Tribunal Català de Contractes del Sector Públic

Carrer del Foc, 57
08038 Barcelona
Tel. 938 842 038

Barcelona, 22 de febrer de 2023

Resolució núm.: 133/2023 (recurs N-2022-0378)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per J.A.E.G., en nom i representació de la FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE LA DEPENDENCIA, contra els plecs que han de regir la licitació del contracte del servei de teleassistència avançada de l'AJUNTAMENT DE GIRONA, que tramita aquest ajuntament (expedient 2022024811), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 27 de juliol de 2022, l'AJUNTAMENT DE GIRONA (en endavant, l'Ajuntament o òrgan de contractació) va publicar la licitació en el perfil de contractant allotjat a la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, a través del qual va posar a disposició dels interessats els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT) que l'han de regir, entre altra documentació contractual.

En data 1 d'agost de 2022 també es va publicar en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) S146.

SEGON. En data 16 d'agost de 2022, la FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE LA DEPENDENCIA (en endavant, FED) va presentar en el registre electrònic del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal) recurs especial en matèria de contractació contra els plecs que han de regir la licitació.

En síntesi, el recurs es fonamenta en aquests motius:

1) Vulneració dels articles 100.2 i 102.2 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 (LCSP),

per considerar incorrecta la determinació del pressupost base de licitació (PBL), el valor estimat del contracte (VEC) i el preu del contracte, provocant la seva inviabilitat econòmica.

2) Vulneració dels principis de lliure concurrència i igualtat de tracte entre els licitadors, pel fet que els plecs fixen l'obligació de comptar addicionalment amb un segon centre d'atenció en el territori de Catalunya.

Per aquests motius, sol·licita, prèvia la suspensió del procediment de contractació, l'anul·lació dels plecs que han de regir la licitació.

TERCER. El mateix dia de la presentació del recurs, la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar-lo a l'Ajuntament i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i l'informe corresponent, d'acord amb la normativa d'aplicació.

La documentació va tenir entrada al Tribunal el 20 d'agost de 2022.

En l'informe jurídic aportat envers el recurs, l'Ajuntament sosté:

1) Pel que fa al motiu sobre la incorrecta determinació del PBL, el VEC i el preu del contracte, reconeix que, d'acord amb l'informe tècnic emès en data 18 d'agost de 2022, concorre un error en el PCAP i, en concret, en l'estudi econòmic i el PBL quant al personal necessari per executar la prestació, que cal corregir. Conseqüentment, informa que s'ha de modificar el PCAP.

   L'esmentat informe tècnic proposa a l'òrgan de contractació, d'una banda, observar si la partida del 5% addicional per afrontar altres despeses de personal previsibles en relació amb l'execució del contracte pot fer front a la despesa de subrogació del personal, i, de l'altra, imputar un oficial d'assistència addicional que no es va tenir en compte en els plecs, però sí en la memòria econòmica.

2) Pel que fa al motiu referent a l'arrelament territorial, informa que aquesta qüestió ja va ser analitzada i resolta en la Resolució 52/2018 d'aquest Tribunal, que va concloure que el criteri de territorialitat impugnat no constituïa 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 resultés adjudicatària del contracte que no resultava desproporcionada.

3) En relació amb la sol·licitud de la mesura cautelar de suspensió del procediment, mostra la seva conformitat atesa l'evidència de l'error detectat en el PCAP respecte el PBL, que privaria de la possibilitat de presentar ofertes viables per part dels licitadors.

QUART. En data 17 d'agost de 2022, la Secretaria Tècnica del Tribunal va requerir l'entitat recurrent a fi que esmenés el recurs per acreditar la seva capacitat processal.

CINQUÈ. El procediment de contractació resta suspès pel Tribunal en virtut de la Resolució S-63/2022, de 5 d'octubre de 2022.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per pronunciar-se sobre el recurs especial en matèria de contractació presentat, de conformitat amb l'article 46.2 de la LCSP, 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. La licitació es tramita per un poder adjudicador, els plecs qualifiquen el contracte de serveis i li fixen un VEC d'1.474.202,40 euros.

D'acord amb aquestes dades, el contracte impugnat és susceptible del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

TERCER. El recurs es dirigeix contra els plecs que regeixen la licitació, que són un acte expressament previst per l'article 44.2 a) de la LCSP com a objecte del recurs especial en matèria de contractació.

QUART. Atenent el caràcter associatiu de la part recurrent, la FED ha aportat, juntament amb els seus estatuts reguladors, un certificat acreditatiu de l'acord del seu òrgan de govern

favorable a la interposició del recurs, a efectes de l'anàlisi de la seva legitimació, d'acord amb la doctrina que resulta d'aplicació (per totes, les resolucions 300/2022, 259/2022, 391/2020 394/2019, 359/2019, 280/2019, 93/2019 d'aquest Tribunal, en consonància amb la resta de tribunals de recursos contractuals i la jurisprudència del Tribunal Suprem reflectida, també, per totes, en sentències de 9 de maig de 2011, 5 de maig de 2010 i 5 de novembre de 2008).

És per això que el Tribunal aprecia que, en principi, la FED 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 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, d'acord amb l'article 51.1 a) de la LCSP.

CINQUÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1 de la LCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix amb els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

SISÈ. Entrant a analitzar els motius de fons del recurs, pel que fa al primer, tot el seguit d'al·legacions del recurs qüestionen la incorrecta determinació del PBL i el VEC pel fet de considerar que no estan correctament dimensionats, no inclouen el cost del personal a subrogar i no s'està atenent al número de determinades categories professionals fixat en els plecs per a l'execució del contracte.

Respecte aquest primer motiu, en l'informe de recurs, l'òrgan de contractació no només no s'oposa als arguments de la recurrent, sinó que admet l'existència d'un error en l'estudi econòmic i el PBL pel que fa el personal necessari per executar la prestació i, conseqüentment manifesta que s'ha de modificar el PCAP en atenció a l'informe tècnic de data 18 d'agost de 2022.

Al respecte d'aquestes qüestions, es fa necessari recordar, que és l'òrgan de contractació qui gaudeix de la potestat discrecional, ja que és qui coneix les seves necessitats de contractació, a l'hora de dissenyar el contracte i establir el dimensionament i les característiques de la prestació que considera òptims per donar satisfacció a les necessitats públiques a cobrir. Tot això, a fi de garantir, en connexió a l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de les

despesa, una eficient utilització dels fons públics *ex* article 1 de la LCSP (entre moltes altres, les resolucions 323/2019, 10/2019, 240/2018, 133/2018, 131/2018, 127/2018, 88/2018, 158/2017 i 196/2016 d'aquest Tribunal i 621/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC-). En aquest sentit, l'actuació de l'òrgan de contractació ve delimitada per l'exigència que estableix l'article 28 de la LCSP, en seu de la necessitat i idoneïtat del contracte, quan estableix que els òrgans de contractació no poden subscriure altres contractes que els que siguin necessaris per al compliment i la realització dels seus fins i que correspon a l'òrgan de contractació definir les necessitats a satisfer i determinar les característiques dels productes a subministrar, els serveis a prestar o les obres a realitzar.

Per altra banda, cal recordar que l'òrgan de contractació, a l'hora d'elaborar els plecs i els elements econòmics del contracte, ha de prendre com a referència les previsions dels convenis col·lectius i els preus habituals en el mercat en el moment de la licitació *ex* articles 100.2 de la LCSP, quant al PBL, i 101.2 i 7 de la LCSP, quant al VEC, a fi que el preu del contracte resulti ajustat a preus de mercat, tal com exigeix l'article 102.3 de la LCSP.

Així mateix, aquest Tribunal es veu amb la necessitat de reiterar el criteri doctrinal segons el qual el fet de no incloure els costos de subrogació en el PBL i el VEC, no vicia, d'entrada, la determinació d'aquestes magnituds econòmiques ni la fixació del preu del contracte de forma ajustada per al seu compliment efectiu, en tant que els articles 100.2, 101.2 i 102.3 de la LCSP vinculen la correcta determinació als costos que comprengui en cada cas l'execució del contracte que es liciti, ajustats a les necessitats estimades, com puntualitza l'apartat 10 de l'article 101, i determinats a partir del conveni laboral de referència en el sector.

A més, tal com també és doctrina assentada en l'àmbit de la contractació pública, la mesura de la subrogació laboral és, certament, una dada, però no l'única, a tenir en compte per l'òrgan de contractació en la confecció de la futura licitació i l'ajust del PBL a preus de mercat (entre d'altres, les resolucions 356/2021, 156/2021, 403/2020, 402/2020, 397/2020 i 178/2020 d'aquest Tribunal, 1162/2018 del TACRC, 102/2018 i 42/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid -TACPM- i l'Acord 90/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón –TACPA-).

Així, l'eventual subrogació laboral no pot condicionar l'òrgan de contractació fins al punt d'erigir-se en un contingent mínim a incloure en les successives licitacions, en tant que aquestes s'han de dissenyar, dins dels marges de discrecionalitat de què disposa, per satisfer les estrictes necessitats que presenti el servei a contractar, dins dels principis d'idoneïtat i eficiència que estableix l'esmentat article 28 de la LCSP.

Igualment, cal recordar que la subrogació assegura l'estabilitat en l'ocupació, però no en el lloc de treball en concret, de manera que, en cas d'esdevenir l'empresa adjudicatària del contracte i produir-se la subrogació, no necessàriament ha d'adscriure el personal provinent d'aquesta al mateix servei licitat.

Això és així en tant que, bé pot produir-se que determinades persones treballadores de forma voluntària no se subroguin amb el nou empresari, com també que aquest, d'acord amb la seva política de recursos humans, pugui reassignar-les i destinar-les a altres serveis de l'empresa, segons el seu perfil, quedant el destí del personal, en definitiva, dins de l'esfera de direcció i organització empresarial en els termes legalment previstos.

Per això, a l'hora de licitar un contracte i fixar-ne els elements econòmics, l'òrgan de contractació ha de subjectar-se als principis i objectius d'eficiència i estabilitat pressupostària que estableix l'article 1 de la LCSP, i l'ha de projectar d'acord amb les necessitats concretes que tingui en cada moment, conformement amb els articles 28 i 101.10 de la LCSP, corresponent a l'empresa que resulti contractista l'assumpció, gestió i organització del personal adscrit a la prestació del servei, podent adscriure el personal subrogat a aquest o a altres serveis o, fins i tot, prescindir-ne, d'acord amb la normativa laboral (en aquest sentit, les resolucions 403/2020, 402/2020 i 178/2020 d'aquest Tribunal, 353/2020, 131/2020 i 50/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, 699/2020, 695/2019 i 156/2019 del TACRC, 5/2019 de l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi – OARCE-, i 137/2019, 104/2018, 358/2017 i 144/2017 del TACPM).

Per tot l'exposat, i en atenció a la voluntat manifestada per part de l'òrgan de contractació de corregir el PCAP per l'existència d'un error en la configuració del PBL del contracte, escau estimar el primer motiu del recurs, en el sentit de retrotraure les actuacions al moment anterior a l'aprovació dels plecs, per tal que l'òrgan de contractació dimensioni adequadament el PBL i el personal necessari per l'execució del contracte, d'acord amb la normativa d'aplicació i la doctrina exposades.

SETÈ. Pel que fa el segon motiu del recurs, la FED sosté que l'exigència establerta en la clàusula 5.2.1.3 del PPT, referida a la necessària disposició d'un centre d'atenció de suport dins del territori de Catalunya, vulnera els principis de lliure concurrència, igualtat i no-discriminació.

En primer lloc, la recurrent porta a col·lació la Resolució 46/2019, de 17 d'abril, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, per la qual es conclou que el requisit de disposar d'una central d'atenció ubicada específicament a Castella i Lleó no guarda vinculació directa amb l'objecte del contracte i, a més, no es justifica en l'expedient de contractació quin benefici podia tenir la localització per la prestació del servei.

Traslladant tals consideracions al cas examinat, la recurrent sosté que cap de les raons exposades en l'informe de necessitat de l'expedient de contractació no justifiquen la introducció del criteri d'arrelament territorial relatiu a l'obligació que el centre d'atenció alternatiu estigui ubicat a Catalunya, i efectua aquests arguments*:*

- La ubicació del centre d'atenció alternatiu és completament independent de la ubicació de les unitats mòbils i en res no afecta a la seva capacitat de resposta. En qualsevol cas, les unitats mòbils estan ubicades a Girona i la seva mobilització es realitzarà per mitjans telefònics, estigui ubicat el centre d'atenció addicional a Catalunya o en qualsevol altre lloc del territori espanyol.

- Un centre d'atenció alternatiu ubicat, per exemple, a Alcanar (Tarragona), a quasi 300 kilòmetres de Girona, no té res a veure amb l'entorn de l'espai en el qual resideixen els destinataris del servei ni afavoreix la imbricació en el seu entorn sanitari, social i territorial.

- No es justifica que s'admeti la ubicació del centre d'atenció alternatiu a Alcanar (Tarragona), ubicat a quasi 300 kilòmetres de Girona, i no s'admeti, per exemple, un centre d'atenció alternatiu ubicat a Altorricón (Osca), a escassos 250 kilòmetres i, per tant, més pròxim.

- El fet que la clàusula 5.1.4 del PPT exigeixi que els teleoperadors es dirigeixin a l'usuari en la llengua d'aquest –català o castellà– tampoc no justifica l'exigència relativa a la ubicació del centre, donat que aquest requisit pot complir-se exactament igual, amb teleoperadors bilingües, amb independència de la ubicació geogràfica del centre. No és en absolut necessari que el centre s'ubiqui a Catalunya per a què els teleoperadors que atenguin parlin el català.

Finalment, indica que, d'acord amb el PPT, el servei prestat des del centre d'atenció és completament telemàtic i no existeix justificació per a què el centre d'atenció addicional s'ubiqui a un determinat àmbit geogràfic.

Al seu torn, l'òrgan de contractació ha remès a l'informe tècnic que justifica en l'expedient l'exigència dels centres d'atenció per l'execució del contracte per part de l'empresa que resulti adjudicatària del contracte. I, pel que fa la seva proporcionalitat, informa que no s'exigeix que els centres siguin necessàriament de titularitat o propietat de l'empresa que presti el servei, deixant a criteri de les empreses licitadores la utilització de les diferents formes jurídiques per poder acomplir l'obligació (subcontractació, constitució d'unions temporals d'empreses o la integració de la solvència amb mitjans externs).

Així mateix, manifesta que aquesta qüestió ja va ser resolta per aquest Tribunal en la Resolució 52/2018, que va conèixer la licitació del mateix contracte amb idèntica clàusula de territorialitat dels centres d'atenció i va considerar que no era una condició d'execució desproporcionada perquè l'objecte del contracte requeria d'una atenció immediata amb atenció presencial i no es va configurar com un criteri de solvència ni com un criteri d'adjudicació, sinó com una condició d'execució del contracte per l'empresa contractista.

VUITÈ. Exposades les posicions de les parts, escau determinar si l'exigència continguda en l'apartat 5.2.1.3 del PPT, relativa a la disposició d'un centre alternatiu situat a Catalunya, únic que es discuteix en el cas examinat i, concretament, per raó de la ubicació geogràfica -a diferència del supòsit analitzat per aquest Tribunal en la Resolució 52/2018 que l'Ajuntament porta a col·lació-, suposa la vulneració dels principis de contractació pública invocats per la recurrent i si, per tant, correspon anul·lar aquesta clàusula.

L'apartat 5.2.1.3 del PPT preveu el següent pel que fa al segon centre d'atenció exigit per a l'execució del contracte (el subratllat és nostre):

> *"**5.2.1.3. Centre d'Atenció***
>
> *L'empresa adjudicatària haurà de disposar, durant l'execució del contracte 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 els dies feiners, de dilluns a divendres. <u>Les nits, caps de setmana i festius, es podrà donar cobertura des d'un altre Centre d'Atenció de la mateixa empresa, situat a Catalunya.</u> 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).*
>
> *El Centre d'Atenció haurà de disposar de la tecnologia (software de gestió de servei, hardware, servidors, etc) amb capacitat suficient per processar les comunicacions i avisos adequadament i proporcionar als operadors la informació sobre el dispositiu que les genera.*
>
> *<u>El centre alternatiu de suport haurà de ser independent del principal per poder operar en cas d'avaries o incidències que l'inhabilitin</u>, i doni resposta tècnica en un temps no superior a 30 minuts.*

Aquest temps no es refereix a distància física, sinó a què el traspàs de les comunicacions d'un centre a l'altre s'ha de fer en menys de mitja hora. (...)".

D'aquesta previsió, es desprèn que l'empresa que resulti contractista haurà de posar a disposició dos centres d'atenció: un de principal a la ciutat de Girona, per donar cobertura al servei, com a mínim, des de les 8 a les 22 hores els dies feiners, de dilluns a divendres, i un alternatiu de suport situat a Catalunya i independent del principal, per poder operar fora de l'horari del principal i també en cas de fallada d'aquest.

L'anàlisi del Tribunal requereix recordar, en primer terme, que sobre aquests tipus de criteris, s'ha configurat una doctrina -tant dels tribunals de recursos com de la jurisprudència comunitària- 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 els 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 (entre d'altres, les resolucions 61/2022,192/2021, 341/2019, 272/2019, 107/2018, 52/2018 i 207/2015 d'aquest Tribunal i resolucions del TACRC 76/2016, 621/2015, 553/2014, 515/2013, 101/2013, 217/2012 i 139/2011).

També cal tenir en compte les previsions de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat (LGUM), l'article 9 de la qual compel·leix les autoritats públiques a vetllar per la garantia de les llibertats d'establiment i circulació dels operadors econòmics, essent aquesta una premissa aplicable, en particular, a *"c) La documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos.*

Per això, la doctrina administrativa ha mostrat la necessitat de ser especialment garant davant qualsevol restricció a la lliure concurrència fonamentada directament o indirectament en l'anomenat "arrelament territorial", admetent-lo majoritàriament, i en una interpretació necessàriament restrictiva, en l'àmbit de les condicions d'execució dels contractes, sempre que, d'acord amb l'article 202 de la LCSP, estiguin vinculades a l'objecte del contracte, no siguin directament o indirectament discriminatòries, siguin compatibles amb el dret comunitari i s'indiquin en l'anunci de licitació i en els plecs (per totes, les resolucions 90/2021, 272/2019, 107/2018, 88/2018 i 52/2018). En canvi, amb caràcter general, la doctrina ha mostrat un criteri contrari a l'admissió d'aquestes clàusules com a criteris de solvència o admissió a la licitació o com a criteris d'adjudicació del contracte, en ésser proclius a atorgar un tracte discriminatori i avantatges injustificats en la valoració de les ofertes (en aquest sentit, les resolucions

345/2019, 170/2018 i 207/2015 d'aquest Tribunal, 895/2022, 184/2021, 406/2019, 191/2017, 76/2016, 119/2016, 69/2015, 101/2013, 21/2013, 217/2012, 139/2011 i 29/2011 del TACRC, 410/2015 i 356/2015 del TARCJA i 73/2017 de l'OARCE).

Sigui com sigui, la doctrina parteix de la jurisprudència europea sobre les clàusules de territorialitat en els contractes públics plasmada, fonamentalment i entre d'altres, en la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) de 27 de octubre de 2005 [assumpte C-234/03, *Contse, SA i altres/Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)*], la qual va assentar els requisits per a la seva admissibilitat (el subratllat és nostre):

> "*25 Es preciso recordar, como han hecho todas las partes que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, que, con independencia de lo dispuesto en el artículo 46 CE y según reiterada jurisprudencia, 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, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, Rec. p. I-13301, apartados 64 y 65)."*

Així, les clàusules de territorialitat, ja s'incardinin com a criteris de solvència, criteris d'adjudicació o condicions especials d'execució, han de complir, a més dels requisits que la LCSP assenyala respectivament en cada cas, les condicions establertes per la via jurisprudencial assentada pel TJUE. I, una vegada més, es requereix l'adequada justificació de l'òrgan de contractació que, en definitiva és qui, en exercici de la potestat discrecional de què gaudeix en la definició dels elements estructurals del contracte, ha de motivar adequadament la concurrència dels diferents requeriments establerts per una i altra (en aquest sentit, entre d'altres, l'Acord 23/2016 del TACPA).

En conclusió, tant de la jurisprudència com de la doctrina dels Tribunals contractuals es pot afirmar que els criteris d'arrelament territorial, amb independència de la forma en què s'estableixin –com a requisit de solvència, com a criteri de valoració de les ofertes o com condició d'execució del contracte-, atesa l'excepcionalitat que suposen per l'afectació al principi de lliure concurrència, han d'estar definits i justificats d'acord amb la naturalesa, objecte i necessitat del contracte i sempre des de la perspectiva que no existeixi una alternativa més adequada per a l'assoliment de l'objectiu perseguit.

En el cas objecte d'anàlisi, val a dir que l'exigència continguda en l'apartat 5.2.1.3 del PPT de disposar d'un centre d'atenció de suport a Catalunya no ve configurat com un requisit de solvència o admissió de les empreses a la licitació, ni com un criteri de valoració de les ofertes o d'adjudicació del contracte, sinó que opera com una condició de la futura execució del contracte que, com a tal, no resulta exigible a les empreses licitadores sinó únicament a l'empresa que resulti contractista, per a l'execució del servei.

Així doncs, resulta necessari analitzar a la vista dels plecs de la licitació i de com aquests configuren les obligacions de la futura empresa contractista i les condicions de l'execució, si l'exigència de disposar del segon centre d'atenció en un àmbit geogràfic concret pot considerar-se contrària als principis de la contractació des de la perspectiva dels quatre requisits assenyalats per la jurisprudència comunitària.

De l'anàlisi del PPT, es desprèn que la prestació del servei licitat comporta també l'execució per part de l'empresa contractada d'actuacions immediates amb atenció presencial o desplaçament al domicili de la persona usuària, motivades o no per l'alerta del centre d'atenció –ja sigui el centre principal de Girona o el secundari en qüestió-, com ara les següents (el subratllat és nostre):

> ***"5.1.3. Alta en el servei***
>
> *(...) Aquesta* [l'empresa contractista] *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'avaria 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: (...).*
>
> *Un cop que l'Ajuntament ha aprovat el servei i ha informat a l'empresa, cal concertar una nova visita per instal·lar el terminal en les condicions i terminis prèviament acordats. La instal·lació serà realitzada per tècnics especialitzats, que estaran sempre acreditats i que oferiran degudament a la persona la informació sobre l'ús i el manteniment dels aparells.*
>
> *(...)*
>
> *En la visita de instal·lació, es realitzaran les proves tècniques que sigui necessàries des del domicili per verificar la cobertura.(...)*

Si es comprova una avaria o fallida del sistema, el manteniment tècnic dels aparells es realitzarà en les 48 hores següents a la detecció de la incidència. Els equips hauran d'estar programats per realitzar una comprovació automàtica de funcionament al menys un cop cada quinze dies.

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:

(...)

Totes les comunicacions entrants s'han de respondre en un temps mitjà màxim de 10 segons, a comptar des de l'entrada de la trucada en el Centre d'Atenció i la durada serà la necessària per atendre l'emergència o demanda que es faci.

(...)

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

(...)

Tipologies de trucades:

(...)

*- **D'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, de l'entorn de la persona usuària, i/o de recursos com ara socials o sanitaris, d'emergències o de forces de seguretat, o d'altres.*

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.

(...)

b) 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 (...).

5.1.5. Suspensió temporal en el servei

(...)

En el procés de suspensió temporal del servei, l'empresa contractada haurà de tenir en compte que: (...)

h) Si s'ha procedit a la retirada del terminal, la reinstal·lació es farà en un període no superior a 48 hores.

(...)

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, quan el Centre d'atenció i els serveis sanitaris descartin que s'ha produït una lesió que requereixi la intervenció d'un servei de salut.

• 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 (...)."

Així mateix, de l'informe justificatiu de la necessitat de la contractació (document 1 de l'expedient de contractació) es desprenen els motius pels quals s'exigeixen els centres d'atenció territorialitzats, en els termes següents (el subratllat és nostre):

"La prestació del servei d'assistència comporta l'execució d'actuacions immediates amb atenció presencial, d'acord amb les previsions del plec de prescripcions tècniques, de manera que la capacitat de resposta davant d'emergències dels usuaris és un element determinant per a la correcta execució de les prestacions. En aquest sentit, el fet que l'adjudicatari disposi d'un centre d'atenció territorialitzat (situat a Girona o a Catalunya, segons el cas, en funció de les necessitats, en els

termes previstos al plec tècnic) i d'un vehicle per a les funcions d'unitat mòbil permet realitzar aquestes actuacions presencials més eficaçment des d'un punt de vista logístic i operatiu, d'acord amb les necessitats del servei.

Igualment, el fet de disposar d'un centre d'atenció situat físicament a l'entorn de l'espai en què resideixen els destinataris del servei afavoreix la imbricació en el seu entorn sanitari, social i territorial. En aquest sentit, el servei de teleassistència que es contracta té una sèrie de singularitats derivades de les circumstàncies personals dels seus destinataris que fan que un major coneixement de l'entorn en què es desenvolupen els usuaris comporti, a la pràctica, un servei qualitativament més adequat a les necessitats que s'han de satisfer.

L'exigència d'un centre alternatiu de suport es justifica per la necessitat de garantir la continuïtat del servei en cas d'incidències que n'interrompin la prestació des del centre principal, tenint en compte que es tracta d'un servei social de caràcter assistencial d'especial sensibilitat. D'altra banda, atenent al ritme real de demanda segons els dies de la setmana i les franges horàries, i per una qüestió de proporcionalitat, no es fixa com a obligatori que el servei s'hagi de prestar les 24 hores del dia els 365 dies de l'any des del centre principal, sinó que es permet que aquest centre ofereixi atenció durant el dia els feiners, ja que és quan hi ha més demanda, i que en horari nocturn i els caps de setmana i festius es pugui prestar el servei des del centre que ha de fer l'atenció en cas de caiguda del primer centre."

De les previsions dels plecs i de la justificació descrites, doncs, s'observa que el servei de teleassistència objecte del contracte comporta també l'actuació immediata amb atenció presencial, i això fa que sigui un element determinant per a la correcta execució de les prestacions la capacitat de resposta davant les demandes dels usuaris. Així mateix, la ubicació dels centres d'atenció al terme de Girona i a Catalunya es justifica en el fet que aquesta localització permet realitzar les referides actuacions presencials més eficaçment des d'un punt de vista logístic i operatiu i afavoreix la seva imbricació en l'entorn sanitari, social i territorial dels destinataris. I, més enllà d'aquesta motivació conjunta, la raó de ser del centre addicional o de suport situat a Catalunya es justifica, essencialment, per tal de poder donar cobertura al servei quan el centre principal situat al terme de Girona està fora d'horari o no operatiu per incidències.

Doncs bé, aquest Tribunal no nega la necessitat que el servei municipal d'assistència hagi de disposar de dos centres d'atenció, a fi que el segon o addicional, independent del principal, pugui donar cobertura al servei (no només en els casos de serveis d'alerta o situacions d'emergències domiciliàries, sinó també en el compliment dels terminis de les prestacions previstes en el PPT que necessiten d'una atenció presencial) quan el centre principal no estigui disponible, especialment, per raó de fallada tècnica.

Si bé el Tribunal aprecia així que el segon centre d'atenció pot respondre a una necessitat imperiosa i resulta adequat per garantir la realització del servei que és objecte del contracte,

no pot concloure el mateix quant a la coherència i raonabilitat de la motivació del centre en la ubicació geogràfica exigida, per inexistent (en aquest sentit, també, les resolucions 967/2015 i 438/2014 del TACRC), si el segon centre, si més no, ha de participar de les mateixes característiques que el centre principal, entre les quals les de permetre realitzar les actuacions presencials més eficaçment, i tenint en compte, a més, que, per al cas de resultar necessària la mobilització dels serveis especialitzats i d'emergències esmentats en el PPT, el servei telefònic 112 és comú no només a l'àmbit dels estats membres de la Unió Europea.

Per aquest motiu, no queda motivat en l'expedient de contractació que la ubicació geogràfica del centre d'atenció addicional no vagi més enllà d'allò que resulta estrictament necessari per acomplir el seu objectiu, explicant-se únicament en clau d'arrelament territorial i, per tant, resultant discriminatòria la seva aplicació per a les empreses que puguin oferir altres localitzacions, fins i tot més properes als destinataris del servei, tal com apel·la l'informe justificatiu de la contractació, que pugin satisfer igualment les necessitats indicades per l'òrgan de contractació.

En conseqüència, escau estimar el segon motiu del recurs i declarar la nul·litat de la clàusula 5.2.1.3 del PPT, quant a la localització geogràfica exigida del centre d'atenció addicional o de suport, en no resultar degudament motivada en l'expedient i imposar, així, una restricció injustificada per raó del territori, que l'òrgan de contractació haurà de justificar i adequar d'acord amb la normativa i la doctrina exposades.

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

ACORDA

1.- Estimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per J.A.E.G., en nom i representació de la FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE LA DEPENDENCIA, contra els plecs que han de regir la licitació del contracte del servei de teleassistència avançada de l'AJUNTAMENT DE GIRONA, que tramita aquest ajuntament (expedient 2022024811), d'acord amb els fonaments jurídics sisè i vuitè d'aquesta resolució.

2.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació acordada per aquest Tribunal mitjançant la Resolució S-63/2022, de 5 d'octubre.

3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de temeritat o mala fe en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.

4.- Indicar a l'òrgan de contractació que, d'acord amb l'article 57.4 de la LCSP, ha de donar coneixement a aquest Tribunal de les actuacions que adopti per complir aquesta resolució.

5.- 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 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 22 de febrer de 2023.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Carme Lucena Cayuela
Presidenta