

Recurso 107/2014**Resolución 204/2014****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 29 de octubre de 2014

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (AESTE)** contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que rigen la licitación del contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio de Mairena del Aljarafe” (Expte. C/20/2013), este Tribunal, en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 4 de marzo de 2014, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla, nº 51 anuncio para la licitación pública por el procedimiento abierto del contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio de Mairena del Aljarafe”, igualmente se publicó en el perfil de contratante del ayuntamiento.

El valor estimado del contrato es 1.760.003,44 €.



SEGUNDO. El 20 de marzo de 2014, la asociación **AESTE** presentó en el Registro de este Tribunal un recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP en adelante) y de Prescripciones Técnicas (PPT en adelante) del contrato mencionado.

TERCERO. La Secretaría del Tribunal reclamó al órgano de contratación el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y un listado de los licitadores en el procedimiento de adjudicación. Dicha documentación fue recibida en este Tribunal el 24 de marzo de 2014, si bien el informe del órgano de contratación al recurso interpuesto no se recibe hasta el 7 de abril.

CUARTO. La Secretaría del Tribunal, mediante oficio de 30 de abril de 2014, dio traslado del recurso a los licitadores en el procedimiento de adjudicación del contrato, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en plazo.

QUINTO. En virtud de Resolución de 8 de abril de 2014 este Tribunal acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

SEXTO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Procede, en primer lugar, analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, habida cuenta que la actuación impugnada procede de una Corporación Local.



El artículo 41.4 del TRLCSP dispone que *“En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.*

En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.”

Por otro lado, mediante el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, cuyo artículo 1 lo define como órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional, al que corresponderá, entre otras competencias, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública que emanen de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Por otro lado, el artículo 10, apartados 1 y 2, del citado Decreto, bajo el título “Entidades locales de Andalucía”, dispone lo siguiente:

“1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (...).



2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1 c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y de las citadas cuestiones de nulidad y reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.

Asimismo, el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*

Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de la disposición estatal antes citada, hay que estar necesariamente a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues permite que aquéllas creen sus propios órganos especializados o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolver dichos recursos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

El 26 de julio de 2013, fue suscrito convenio entre el Ayuntamiento de Mairena



del Aljarafe y la Consejería de Hacienda y Administración Pública a efectos de atribuir la competencia para resolver los recursos contractuales, reclamaciones y cuestiones de nulidad a este Tribunal, al amparo del artículo 10.3 del Decreto 332/2011, en la redacción anterior a la modificación del mismo por el Decreto 120/2014, que establecía la necesidad de suscribir un convenio para atribuir la competencia al Tribunal.

SEGUNDO: Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial contra la resolución de adjudicación del contrato.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Asimismo, el artículo 31, apartados 1 y 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- (...)
- (...)
- *Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.”



Sobre la legitimación activa de las asociaciones existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se ha de entender, igualmente, aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 mayo 2008 expone lo siguiente:

“Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, la legitimación viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004). Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo



(beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).”

La clave, pues, está en la existencia de una conexión específica entre el acto impugnado y la actuación o el estatuto de la asociación.

En los estatutos de **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (AESTE)** consta se trata de una organización empresarial de carácter sectorial que tiene como fines la representación y defensa de los intereses empresariales y sociales comunes a los Servicios de la Dependencia, por lo que queda acreditado su interés en la impugnación de la licitación objeto del presente recurso.

Asimismo, se aprecia la representación del firmante del recurso, una vez subsanada la falta de acreditación de la misma a requerimiento de este Tribunal.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, resultan susceptibles de recurso en esta vía.



En efecto, el contrato en cuestión es un contrato de servicios clasificado en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP y cuantía superior a 200.000 euros, y se impugna el PCAP, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP en relación al artículo 16.1.b) del TRLCSP.

CUARTO. La interposición se ha producido dentro de plazo, pues el PCAP impugnado fue publicado el 4 de marzo de 2014 e interpuesto el recurso en el registro de este Tribunal el 20 de marzo de 2014, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

El recurrente centra su recurso en la impugnación de la cláusula III del PCAP referida a “*previsión de modificación del presente contrato*” y que establece la posibilidad de modificar el precio de adjudicación del contrato con un límite del 14,37% sobre el precio de licitación del contrato, en el caso de que la Junta de Andalucía apruebe la normativa correspondiente recogiendo lo previsto en el “Acuerdo del Consejo Territorial del sistema para la autonomía y atención a la dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia”, adoptado el 10 de julio de 2012 y en el que se prevé un coste de referencia para el servicio de ayuda a domicilio inferior al previsto en la Resolución de 23 de noviembre de 2007 de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social, en base a la cual se fijó el precio de licitación del contrato en cuestión.

Alega el recurrente que esa modificación prevista en la citada cláusula III del PCAP supone un incumplimiento del convenio colectivo de ayuda a domicilio de Sevilla y su provincia que es el que hay que tener en cuenta para fijar el



precio de licitación del contrato, por lo que solicita la anulación de la citada cláusula.

Por su parte, el órgano de contratación señala que lo que se ha pretendido con la citada cláusula es establecer una modificación convencional del contrato al amparo del artículo 106 del TRLCSP, prevista en el PCAP para el caso de que se aprobara la normativa autonómica que recoja lo previsto en el Acuerdo del Consejo Territorial del sistema para la autonomía y atención a la dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia de 10 de julio de 2012 y que por tanto, es una previsión de la modificación del contrato que no tiene virtualidad inmediata sino que sólo es un mero anticipo en caso de que se apruebe la citada normativa, lo que repercutirá sobre el valor estimado del contrato.

Por tanto la cuestión objeto del recurso ha de limitarse a analizar la naturaleza y efectos de la citada cláusula III del PCAP impugnada.

La potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones Públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato *contractus lex inter partes y pacta sunt servanda*.

El artículo 105 del TRLCSP dispone que “*sin perjuicio de los supuestos previstos en esta ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107.*”



En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada inicialmente, deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes”.

Por tanto, la Ley sólo considera modificaciones contractuales las referidas al cambio en el objeto del contrato, esto es, en la prestaciones que conforman aquél, no sujetando al régimen de la modificación del contrato los supuestos de modificación subjetiva (sucesión en la persona del contratista o cesión del contrato), la revisión de precios o la prórroga del plazo de ejecución.

El TRLCSP distingue dos supuestos de modificaciones contractuales: por un lado, las previstas en los pliegos y los anuncios de adjudicación de forma clara precisa e inequívoca, en los términos del artículo 106 TRLCSP, que podríamos denominar convencionales o contractuales y por otro lado, las no previstas en los pliegos que obedezcan a las causas del artículo 107, apartado 1 y con los límites del mismo artículo 107 apartado 2, que por contraposición a las anteriores, podríamos denominar legales.

Del análisis de los supuestos en los que procede la modificación contractual, lo que está claro es que ésta va referida a las prestaciones objeto del contrato que obviamente repercutirá en el precio del contrato y de ahí que el artículo 88.1 del TRLCSP disponga que *“en el caso de que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106, se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas”.*

Por tanto, la modificación del contrato va referida a la prestación objeto del mismo pero lo que no puede ser el objeto de la modificación es el precio exclusivamente. En este sentido el artículo 87 del TRLCSP dispone que *“en los*



contratos del sector público, la retribución al contratista consistirá en un precio cierto.....” y el apartado 3 de dicho artículo dispone que “lo precios fijados en el contrato podrán ser revisados o actualizados, en los términos previstos en el capítulo II de este Título, si se trata de contratos de las Administraciones Públicas, o en la forma pactada en el contrato, en otro caso, cuando deban ser ajustados, al alza o a la baja, para tener en cuenta las variaciones económicas que acaezcan durante la ejecución del contrato”.

Por su parte el artículo 90 del TRLCSP referido al sistema de revisión de precios indica que “*cuando resulte procedente, la revisión de precios se llevará a cabo mediante la aplicación de índices oficiales o de la fórmula aprobada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, para cada tipo de contratos*”.

La revisión de precios tiene la finalidad de evitar el desequilibrio económico producido durante la ejecución del contrato, garantizando el derecho de las dos partes contratantes, sobre todo en aquellos casos en que a lo largo de la vida del contrato se producen ciertos acontecimientos que lo pueden alterar. Ahora bien, la revisión de precios tendrá lugar mediante la aplicación de índices o fórmulas previamente aprobados.

Partiendo de la diferenciación entre lo que es la modificación contractual referida a las prestaciones objeto del contrato y la revisión de precios, limitado a los supuestos en que se haya previsto así expresamente en el pliego y conforme a los fórmulas o índices que se indiquen en el mismo, hemos de analizar la naturaleza de la cláusula del PCAP objeto del recurso, cuyo tenor es el siguiente:

<<PREVISION DE MODIFICACIÓN DEL PRESENTE CONTRATO

La resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el “Acuerdo del Consejo Territorial



del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia” establece entre otros acuerdos referidos a la dependencia que en el programa individual de atención, se deberá diferenciar, dentro de las horas de ayuda a domicilio, las relativas a necesidades domésticas o del hogar de las de atención personal para las actividades de la vida diaria. Los servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar, limpieza, lavado, cocina u otros, deberán prestarse conjuntamente con los servicios de atención personal para las actividades de la vida diaria.

El coste de referencia para el servicio de ayuda a domicilio de acuerdo con el apartado 8.1 de este Acuerdo, se fija en lo siguiente: “el coste de referencia del servicio se fija en 14 € por hora, para los servicios relacionados para la atención personal y en 9 € por hora para los servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar”. El plazo de adaptación normativa es de seis meses por la Comunidad Autónoma desde la fecha de este Acuerdo.

Estando pendiente por parte de la Junta de Andalucía la aprobación de dicha normativa al momento de elaboración del presente pliego de cláusulas administrativas particulares, se deja constancia expresa que conforme a lo anterior, se revisarán los precios/hora, diferenciando ambos servicios, en el caso de que, una vez se haya dictado por la Comunidad Autónoma su adaptación normativa a la anterior Resolución, difieran de los establecido en este contrato.

En consecuencia una vez adjudicado éste podrá ser modificado, por esta causa, para su adaptación a la normativa autonómica conforme a lo dispuesto en el artículo 106 del TRLCSP, por el que se regula la modificación convencional de los contratos públicos.



Se estima como previsión económica y modificación a realizar en el coste del servicio de ayuda a domicilio, en el caso de que la Junta de Andalucía aplique el acuerdo de 10 de julio de 2012 del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia (BOE 3/08/2012) lo siguiente:

Se estima un total de 67.692.44 horas anuales de servicio de ayuda a domicilio, de los cuales corresponden a:

- 28.863,12 horas de atención personal que suponen un 42,63% del total del número de horas previstas para cada anualidad.*
- 38.829,32 horas de atenciones domésticas o del hogar que suponen un 57,37% del total previstas para cada anualidad.*

El presupuesto estimado de gastos, atendiendo al coste de referencia anteriormente señalado, sería el siguiente:

28.863,12 horas x 14 €= 404.083,68 €

38.829,32 horas x 9 €= 349.463,88 €

Total del nuevo presupuesto anualidad estimado= 753.547,56 € excluido IVA.

Porcentaje de baja con respecto al presupuesto de financiación actual estimado: 14,37 %.>>>>

Del tenor de dicha cláusula está claro que lo que prevé es la modificación del precio del contrato una vez adjudicado éste, en base a una previsible bajada de los precios de referencia de coste de dicho servicio previstos en el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia de 10 de julio de 2012 y que sería operativa en caso de que se aprobara la normativa autonómica correspondiente durante la vigencia del contrato.

Como hemos indicado, la modificación de los contratos podrá recaer sobre las prestaciones objetivas del mismo y ello repercutirá obviamente en el precio del



contrato pero lo que no puede ser objeto de la modificación exclusivamente es el precio, que como ya se ha indicado, debe ser cierto sin perjuicio de la revisión de precios en los casos en que esté prevista.

En consecuencia, lo que no se puede pretender es amparar en el artículo 106 del TRLCSP referido a la modificación convencional o prevista en el PCAP, una mera modificación del precio del contrato sin que esta modificación tenga lugar como consecuencia de una modificación de las prestaciones objeto del contrato tal y como se definen en el PCAP y en el PPT, por lo que dicha cláusula debe ser anulada.

SEXTO. El recurrente fundamenta su recurso en que la modificación prevista en la citada cláusula III del PCAP no respeta lo establecido en el Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a personas dependientes (BOP nº 196 de 24 de agosto de 2013) que tiene una vigencia hasta 31 de diciembre de 2015, ya que el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia de 10 de julio de 2012, al que se remite la citada cláusula para justificar la modificación futura del valor estimado del contrato, fija el coste de referencia del servicio de ayuda a domicilio a efectos de fijar la aportación de la persona beneficiaria del servicio, distinguiendo entre servicios para la atención personal (14 €/hora) y servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar (9€/hora).

Alega el recurrente que esa modificación prevista en la citada cláusula III del PCAP supone un incumplimiento del convenio colectivo de ayuda a domicilio de Sevilla y su provincia que es el que hay que tener en cuenta para fijar el precio de licitación del contrato y que recoge una categoría profesional única para la prestación de tales servicios sin que se pueda fijar un coste/hora distinto para cada servicio que se presta por una misma categoría profesional



como fija el convenio colectivo, por lo que solicita la anulación de la citada cláusula.

La cuestión de si un convenio colectivo vincula al órgano de contratación a la hora de fijar el precio del contrato, ya fue analizado por este Tribunal en nuestra resolución 77/2014, de 7 de abril, recogiendo la doctrina reiterada del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales - en resoluciones como la 185/12012 de 6 de septiembre y la Resolución 66/2012, de 14 de marzo, entre otras- sobre un asunto semejante en que se alegaba que el precio de licitación del contrato era inferior al coste del servicio; interesa apuntar que en el momento de fijar el presupuesto o precio de un contrato habrá que partir del principio de control del gasto, cuya previsión normativa aparece en el artículo 1 del TRLCSP, al disponer que: *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”*.

El principio de control del gasto debe inspirar la interpretación del artículo 87 del TRLCSP. Por tanto, según el Tribunal Central, <<no se impone a la Administración un “suelo” consistente en el precio general de mercado, por debajo del cual no pueda admitir ofertas, sino todo lo contrario, se persigue el precio más económico, fijado en concurrencia con el límite de los precios anormales o desproporcionados a la baja. De modo que lejos de encontrarnos con un “suelo” nos encontramos con un “techo” indicativo>>



A su vez el artículo 88 del TRLCSP se refiere a la forma de calcular el valor estimado de los contratos y en su apartado 2 dispone que *“La estimación debe hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación, o en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato”*.

En el apartado 5 se dispone que para los contratos de suministros y los de servicios que tengan carácter de periodicidad o que deban renovarse en periodo de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades” a) *El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial”*.

Sobre la adecuación de los precios al mercado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su recomendación 2/1997, de 6 de mayo, insiste en que hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que a la hora de determinar el precio de los contratos se procure que éste sea adecuado al mercado, y en su informe 19/1997, de 16 de diciembre, señala que la “primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado”.

La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa.



En concreto, y sobre la adecuación del precio de los contratos al mercado y su relación con los convenios colectivos, la Junta Consultiva de las Islas Baleares, en el informe 4/2001, de 22 de febrero, sobre el artículo 14.1, último párrafo de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (LCAP), relativo a la adecuación del precio de los contratos al mercado, considera que es ajeno a la contratación administrativa y, por tanto, no puede incidir sobre ella de forma directa, lo pactado en un convenio colectivo laboral. No obstante, añade “(...) *se pueden considerar como momentos en los que el órgano de contratación puede tener en cuenta, de alguna manera, el contenido de los convenios colectivos, por una parte, cuando ha de fijar el presupuesto base de licitación, a la hora de cumplir con el mandato de que éste sea adecuado al precio de mercado (art.14 LCAP), fijando y justificando en la memoria correspondiente un precio que contemple, entre otros factores, el coste establecido en el Convenio Colectivo*”.

En consecuencia, se considera que, si bien los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí pueden tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto de contrato.

Ahora bien, el servicio de ayuda a domicilio es un servicio público cuya organización en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía es competencia de las Corporaciones Locales de Andalucía que podrán gestionarlo de forma directa o indirecta, estando el mismo regulado en la Orden de 15 de noviembre de 2007 de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social.



El artículo 22 de la citada Orden referido a la financiación del servicio dispone que *“en el supuesto de personas que tengan reconocida la situación de dependencia y se les haya prescrito el Servicio de Ayuda a domicilio en la resolución aprobatoria del Programa Individual de Atención, el servicio se financiará con las aportaciones de la Administración General del Estado y de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con lo establecido en el Ley 39/2006, de 14 de diciembre, así como con la aportación de la persona destinataria del servicio.*

Para garantizar la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio como prestación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la Consejería de Igualdad y Bienestar Social suscribirá convenios de colaboración con los Ayuntamiento de municipios con población superior a veinte mil habitantes y las Diputaciones Provinciales, conforme al modelo previsto en el Anexo V de esta Orden, mediante los que las corporaciones locales se comprometen a la prestación del servicio, asumiendo su financiación la citada Consejería, con cargo a la disponibilidad presupuestaria de cada ejercicio”.

El apartado 3 de dicho artículo 22 dispone que “para calcular la aportación de la persona usuaria en el coste del servicio, una vez determinada la capacidad económica personal, será de aplicación la tabla establecida en el Anexo III. A estos efectos, en el supuesto de personas que tengan reconocida la situación de dependencia y se les haya prescrito el Servicio de Ayuda a Domicilio en resolución aprobatoria de Programa Individual de Atención, se considera coste del servicio la cuantía de referencia establecida por la Consejería de Igualdad y Bienestar Social”.

En este sentido la Resolución de 23 de noviembre de 2007, establece el coste/hora del servicio de ayuda a domicilio en 13 €/hora. El órgano de contratación tuvo en cuenta este precio referencia a la hora de fijar el valor estimado del contrato. Ahora bien, hay que tener en cuenta que dicho precio tiene como



finalidad servir de referencia a efectos de cálculo de la aportación que ha de realizar la persona usuaria del servicio.

Como hemos indicado anteriormente, la primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado y para ello pueden servir de parámetro los precios fijados en el convenio colectivo del sector respecto al servicio que se quiere contratar. Ahora bien, los precios de referencia que fija la citada Resolución de 23 de noviembre de 2007 de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social sirven para determinar el importe de la aportación que ha de realizar la persona usuaria del servicio de ayuda a domicilio a la financiación del mismo, pero no es el precio al que obligatoriamente tiene que atender el Ayuntamiento como órgano de contratación al fijar el precio del contrato de este servicio. No obstante, hay que tener en cuenta que el recurrente no impugna el valor estimado del contrato que recoge el PCAP y que se calculó según el citado precio de referencia cuando debería haberse establecido teniendo en cuenta el coste del precio/hora del servicio que fija el convenio colectivo del sector, por lo que ello no se cuestiona.

Ahora bien, lo que no puede establecerse es una previsión de modificación del valor estimado del contrato en función de la posible variación de ese precio de referencia, porque como hemos indicado sólo proceden las modificaciones objetivas del contrato que obviamente repercutirán en el precio pero no la de éste solo, salvo los supuestos de revisión de precios.

Y en atención a lo expuesto, la fijación del precio del contrato y su previsible modificación obedece a razones ajenas al propio contrato como es la financiación del servicio de ayuda a domicilio con aportación también de la persona usuaria del servicio para lo cual se tienen en cuenta los citados precios de referencia y por tanto, no puede condicionarse el precio de contrato y su modificación a la previsión de una futura modificación de la norma que



establece la forma de financiar el citado servicio, al ser ésta una cuestión ajena al propio contrato que ha de tener un precio cierto sin que sea posible la modificación del mismo durante la vigencia del contrato, y ello sin perjuicio de la revisión de precios que en su caso se hubiera previsto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha

RESUELVE

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (AESTE)** contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que rigen la licitación del contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio de Mairena del Aljarafe” (Expte. C/20/2013), anulando la citada cláusula III del PCAP.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en virtud de resolución de 8 de abril de 2013.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y



46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA

