Recurso 381/2022
Resolución 521/2022
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 28 de octubre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ÓBOLO S.COOP.AND. DE INTERÉS SOCIAL,** contra la adjudicación del contrato denominado "Prestación del servicio de las actividades de carácter doméstico y personal que integran el servicio de ayuda a domicilio a aquellas personas a las que se les reconozca el derecho de acceso al mismo, según la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia (Ley 39/2006)", (Expte. 78/2021), promovido por el Ayuntamiento de El Madroño (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 24 de mayo de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 144.876,92 euros, y entre las empresas que presentaron sus proposiciones a la licitación, se encontraba la ahora recurrente.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del oportuno expediente de contratación, y mediante Decreto de la Alcaldía de 15 de julio de 2022, se resuelve adjudicar el contrato citado en el encabezamiento a R.L.M. (en adelante, el adjudicatario). El día 21 de septiembre de 2022 se publicó en el perfil de contratante y se notificó el acto impugnado a ÓBOLO S.COOP.AND. DE INTERÉS SOCIAL.

El día el 20 de julio de 2022 el órgano de contratación procedió a la formalización del contrato. La formalización fue objeto de publicación en el perfil de contratante el 21 de septiembre de 2022.

SEGUNDO. El 11 de octubre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil ÓBOLO S.COOP.AND. DE INTERÉS SOCIAL (en adelante, OBOLO o la recurrente), contra la referida adjudicación del contrato. Además la recurrente solicita el mantenimiento de la suspensión automática del expediente al ser el acto recurrido la adjudicación.

El presente recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

El 21 de octubre de 2022, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión de los efectos de la formalización del citado contrato.

Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En el supuesto examinado, el acto impugnado ha sido adoptado por el Ayuntamiento de El Madroño, entidad local andaluza que ha remitido a este Tribunal la documentación necesaria para la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto, sin manifestar que disponga de órgano propio a tales efectos, por sí o a través de la Diputación Provincial. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios, con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del recurso. Alegaciones de las partes

1. Alegaciones de la recurrente.

La mercantil OBOLO cuya oferta quedó clasificada en segundo lugar, solicita en su escrito de recurso que se anule el acuerdo de adjudicación del contrato y que se retrotraigan las actuaciones para que se excluya la oferta de la adjudicataria y se requiera a la recurrente la documentación previa a la adjudicación por ser la siguiente mejor valorada. Asimismo solicita que se declare al adjudicatario en prohibición de contratar.

Fundamenta su pretensión en los motivos que a continuación se exponen:

I.- Alega que la oferta de la adjudicataria fue incorrectamente valorada respecto de uno de los criterios de adjudicación contenidos en el PCAP.

En este sentido se recoge dentro del apartado 3.8. del cuadro de características generales del contrato del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) el criterio 2.1. en el que se indica *«SE VALORARÁ POSEER LAS SIGUIENTES CERTIFICACIONES: PUNTUACIÓN MÁXIMA 5 PUNTOS*
a) Sistema Integrado de Gestión de Calidad y Medio Ambiente en base a las normas:
UNE-EN ISO 9001: 2008…….…… 1 puntos
UNE-EN ISO 14001: 2004……...…… 1 puntos
b) Sistema de Calidad en el Servicio de Ayuda a Domicilio:
UNE 158301:2007, …… 3 puntos».

La recurrente alude al contenido del acta de la sesión de la mesa de contratación de 29 de junio de 2022, en la que tras el requerimiento a la entidad adjudicataria de las certificaciones anteriormente mencionadas, entiende subsanada la documentación y le concede la máxima puntuación con la siguiente motivación: *«Visto que el licitador R.L.M. con fecha 23 de junio de 2022 y registro de entrada 2022-E-RE-187, aporta Carta de procesos UNE-EN ISO 9001, UNE-EN ISO 14001 y UNE 158301, por lo que se subsana lo requerido por la mesa de fecha 15 de junio de 2022».*

Sobre lo anterior, la recurrente manifiesta que solicitó vista de expediente ante el órgano de contratación pero que no se le concedió el acceso a esta documentación. En cualquier caso, argumenta que a la vista de lo indicado en el acta de la sesión de la mesa de contratación, el licitador no disponía de los certificados, sino de las *«cartas de procesos».* Certificaciones, añade, que se debían disponer a fecha del fin de presentación de ofertas, el 24 de mayo de 2022.

En definitiva, considera que la oferta del adjudicatario no debió recibir los 5 puntos máximos establecidos en el criterio de adjudicación 2.1. de lo que resultaría que la oferta de la recurrente sería la que obtendría mayor puntuación.

II.- Manifiesta que el adjudicatario estaría en prohibición de contratar ya que es representante legal de la entidad SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA DE INTERÉS SOCIAL (en adelante ADL) y que esta última mantiene una deuda con la Tesorería General de la Seguridad Social y se encuentra actualmente en concurso voluntario de acreedores. Al hilo de la anterior aseveración realiza una serie de menciones sobre conversaciones que ha mantenido y cuestiones de las que tiene conocimiento -aporta actas correspondientes a otros órganos de contratación en las

que la mesa de contratación excluye al adjudicatario por este motivo- por lo que considera que se debe extender la prohibición de contratar de ADL al adjudicatario de la presente licitación.

Afirma, que nos encontramos ante un supuesto en el que ADL ante la imposibilidad legal de operar en el mercado como consecuencia de incumplimientos legales, ha decidido operar como persona física. Por ello y como se ha mencionado solicita que se extienda la prohibición de contratar al adjudicatario.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a las pretensiones de la entidad recurrente y solicita la desestimación del recurso. Dando respuesta a cada uno de los motivos de recurso en los siguientes términos:

I.- En cuanto a las certificaciones que son objeto de valoración el órgano de contratación, alude a la sesión de la mesa de contratación de 15 de junio de 2022, en la que se acuerda requerir a la adjudicataria las certificaciones anteriormente reproducidas y que son objeto de valoración.

Asimismo, cita la documentación que presentó el adjudicatario tras el requerimiento en el que consta un certificado expedido por la entidad OCA INSTITUTO DE CERTIFICACIÓN, S.L.U. en el que se indica lo siguiente: *«De acuerdo con lo solicitado, informamos que la empresa GRUPO ADL: GRUPO ADL SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA y ADL AYUDA A DOMICILIO LUQUE (R.L.M.) se encuentra pendiente de la emisión de Certificación, por lo que ha superado favorablemente la auditoria según norma/referencial ISO 9001:2015, ISO 14001:2015, ISO 45001:2018 con nuestra entidad OCA INSTITUTO DE CERTIFICACION, S.L.U., bajo el alcance:*
"Servicios para la promoción de la autonomía personal. Gestión del servicio de ayuda a domicilio. Formación en modalidad de tele formación y presencial para la atención sanitaria a multiples victimas y catastofres, transporte sanitario y atención sociosanitaria a personas dependientes en instituciones"».

Sobre lo anterior, el órgano de contratación en el informe al recurso argumenta: *«En el proceso de obtención de una Certificación, es indispensable una auditoria previa externa de la actividad dentro del alcance de la certificación, y una vez informada favorablemente se procede a la emisión de la certificación.*
Siendo el acto de expedición de la certificación, un acto de mero trámite, ya que una vez superado el proceso de auditoría, de forma favorable, como es en este supuesto, el procedimiento se considera concluido, y sólo está a expensas del documento de certificación, (que efectivamente se emitió en fecha 14/06/2022) por lo cual la mesa de contratación calificó de forma correcta la propuestas».

Por lo anterior el órgano de contratación solicita la desestimación de este motivo de recurso.

II.- Respecto al segundo motivo de recurso

Manifiesta que el adjudicatario presentó la declaración responsable del modelo establecido en el PCAP en la que declara que no está incurso en prohibición de contratar alguna. Indica que la mesa de contratación una vez abierto los sobres y visto el certificado emitido por el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (en adelante ROLECE) se comprueba que de acuerdo al contenido del mismo no existen prohibiciones para contratar vigentes por lo que, según indica, el licitador no estaría incurso en prohibición para contratar.

Argumenta que habiendo cumplido la mesa de contratación y el órgano de contratación con la comprobación de los requisitos para contratar y no teniendo en ese momento conocimiento de otras circunstancias solicita que se desestime el recurso.

Finalmente, respecto de la formalización del contrato considera que no se da la causa de nulidad establecida en el artículo 39.2.d) de la LCSP. En este sentido, afirma lo siguiente: «*en el presente supuesto, si bien existe cierta inobservancia del plazo, dada la necesidad de formalizar el contrato, no concurren los requisitos para que ello conlleve la nulidad de la formalización, dado que el licitador no se ve privado de la posibilidad de interponer recurso alguno contra los actos de adjudicación, así como el de formalización si lo considera oportuno, y por otro lado, no existe infracción de los preceptos que regulan el procedimiento. Se hallan todos los actos habidos, debidamente publicados.*
Constituye un mal menor el hecho de formalizar el contrato antes de la finalización del plazo, que queda justificado por la necesidad de atender al interés público, así como la ausencia de perjuicio a ninguna de las partes intervinientes en el procedimiento».

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Pues bien, vistas las alegaciones de las partes procede entrar a analizar el núcleo de la controversia. Como se ha indicado el escrito de recurso contiene dos motivos de impugnación; el primero referido a la valoración de la oferta del adjudicatario con relación a las certificaciones relativas a los sistemas de calidad y, en segundo lugar, se solicita a este Tribunal que declare al adjudicatario en prohibición de contratar.

I. Respecto del primer motivo de recurso, procede traer a colación las actuaciones realizadas por la mesa de contratación durante el procedimiento de licitación. En este sentido, y como ya hemos reproducido la mesa de contratación en sesión de 15 de junio de 2022, acuerda tras la apertura de las ofertas requerir documentación al adjudicatario en concreto las certificaciones del *«UNE-EN ISO 9001, UNE-EN ISO 14001 y UNE 158301».*

El adjudicatario en respuesta a este requerimiento presentó un documento expedido por la entidad OCA INSTITUTO DE CERTIFICACION, S.L.U. expedido a favor de la empresa *«GRUPO ADL: GRUPO ADL SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA y ADL AYUDA A DOMICILIO LUQUE»* al que se añade el nombre del licitador adjudicatario entre paréntesis, en el que se indica que los certificados no están expedidos pero que se han superado las pruebas previas a su emisión.

Posteriormente, el 29 de junio de 2022, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se acuerda a la vista de la certificación a la que nos referimos considerar acreditada la documentación exigida para que pueda ser valorada la oferta respecto del criterio de adjudicación 2.1. establecido en el PCAP, otorgando a la oferta de la adjudicataria la puntuación máxima, 5 puntos, quedando así su proposición en primera posición y la de la recurrente como la segunda clasificada.

En primer lugar, respecto de la cuestión relativa a la valoración de los sistemas de calidad: UNE-EN ISO 9001, UNE-EN ISO 14001 y UNE 158301 procede indicar que de acuerdo con el expediente remitido a este Órgano en la oferta inicial de la adjudicataria no se contiene ninguno de los certificados objeto de valoración, documentación que no pudo ser aportada dado que -como indica el órgano de contratación en su informe- los certificados no han sido

expedidos hasta el 14 de junio de 2022 -con posterioridad al 8 de junio, último día del plazo de presentación de ofertas-. Sin embargo, la mesa de contratación se los solicita durante el procedimiento de licitación mediante un requerimiento de documentación al efecto.

Pues bien, dicha actuación por parte de la mesa de contratación conculca la imposibilidad de modificación de la oferta inicial presentada que supone el límite a cualquier petición de aclaración que la mesa o el órgano de contratación pueda realizar durante el procedimiento de licitación dado que le dio al adjudicatario la posibilidad de completar su oferta que inicialmente no disponía de los certificados para que pudiera obtener una mayor puntuación. Sobre lo anterior, se ha de tener en cuenta que no estamos ante la documentación acreditativa de los requisitos previos para contratar -que sí es esencialmente subsanable- sino ante el propio contenido de la oferta susceptible de valoración mediante los criterios de adjudicación de aplicación automática, en este caso, la aportación de los citados certificados -con un máximo de 5 puntos- que no puede ser objeto de subsanación sino tan solo de aclaración en determinados supuestos y siempre con el límite de que no se puede alterar la oferta inicialmente presentada.

Así las cosas, sobre la posibilidad de solicitar a los licitadores aclaraciones de sus ofertas, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) vino a establecer una serie de razonamientos que han sido reproducidos por los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales, en sus resoluciones, entre ellas, las Resoluciones de este Tribunal 94/2012, de 15 de octubre, 123/2013, de 16 de octubre y 131/2013, de 28 octubre y más recientemente la 152/2021, de 22 de abril. Los razonamientos de la citada sentencia pueden resumirse del modo siguiente:

• Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.

• Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con la entidad licitadora cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.

• El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones a la entidad licitadora afectada en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de ésta, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

• El principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todas las licitadoras y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que *«excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren*

una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta.». Y concluye la sentencia citada que *«(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron.».*

En definitiva, este Tribunal considera que es posible pedir aclaraciones a un licitador sobre su proposición siempre que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada. En el presente supuesto como venimos indicando la mesa de contratación permitió al adjudicatario completar su oferta, por tanto, la misma no actuó conforme a la doctrina anteriormente reproducida, en tanto que debió no valorar la oferta del adjudicatario respecto del criterio de adjudicación 2.1. relativo a los certificados de calidad, en lugar de proceder a solicitarle que aportara los mismos.

Por otro lado, y aunque se aceptara a meros efectos dialécticos que fue procedente el requerimiento relativo a los certificados, cosa que no se ha hecho, se habría de indicar sobre el contenido del citado certificado dos cuestiones: en primer lugar, que a juicio de este Tribunal no resulta suficientemente justificado que esté expedido a nombre del adjudicatario ya que en el mismo aparece el nombre de una cooperativa, de una entidad de la que no se desprende su forma jurídica y aparece el nombre del adjudicatario -persona física- entre paréntesis por lo que, como se argumenta, no queda claro que el mismo esté expedido realmente a favor del adjudicatario y, en segundo lugar, y lo que resulta de mayor relevancia es que en el mismo no se indica que la entidad dispusiera del certificado a fecha de fin del plazo de presentación de proposiciones sino que se manifiesta que el adjudicatario está en condiciones de obtener los certificados objeto de valoración en un futuro próximo.

En este punto, es pertinente referirnos, en primer lugar, al artículo 139 de la LCSP que dispone *"1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, (…)"*; en iguales términos se pronuncia la cláusula 18 del PCAP que regula la presente contratación.

En este sentido, como viene expresando la ya reiterada jurisprudencia (v.g Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 19 de marzo de 2001, entre otras) y doctrina tanto de este Tribunal (Resolución 340/2020, de 15 de octubre, entre otras muchas) como del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales, el pliego de condiciones constituye *"ley entre las partes"*, debiendo someterse a sus reglas no solo los licitadores sino también la propia entidad contratante redactora de sus cláusulas. La citada doctrina viene señalando, en primer lugar, que tal consideración de los pliegos como ley del contrato no es sino expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, la buena fe y la prohibición de ir contra los actos propios y, en segundo lugar, que en la interpretación de los pliegos es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estar al sentido literal de sus cláusulas. Lo contrario llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural e implicaría una vulneración del principio de seguridad jurídica y del principio de igualdad de trato. Sobre el particular, el principio de igualdad de trato impide que por la mesa o el órgano de contratación se modifique a favor de alguna de las entidades licitadoras las previsiones establecidas para la realización de una actividad simultánea para todas ellas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *«Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)».*

Aplicando esta doctrina al supuesto examinado nos encontramos con que la clausula 10 del PCAP establece que en el sobre electrónico único debe de constar la documentación que haya de ser valorada según los criterios de adjudicación. Asimismo, dentro apartado 3.8. del cuadro de características generales del contrato al establecer los criterios de adjudicación, en su criterio 2.1. se indica que se valorará con hasta 5 puntos la posesión de las certificaciones de calidad mencionadas. Sentado lo anterior, y a la vista de la documentación presentada por el adjudicatario tras el requerimiento, la mesa comprueba que el mismo no dispone de las certificaciones, siendo este el requisito que se exige en el PCAP, por lo que tampoco debió otorgar la puntuación ya que no es posible que la mesa de contratación pueda relativizar la exigencia establecida en los pliegos rectores del procedimiento dado que como hemos argumentado una vez firmes constituyen la ley del contrato y no pueden ser ya, ni cuestionados por los licitadores, ni el órgano de contratación puede con posterioridad en el curso de la licitación apartarse de su propio criterio inicial.

A la vista de todo lo anterior, este Tribunal concluye que la decisión de la mesa de contratación, adoptada en su sesión de 15 de junio de 2022, de solicitar al adjudicatario documentación para que completara su proposición fue incorrecta en tanto que debió proceder a no otorgar puntuación a la misma respecto del criterio de adjudicación 2.1. relativo a las certificaciones de calidad. Asimismo, tampoco fue correcta la actuación de la mesa de contratación, en su sesión de 29 de junio de 2022, al acordar conferirle la puntuación respecto del mencionado criterio de adjudicación con base en un documento del que se desprende que el adjudicatario no disponía de las certificaciones a fecha de final de presentación de proposiciones y del que tampoco resulta suficientemente justificado que resulte expedido a favor del propio licitador. Ello conlleva que la adjudicación ha recaído sobre un licitador cuya oferta no ha sido correctamente valorada en los términos anteriormente fundamentados.

Procede, pues, estimar el primer motivo del recurso que conlleva la anulación de la adjudicación así como de aquellos actos posteriores que traigan causa de aquél con retracción de las actuaciones para que la mesa de contratación, en su caso, vuelva a valorar la oferta del adjudicatario y detraiga la puntuación correspondiente de la misma respecto del criterio de adjudicación 2.1. con relación a la posesión de las certificaciones de calidad *«UNE-EN ISO 9001, UNE-EN ISO 14001 y UNE 158301»*.

II. Además, la recurrente en el segundo motivo de impugnación argumenta que el adjudicatario -persona física- es a su vez representante legal de una entidad, ADL, que según manifiesta se encuentra incursa en prohibición para contratar. OBOLO considera, en los términos anteriormente reproducidos, que la supuesta prohibición para contratar en la que incurre ADL debe ser extendida a la adjudicataria. Fundamenta su pretensión en una serie de

acontecimientos de los que dice ha tenido conocimiento y aporta documentación de otros órganos de contratación que han tomado la decisión que demanda de este Tribunal, es decir, solicita a este Órgano que declare que el adjudicatario se encuentra en causa de prohibición de contratar.

Sobre lo anterior, procede indicar que dada las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, no le es posible declarar a un licitador en prohibición de contratar, siendo esta una función que únicamente compete al órgano de contratación, ex artículo 72 de la LCSP. Por lo que, en su caso, la actuación de este Órgano quedaría circunscrita a la apreciación de la causa de prohibición de contratar con la finalidad de que el órgano de contratación la declarase en el supuesto de que concurriendo la misma no lo hubiera hecho en el momento procedimental oportuno.

Además, en el presente supuesto se ha de tener en cuenta que la estimación del primer motivo de recurso hace innecesario el análisis de esta cuestión en tanto que una vez que el órgano de contratación, en su caso, detraiga la puntuación correspondiente de la oferta del adjudicatario este obtendrá una puntuación inferior a la de la recurrente por lo que, en principio, ningún beneficio obtendría con la estimación de la presente alegación, requisito necesario para que este Tribunal pueda reconocerle legitimación.

En este sentido, al haber estimado este Tribunal el primer motivo de recurso y al no poder resultar OBOLO beneficiado como consecuencia de una hipotética estimación de este segundo, en el que la recurrente solicita que se declare al adjudicatario en prohibición de contratar, el mismo se puede reconducir a una suerte de defensa de la legalidad, que desborda el concepto de interés legítimo regulado en el artículo 48 de la LCSP, dado que se exige que la estimación del recurso comporte que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone 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 esfera jurídica de quien alega su legitimación (v.g. Resoluciones 71/2021, de 4 de marzo y 575/2021, de 23 de diciembre). Por tanto, a la vista de lo anteriormente argumentado procede la desestimación de esta alegación.

A mayor abundamiento, sí procede indicar que efectivamente, el artículo 71.1.d) de la LCSP, establece que no se podrán celebrar contratos con aquellas entidades en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: *«d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen»* y que asimismo en su apartado 3 se establece que: *«las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas».*

En este sentido, el artículo 72 de la LCSP regula la forma de apreciar las distintas prohibiciones de contratar así como el órgano que ha de realizarla y el momento para ello, y el artículo 73 de la LCSP los efectos de la declaración de la prohibición de contratar.

Respecto a la competencia para apreciar la prohibición de contratar el artículo 72 de la LCSP, establece: *«1. Las prohibiciones de contratar relativas a las circunstancias contenidas en las letras c), d), f), g) y h) del apartado 1 del artículo anterior, se apreciarán directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurran las circunstancias que en cada caso las determinan (...)».* Por tanto, la citada causa de prohibición de contratar será

apreciada directamente por el órgano de contratación y ello sin necesidad de su inscripción en el ROLECE o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas dado que no se encuentra en ninguno de los supuestos recogidos en el artículo 72.3. de la LCSP. Visto lo anterior, se infiere que de existir la causa en el sentido alegado por la recurrente, procede informar que la misma debería ser adoptada por el órgano de contratación.

SÉPTIMO. Efectos de la estimación del recurso sobre el contrato formalizado.

Respecto de los efectos de la declaración de la nulidad de la adjudicación y por tanto del propio contrato formalizado se habrá de tener en cuenta lo regulado en el artículo 42.1. de la LCSP que sobre esta cuestión establece*: «La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido»*.

Sobre el alcance de las consecuencias de la nulidad del contrato formalizado, procede traer a colación el Dictamen 546/2015, de 22 de junio, del Consejo Consultivo de Andalucía que sobre esta cuestión manifiesta que la restitución sólo puede comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser los contratos nulos, no producen efectos económicos propios del contrato eficaz, en este sentido se indica lo siguiente: *«En los casos de nulidad, la restitución solo puede comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser los contratos nulos, no producen efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla establecida en el artículo 35 de la Ley [actualmente el artículo 42 de la LCSP], el cual determina la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente, todos los costes (y tan sólo los mismos) soportados por quien la efectuó».*

Es decir, se ampara el derecho del abono del precio del servicio prestado, pero excluyendo el abono del beneficio industrial. Sin embargo, el propio dictamen deja abierta la posibilidad a que sí se pudieren incluir -los componentes retributivos- en determinados supuestos, previa valoración de las circunstancias concurrentes, en los siguientes términos: *«como este Consejo ha venido argumentando (entre otros, dictamen 64/2009), para que resulte procedente el abono del beneficio industrial, es necesario que concurran determinadas circunstancias que afectan tanto al concepto de interés público concurrente en el servicio objeto de la contratación, como en la actitud mantenida por la empresa con la que se celebró el contrato. En el presente expediente, no cabe duda que la empresa era conocedora de la ilegalidad de una contratación realizada al margen de todo procedimiento, ya que consta que esa misma mercantil es contratista habitual de la Administración. En conclusión, resultaría improcedente la inclusión del beneficio industrial, y así se ha pronunciado la propuesta de resolución».*

Finalmente, a efectos ilustrativos, en cuanto al ejercicio de las facultades de revisión y sus límites, procede recordar, que con la declaración de nulidad se posibilita la compensación, si bien su alcance debe ponderarse cuando *«su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe…*[1]*»*, de conformidad con la obligación de indemnizar de los daños y perjuicios, establecida en el artículo 42.1. de la LCSP, como recoge el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre, y así poder evitar el resultado antijurídico de la apropiación de un servicio sin compensar al contratista.

1 Art. 110 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

En este sentido, téngase en cuenta la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 444/2022, de 8 de abril, (recurso 4111/2020) que establece como debe interpretarse el art. 35 de la LCSP de 2007, relativo a los efectos de la declaración de nulidad de los contratos. Señala que no cabe equiparar los efectos de la declaración de nulidad de un contrato administrativo con los derivados de la de su resolución por incumplimiento, ya que se desnaturalizaría el carácter sinalagmático de las obligaciones contractuales si la parte perjudicada por la nulidad del contrato percibiera de la contraria, en concepto de lucro cesante, el mismo beneficio que si el contrato hubiere sido declarado válido, sin la carga que representa el cumplimiento de las prestaciones contraídas. De este modo, una interpretación correcta del art. 35 LCSP debe interpretarse en el sentido de que en los supuestos en que se declare la nulidad del acto de adjudicación de un contrato administrativo, la obligación de indemnizar los perjuicios que haya sufrido el adjudicatario no comporta que se incluya el lucro cesante.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ÓBOLO S.COOP.AND. DE INTERÉS SOCIAL**, contra la adjudicación del contrato denominado "Prestación del servicio de las actividades de carácter doméstico y personal que integran el servicio de ayuda a domicilio a aquellas personas a las que se les reconozca el derecho de acceso al mismo, según la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia (Ley 39/2006)", (Expte. 78/2021), promovido por el Ayuntamiento de El Madroño (Sevilla) para que se proceda según lo indicado en los fundamentos de derecho sexto y séptimo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 21 de octubre de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.