

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 16 de diciembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don M.F.R., en nombre y representación de Innova Data Center, S.L. (INNOVA), contra el Pliego de Prescripciones Técnicas, del contrato “Servicio de cita previa para solicitantes del sistema de atención a la dependencia de la Comunidad de Madrid”, número de expediente: 026/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 27 de noviembre de 2015 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM), el anuncio de la convocatoria de la licitación correspondiente al servicio mencionado, promovido por la Consejería de Políticas Sociales y Familia, con un valor estimado de 387.545,88 euros y criterio único precio.

Cabe destacar, a efectos del contenido del presente recurso, que según el apartado 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), el objeto del contrato consiste en dar cita previa para la valoración de la dependencia. Para ello, *“la empresa que resulta adjudicataria deberá contactar con los solicitantes a fin de concretar con ellos día y hora de citación cumpliendo los siguientes objetivos:*

- *Proporcionar día y hora de cita al ciudadano solicitante de dependencia.*
- *Configurar las agendas de citación en función de las citas potenciales proporcionadas por la Dirección General de Atención a la Dependencia y al Mayor.*
- *Mantener actualizado el sistema de información, anotando tanto las citas concertadas así como cualquier incidencia que haya impedido la concertación de la cita.*
- *Confirmar la cita con el ciudadano con 48 horas de antelación por el medio acordado con el usuario (llamada telefónica, SMS, correo electrónico, etc.)”.*

Según establece el apartado 2.1 del PPT el adjudicatario del servicio deberá establecer un call center para realizar y gestionar todas las llamadas que sean necesarias para establecer las citas de las agendas de los valoradores.

El punto 3.5 del PPT, relativo a los medios materiales necesarios para la prestación del servicio, establece: *“El servicio objeto del presente pliego de prescripciones técnicas, será prestado en las dependencias y locales propios de la empresa adjudicataria del contrato, que deberá cumplir con el requisito de su ubicación física dentro del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid”.*

Segundo.- El 7 de diciembre de 2015, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 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), la recurrente presentó recurso especial en materia de contratación, ante este Tribunal, que ese mismo día requirió al órgano de contratación para que remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, que fueron remitidos el 10 de diciembre.

Solicita la recurrente la nulidad del PPT, en concreto del apartado 3.5 en cuanto al requisito de que el servicio objeto del pliego sea prestado en las dependencias y locales ubicados dentro del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.

Por su parte el órgano de contratación en el informe, considera que no existe base para el recurso presentado en la medida en que la previsión del PPT se considera como derivada de la propia naturaleza del contrato y por lo tanto, no limitativa de la concurrencia ya que no se establece ni como criterio de solvencia ni como criterio de adjudicación, sino como una condición de ejecución del contrato. Acepta que la doctrina es clara al señalar que los criterios de arraigo territorial no pueden ser ni requisitos de solvencia ni criterios de adjudicación. No obstante, no se puede afirmar lo mismo cuando este criterio de arraigo territorial figura como una obligación del PPT que guarda relación con el objeto del contrato. Motiva la necesidad de la prescripción técnica porque la naturaleza del contrato va más allá de la mera concertación de una cita, siendo preciso establecer las líneas de actuación en el día a día del servicio y supervisar el cumplimiento de lo previsto en el Pliego, por lo que resulta necesario un control y coordinación del servicio a través de un centro de llamadas ubicado en la Comunidad de Madrid, justificado por tener que residir los posibles beneficiarios de los servicios y prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad de Madrid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de Innova Data Center, S.L. para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP) pues se trata de un potencial licitador al estar incluido el objeto del contrato de la licitación dentro del ámbito de actividades de su objeto social.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los pliegos de un contrato de servicios, cuyo valor estimado

asciende a 387.545,88 euros, encuadrable en la categoría 27 del anexo II del TRLCSP, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, el anuncio de la convocatoria se publicó el 27 de noviembre de 2015, indicándose en el mismo que los pliegos estaban a disposición de los interesados desde el mismo día, mediante su publicación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid. Por otro lado, el recurso tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 7 de diciembre; por lo tanto, se interpuso dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- El único motivo de recurso es el establecimiento de una condición de ejecución en el territorio de la Comunidad de Madrid.

En el PPT no establece una limitación por razón del domicilio o sede de la empresa licitadora, sino de la obligación de disposición de un local como condición para la ejecución de las prestaciones del contrato. El elemento de arraigo territorial puede aparecer en los PCAP bien como un requisito de solvencia o aptitud para contratar de las empresas que desean licitar o bien como un criterio de valoración de las ofertas. En algunos casos se ha incorporado el arraigo territorial como un compromiso de adscripción de medios materiales, al amparo del artículo 64.2 del TRLCSP y en otros, como el que nos ocupa y señala el órgano de contratación como elemento diferenciador, como obligación o condición técnica para la ejecución de la prestación.

El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 9/2009, de 31 de marzo, ha estudiado el asunto del arraigo territorial cuando se incluye en los pliegos como un elemento de solvencia del contratista y como un criterio de valoración de las ofertas, concluyendo 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, e igualmente no pueden ser

utilizados como criterio de valoración circunstancias que se refieran a alguna de las anteriormente mencionadas características de la empresa.

En cuanto a la posibilidad de incluir este tipo de criterios de arraigo en las condiciones de ejecución del contrato, cabe recordar que corresponde al órgano de contratación definir sus necesidades y los medios para satisfacerlas en los términos del artículo 22 del TRLCSP, por supuesto con los límites del respeto de los principios generales de la contratación del sector público recogidos en el artículo 1 del TRLCSP. Asimismo, el órgano de contratación debe velar para que los pactos, cláusulas y condiciones que se establezcan no resulten contrarios al ordenamiento jurídico -artículo 25 del TRLCSP- y particularmente, en relación a la definición de las prestaciones del contrato, el órgano de contratación se ha de ajustar a los criterios que para el PPT prevén los artículos 116 y 117 del TRLCSP. De manera que según el apartado 2 del último artículo citado *“las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación estiman que no es posible dar una respuesta general a la admisión o no de una condición de ejecución relativa a la necesidad de establecimiento del operador en una zona geográfica, sino que debe acudir a las prestaciones propias de cada contrato para apreciar los requisitos expuestos. Si la entidad contratante configura 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 todo caso, la exigencia o la consideración a todos los efectos 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. Como toda excepción de los principios generales deberá interpretarse de forma restrictiva y así de manera que la medida resulte proporcional a los fines que la justifican. La

redacción de los pliegos y la forma de prestación del servicio, no podrán introducir restricciones injustificadas, y sobre todo, que puedan ser evitadas. Conviene recordar, que la legislación de contratos públicos se construye de modo que se protejan esencialmente dos elementos: la competencia y el presupuesto público. Por ello, la restricción de la competencia no opera sino en detrimento de su presupuesto, pues a menor concurrencia, menor competitividad.

La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en el apartado 2 de su artículo 3, prohíbe cualquier actuación administrativa que tenga como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico. Este precepto se concreta en su artículo 18 que considera actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, el establecimiento de requisitos en la licitación pública basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador y en particular *“que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio”*. Así no solo se considera contraria a derecho la exigencia de que el domicilio social o establecimiento se encuentre en una determinada zona geográfica sino también la exigencia de que disponga de un establecimiento físico en su territorio.

Sin embargo *a priori* no puede afirmarse con carácter general que la exigencia de tener un establecimiento físico en determinada ubicación constituya una restricción a la libre competencia, sino que, como hemos dicho, habrá que examinarla al caso concreto. El ajuste a los principios enunciados de una determinada prestación como la presencia de una oficina en el 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, puede traerse a colación la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de octubre de 2015, Grupo Hospitalario

Quirón, S.A. contra el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco e Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad, Asunto C-552/13, *“Pues bien, la exigencia de que un centro de ese tipo deba estar situado imperativamente en un término municipal concreto que debe ser el lugar de prestación exclusivo de los servicios médicos de que se trata, prevista en las cláusulas administrativas particulares y las especificaciones técnicas de los contratos nº 21/2011 y 50/2011, constituye, habida cuenta de la situación geográfica del asunto principal, una obligación de ejecución territorial que no sirve para alcanzar el objetivo enunciado en el apartado anterior de la presente sentencia, a saber, garantizar la proximidad y la accesibilidad del centro hospitalario privado de apoyo, en interés de los pacientes, de sus allegados y del personal médico que ha de desplazarse hacia dicho centro, garantizando al mismo tiempo un acceso igual y no discriminatorio a esos contratos de todos los licitadores”*.

Por lo tanto, la cuestión se centra en determinar si resulta necesario y proporcionado o no, que el servicio de atención telefónica para la cita previa para solicitantes del sistema de atención a la dependencia, deba hacerse a través de un centro de llamadas en la Comunidad de Madrid.

En el caso que ahora nos ocupa, no consta en el expediente justificación de la exigencia, si bien en fase de recurso, el órgano de contratación ha expuesto en su informe las razones que la sustentan a su juicio, como son la necesidad de un control y coordinación del servicio a través de un centro ubicado en la Comunidad de Madrid, por tener que residir los posible beneficiarios de los servicios para los que se da cita previa en dicha Comunidad.

Las prestaciones objeto del contrato a que se refiere el presente recurso, se refieren, como consta en los antecedentes de hecho de esta Resolución, a la cita previa de los posibles beneficiarios del sistema de dependencia, para ser valorados por los técnicos correspondientes. Dicha cita previa se realiza telefónicamente, sin que conste la posibilidad de cita presencial en un centro al que pudieran desplazarse los interesados. Este hecho determina que para la prestación del servicio a los usuarios no es necesaria la presencia física de la empresa contratista en un lugar

determinado. Este servicio, al ser utilizado el canal telefónico, podría prestarse desde cualquier lugar.

De acuerdo con los parámetros mencionados anteriormente, el establecimiento de una obligación referenciada al ámbito de la Comunidad de Madrid, no se revela como adecuada para cumplir la finalidad perseguida, por cuanto los objetivos de control y coordinación alegados por el órgano de contratación se lograrían igualmente, por cuanto el apartado 7 del PPT relativo al seguimiento de la explotación operativa, señala que *“se llevarán a cabo contactos periódicos entre la Dirección General de Atención a la Dependencia y al Mayor y el Coordinador que la empresa adjudicataria asigne al servicio, en los que se establecerán las líneas de actuación en el día a día del servicio de cita previa a solicitantes de reconocimiento de la situación de dependencia y se supervisará el permanente cumplimiento de lo establecido en el presente Pliego de Prescripciones Técnicas. Para el control de la actividad el adjudicatario diseñará un cuadro de mando en el que se debe registrar de forma independiente los datos y parámetros relativos a cita previa para valoración”*. La citada Dirección General evaluará los informes de resultados. A la vista de los citados sistemas de control no se justifica la necesidad de que la sede del centro de llamadas deba ubicarse en la Comunidad de Madrid, pues son esos los medios que pueden dedicarse al control del servicio y no el punto geográfico de su ubicación.

Por otro lado, este Tribunal no encuentra ningún obstáculo desde el punto de vista geográfico para que la plataforma se ubique en el territorio de otra Comunidad autónoma toda vez que, aun aceptando la necesidad justificada de un centro presencial, existen lugares en provincias limítrofes a la de Madrid en que la ubicación del centro de llamadas permitiría un control diario, incluso presencial, que resultaría más sencillo, por su cercanía física a la sede del órgano de contratación, frente a otras ubicaciones que sí lo están, pero a mayor distancia kilométrica.

En consecuencia este Tribunal considera que el apartado 3.5 del PPT, en cuanto exige una localización geográfica determinada a las plataformas que se adscriban para el servicio de cita previa que no es necesaria para el cumplimiento

adecuado del contrato teniendo en cuenta las prestaciones del PPT, supone una exigencia que no se ha motivado adecuadamente, contrario a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, concurrencia, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, recogidos en los artículos 1 y 117.2 del TRLCSP, procediendo su anulación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial interpuesto por don M.F.R., en nombre y representación de Innova Data Center, S.L. (INNOVA), contra el Pliego de Prescripciones Técnicas, del contrato “Servicio de cita previa para solicitantes del sistema de atención a la dependencia de la Comunidad de Madrid”, número de expediente: 026/2016, anulando la cláusula 3.5, que deberá suprimirse, en cuanto a la condición de ejecución objeto del recurso, convocando una nueva licitación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de

conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.