la prestación o no es viable o carece de sentido.

Las Sentencias del TJUE de 27 de octubre de 2005, asuntos C-158/03 y C-234/03, abordaron el supuesto en que la exigencia de una oficina abierta al público se configuraba como un requisito de admisión y un criterio de valoración de la oferta. La Sentencia del TJUE del Asunto C-158/03, en su párrafo 35, recuerda que, según una jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo

que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las Sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C19/92, apartado 32; Gebhard, antes citada, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, apartados 64 y 65).

Tanto el TJUE, como el TACRC —por todas, Resolución 955/2015, de 19 de octubre— sostienen que no es posible dar una respuesta general a la admisión, o no, de un supuesto de arraigo territorial de la empresa licitadora, sino que debe acudirse a las prestaciones propias de cada contrato para apreciar los requisitos expuestos. Y que resulta indiferente que la exigencia de una oficina, almacén, centro de trabajo o establecimiento, una delegación o un delegado sea exigible como un requisito de solvencia, una obligación de adscripción de medios materiales, un criterio de valoración de las ofertas, o bien exigirla como una prestación del contrato; puesto que cualquiera que sea la forma en que se configure una medida discriminatoria, o innecesaria para alcanzar los fines que se pretenden mediante el contrato, o desproporcionada para ello, vulnera los principios aplicables a la contratación pública, bien sea la necesidad de un trato igual y no discriminatorio, la libertad de acceso a las licitaciones o la concurrencia.

En definitiva, la exigencia o la consideración de un arraigo territorial de las empresas supone una limitación de la concurrencia y la libertad de acceso que debe encontrar su justificación en la naturaleza del contrato y la necesidad que éste satisface. Y, como toda excepción de los principios generales debe interpretarse de forma restrictiva, de manera que la medida resulte proporcional a los fines que la justifican.

En conclusión, afirma la Resolución 955/2015 TACRC, el ajuste a los principios enunciados de una determinada prestación como la

presencia de una oficina o almacén en un mismo lugar o en un sitio o localidad próxima a la que se preste el servicio debe apreciarse en cada caso concreto, y de esta evaluación resultará si la prestación es un elemento esencial, necesario, conveniente, accesorio o innecesario en consideración al objeto del contrato.

En este sentido se han pronunciado la mayoría de Tribunales administrativos de contratos; así la Resolución 356/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la que, tomando como referencia la doctrina tanto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado como del TACRC, el Tribunal resolvió que *«los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta, ni como requisitos de solvencia, ni como criterios de adjudicación, pues ello resulta contrario a Derecho y, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas impugnadas».*

TERCERO.- Si trasladamos las consideraciones anteriores al caso objeto de recurso, podemos extraer la conclusión de que si bien a la vista de las prestaciones objeto del contrato, resulta justificada la exigencia de que el adjudicatario cuente con un centro de trabajo en algún municipio de la provincia de Zaragoza, resulta desproporcionada el extender dicha exigencia al requisito de que los teleoperadores deban estar ubicados de forma obligatoria en la provincia de Zaragoza.

No cabe ninguna duda de que, como afirma el órgano de contratación en su informe al recurso, el servicio de teleasistencia domiciliaria no es un centro de atención telefónica, pero la exigencia de la cláusula 18ª del PPT al exigir que los teleoperadores se ubiquen de forma obligatoria en ese Centro de atención, y a la vista de los requisitos

mínimos que se precisan en dicho centro, resulta desproporcionada para el objeto del contrato; y, en su consecuencia, conculca los principios que han de regir la contratación pública.

El recurrente alega en su defensa la Resolución 595/2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en un procedimiento en el que se licitaba el servicio de atención telefónica a las mujeres del Instituto de la Mujer. Sin embargo, el objeto de ese contrato es más limitado que el servicio que es objeto de licitación por parte de la Diputación Provincial de Zaragoza. Y esto así porque, si bien en el servicio de teleasistencia domiciliaria tiene por objeto «*un servicio social de atención y apoyo personalizado, que permite a las personas usuarias, a través de una línea telefónica y con un sistema de comunicaciones e informático específico, disponer de un servicio de atención permanente, las 24 horas, todos los días del año, atendido por profesionales con formación especializada y medios técnicos, para dar respuesta adecuada a las situaciones de necesidad social o emergencia, incluida la movilización de recursos, si fuera necesario*» (cláusula 2.a del PPT); incluye características y prestaciones que justifican la exigencia de que el adjudicatario cuente con un centro/instalación en la provincia de Zaragoza como son:

1.- La instalación, mantenimiento y retirada de los terminales y periféricos, en el domicilio de la persona asistida (cláusula 10 PPT).

2.- Servicios de instalación, mantenimiento, reposición y garantía del equipamiento técnico (cláusula 13.4 del PPT).

3.- Movilización de recursos ante situación de emergencia, mediante unidad móvil si así lo ha indicado el licitador en su oferta técnica (cláusula 13.5.a del PPT).

Por último, nada que objetar respecto a la acreditación de la solvencia técnica y profesional mediante servicios de teleasistencia, tal y como se define en los pliegos, sin que pueda considerarse que dicha delimitación vulnere, como afirma la recurrente, la regulación de la solvencia en el TRLCSP o en el RGLCAP.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Inadmitir, por la pérdida sobrevenida del objeto del recurso al haberse anulado la licitación, el recurso especial presentado por D. Miguel Ángel Formoso Pérez, en nombre y representación de INNOVA BPO, S.L, frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Prestación del servicio de teleasistencia domiciliaria de la Diputación Provincial de Zaragoza, excluida la capital, 2018-2020», promovido por la Diputación Provincial de Zaragoza.

SEGUNDO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.