



Recurso nº 1026/2023

Resolución nº 1230/2023

Sección 1^a

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 28 de septiembre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.N.G.D., en nombre propio, contra la resolución de la Gerencia de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo de 23 de junio de 2023, aprobando el pliego de condiciones administrativas particulares rectoras del contrato *“Transporte de los racionados de alimentación y pan a Centros Penitenciarios y a los Centros de Inserción Social”*, expediente 2023/00051; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante resolución del presidente de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo de 12 de junio de 2023, se acordó el inicio del procedimiento para la contratación del servicio de transporte racionado de alimentación y pan a centros penitenciarios y a centros de inserción social.

Segundo. Mediante resolución del director-gerente de Trabajo Penitenciario y Formación de 23 de junio de 2023, se aprobó el pliego de condiciones administrativas particulares rectoras del contrato servicio transporte racionado de alimentación y pan a Centros Penitenciarios y a los Centros de Inserción Social y el anexo cuadro de características.

Tercero. La licitación fue publicada, en el DOUE el 30 de junio de 2023, en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 28 de junio de 2023 y en el BOE de 1 de julio de 2023.

Cuarto. Con fecha de 18 de julio de 2023 se recibió en el Registro General del Ministerio de Hacienda y Función Pública escrito interponiendo recurso especial contra los pliegos rectores de la licitación indicada en los ordinales anteriores.

Quinto. Dado traslado del recurso a la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, presentó ésta informe oponiéndose al recurso e interesando su desestimación.

Sexto. Con fecha de 27 de julio de 2023, la recurrente presentó escrito ampliando su recurso del cual se dio traslado a la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo para la emisión de informe.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal dio traslado de los escritos de recurso y ampliación a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formulasen alegaciones. En fecha 9 de agosto de 2023 se presentan alegaciones por la entidad ALEXANDER MEDITERRÁNEA, S.L, interesando la íntegra desestimación del recurso.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 3 de agosto de 2023 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).



Segundo. El presente contrato es susceptible de este recuso especial conforme al artículo 44.1.a) LCSP al tratarse de un contrato de servicios con un valor superior a 100.000 euros (1.196.937,08 €), licitado por un poder adjudicador como es la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo.

El acto recurrido es el PCAP, acto susceptible de recurso conforme al artículo 44.2.a) LCSP.

Tercero. Realizado el anuncio del pliego impugnado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 28 de junio de 2023 e interpuesto el recurso el 18 de julio de 2023 debe considerarse cumplido el plazo de 15 días previsto en el artículo 50 LCSP.

Cuarto. Respecto de la legitimación de la recurrente es doctrina de este Tribunal, expresada, entre las más recientes, en la Resolución 200/2023 de 17 de febrero, que para recurrir los pliegos de una licitación, el empresario (i) debe haber presentado proposición, en tanto solo en este caso adquiere la expectativa de resultar adjudicatario del contrato que conforma el interés legítimo fundante de la legitimación o (ii) no ha podido presentarla como consecuencia de condiciones discriminatorias incluidas en los pliegos, condiciones que son precisamente las que censura en su recurso.

Lo relevante, por lo tanto, para reconocer la legitimación al recurrente que no ha presentado oferta es que las condiciones de los Pliegos que combate le hayan impedido presentar proposición.

En el presente caso la recurrente D. M.N.G.D. protesta por insuficiente el precio del contrato, circunstancia que entendemos le impide formular válidamente una oferta. Por consiguiente, aun cuando no haya presentado oferta concluimos que sí está legitimada para interponer el presente recurso.

Quinto. Dedica la recurrente el grueso de los antecedentes de hecho y la primera alegación de su escrito de recurso a referir una controversia referida a la ejecución de un contrato previo y distinto al que es objeto de impugnación. Contrato que no es plenamente identificado y del que apenas sabemos que fue adjudicado en 2019.

Supone ello que este Tribunal deba abstenerse de realizar manifestaciones sobre la ejecución de dicho contrato, por exceder de la competencia de este Tribunal las cuestiones relativas a la ejecución de los contratos de acuerdo con el artículo 44.2 LCSP.

En cuanto a las manifestaciones relativas a si la obligación de subrogar al personal adscrito a la ejecución del contrato se extiende a los empleados de la subcontratista, diremos que se trata de una cuestión que en el presente caso carece de trascendencia dado que el convenio colectivo de referencia no impone la subrogación de los empleados (cláusula 9 del cuadro de características). En este sentido la interpretación que la recurrente defiende del párrafo segundo del artículo 130.2 LCSP no es correcta. Cuando dicho precepto establece que *“Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato”* no está ordenando que exista subrogación siempre que el contratista saliente sea un CEE, sino que cuando el convenio colectivo aplicable imponga la subrogación de los empleados, ésta se extenderá también a las personas con discapacidad que trabajen para el CEE. Aclaración que resulta precisa dado que las personas con discapacidad empleadas en los CEE están ligadas por una relación laboral especial (Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio).

Sexto. Sostiene la recurrente que los pliegos aprobados por Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo contravienen el artículo 99.4 LCSP al limitar inicialmente a cinco los lotes que pueden ser adjudicados a un mismo licitador para, posteriormente, permitir superar ese límite si alguno de los lotes fuera a quedar vacante.

Indica el órgano de contratación en su informe que la limitación del número de lotes que pueden adjudicarse a un mismo licitador es avalada por el artículo 99 LCSP y, por su parte, la posibilidad de superar ese límite cuando de otro modo un lote fuera a quedar sin adjudicar resulta justificado para garantizar la fiabilidad del suministro.

Séptimo. Establece la cláusula nº 2.3.1 del Cuadro de características:

“2.3.1-Limitación de adjudicación por lotes:

- *A los efectos de lo establecido en el artículo 99, punto 4, letra b) de la Ley 9/2017, del 8 de noviembre de la Ley de Contratos del Sector Público, se establece en CINCO el número de lotes que podrán ser adjudicados a un mismo licitador.*
- *En el supuesto que por aplicación del criterio anterior de adjudicación, un licitador resulte adjudicatario en un número de lotes superior al máximo indicado, les serán adjudicados aquellos lotes con mayor cuantía económica, quedando el resto de lotes no adjudicados para su posterior reparto entre los restantes licitadores por orden de prelación.*
- *En el supuesto que por aplicación del criterio limitativo anterior quedarán sin adjudicatario UN LOTE, excepcionalmente, no se aplicará aquella limitación”.*

La posibilidad de limitar el número de lotes de los que puede ser adjudicatario un mismo licitador es una posibilidad expresamente admitida por el artículo 99, punto 4, letra b) de la LCSP y ningún reproche formula la recurrente al respecto. La controversia se suscita respecto de la posibilidad de incrementar ese límite hasta seis cuando, de otro modo, el sexto lote fuera a quedar vacante.

Respecto de esta regla debemos comenzar con una precisión, sostiene la recurrente que esta excepción abriría la posibilidad a que un único licitador fuera adjudicatario de todos los lotes. Así lo indica en su recurso donde en negrita y subrayado se indica “*nada impediría que con estas previsiones se produjera la paradoja de que un solo licitador resultara adjudicatario de todos los lotes*”. Esta afirmación es inexacta puesto que el número de lotes en que se divide el contrato es de 20 (cláusula 2.3 del cuadro de características) mientras que, como ya hemos visto, la cláusula 2.3.1 del Cuadro de características se limita a incrementar el número máximo de lotes a adjudicar al mismo licitador de cinco a seis cuando, de otro modo, ese sexto lote fuera a quedar vacante. Por tanto, no es posible que un licitador pueda ser adjudicatario de más de seis de los veinte lotes en que se divide el contrato.

Realizada esta precisión podemos entrar en el análisis de si es conforme a Derecho incrementar el límite máximo de lotes de los que una única empresa o empresario pueda ser adjudicatario de cinco a seis, cuando dicho licitador hubiera sido el único en presentar

oferta por el sexto lote y a fin de evitar que éste quede vacante pudiendo anticipar un sentido favorable. El propósito de limitar el número de lotes de los que un único empresario puede ser adjudicatario tiene como fin promover la participación de las PYMES en las licitaciones públicas. Así lo dijimos en nuestra resolución 798/2018, de 14 de septiembre:

«esta limitación de un único adjudicatario por lote se fundamenta en uno de los principios inspiradores de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que en sus consideraciones previas (exposición de motivos) señala que "debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME" y que "a tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes". En esta misma línea, la Directiva insta a los Estados miembros a "prolongar sus esfuerzos tendentes a facilitar la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública, ampliando el alcance de la obligación de considerar la conveniencia de dividir los contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños (. . .)».

Partiendo de esta finalidad teleológica no se observa que el propósito de incentivar la participación de las PYMES quede frustrando incrementando el límite de cinco a seis cuando el sexto lote fuera en otro caso a quedar vacante por no haberse recibido ninguna otra oferta. Con este proceder no se desincentiva la participación de las PYMES puesto que no es hasta finalizado el plazo para presentar ofertas que puede apreciarse la concurrencia de la circunstancia que excepcionalmente -adverbio expresamente mencionado por los pliegos- puede incrementarse hasta seis el límite de lotes a adjudicar a un mismo licitador. Incremento que, por otro lado, resulta plenamente justificado atendiendo a razones de interés general puesto que, de otro modo, ese lote quedaría vacante obligando a realizar una segunda licitación.

Procede, por tanto, desestimar este primer motivo del recurso.

Octavo. En su siguiente pretensión sostiene D. M.N.G.D., que es contrario al artículo 67 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que la cláusula 6.2 del cuadro prevea la posibilidad de una prórroga de “una duración máxima de 12 meses”.

El órgano de contratación indica en su informe que este Tribunal habría convalidado ya una cláusula como la impugnada en su resolución 798/2018.

En primer término, debe señalarse que la recurrente se limita a indicar que entiende contrario al artículo 67 e) del RD 1098/2001 la previsión de prórroga contenida en la cláusula 6.2 del cuadro, sin desarrollar este argumento, señalando solamente que este Tribunal le había indicado que tal previsión era acorde con lo establecido en la LCSP, pero no se había examinado su conformidad con lo dispuesto en el reglamento citado. Expone asimismo las razones por las que entiende que no producen efectos de cosa juzgada unos anteriores pronunciamientos de este Tribunal que la recurrente no identifica y que, suponemos, confirmaban cláusulas análogas a las ahora impugnadas. Al respecto tratándose de recursos interpuestos contra pliegos distintos de los que constituyen el objeto del presente recurso resulta evidente que no producen efecto de cosa juzgada, sin perjuicio de la incidencia que la doctrina allí sentada pueda surtir sobre el presente caso. Doctrina respecto de la cual la recurrente expresa su discrepancia, pero sin detallar las razones por las que se opone a ella.

Entrando en el fondo de la cuestión, establece el artículo 67.2.e) del Real Decreto 1098/2001 que de adverso se entiende infringido:

“2. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares serán redactados por el servicio competente y deberán contener con carácter general para todos los contratos los siguientes datos:

[...]

e) *Plazo de ejecución o de duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas de duración que serán acordadas de forma expresa”.*

Por su parte el apartado 6.2 del cuadro de características establece: “6.2.- Prórrogas. Existe previsión de prórroga, por una duración máxima de 12 meses”. Como hemos dicho la recurrente no desarrolla las concretas razones por las que este apartado 6.2 incumpliría las exigencias del artículo 67.2.e) del RD 1098/2001. La previsión de los pliegos, que no establecen una duración cerrada de la prórroga, sino que únicamente su máxima

extensión, 12 meses, no se opone a lo establecido en el tenor literal de este precepto, ni tal precepto reglamentario contradice lo establecido en la norma de rango superior, la LCSP en su artículo 29. Es asimismo criterio consolidado de este Tribunal entender suficiente con que los pliegos fijen la duración máxima de la prórroga permitiendo así que el órgano de contratación determine su precisa duración al tiempo de acordarla, si la acuerda. Así resolución 1478/2022, reiterada en la nº 523/2023, esta última dictada en recurso contra pliegos de otra licitación convocada por este órgano de contratación e interpuesto por la misma recurrente, mencionaba:

“Así, estando contemplado en el Pliego la posibilidad de prorrogar el contrato hasta 24 meses, nada obsta a que pueda articularse dicha ampliación del plazo de vigencia del contrato en una o varias prórrogas, pues –y esto es lo fundamental- la contratista conocía esta posibilidad de que el contrato fuera prorrogado hasta 24 meses adicionales en el momento de presentar su oferta, por lo que pudo valorar dicha circunstancia antes de adoptar la decisión de concurrir a la licitación”.

Ciertamente, y aunque la ahora recurrente fuera parte en uno de aquellos casos, estos precedentes no producen efectos de cosa juzgada sobre el presente supuesto, pero no es menos cierto que la congruencia exigida a las Administraciones Pùblicas obliga a motivar las resoluciones en las que se separe de un previo criterio [Art. 35.1.c) LPAC] y sin que en el presente caso se aprecien, desde luego la recurrente no las indica, razones por las que debamos cambiar nuestro criterio.

Debe desestimarse este motivo del recurso.

Noveno. Afirma la recurrente la vulneración del artículo 67.2.u) del Real Decreto 1098/2001, al no indicar los pliegos el porcentaje de las prestaciones susceptibles de ser subcontratadas por el contratista.

El órgano de contratación indica en su informe, que de acuerdo con el artículo 215 LCSP, la subcontratación es una posibilidad que se otorga al contratista, por lo que, si se accediera a la petición de la recurrente, se estaría restringiendo la libertad del adjudicatario.

Establece el artículo 67.2.u) del Real Decreto 1098/2001 que los pliegos deberán determinar “*En su caso, parte o tanto por ciento de las prestaciones susceptibles de ser subcontratadas por el contratista*” y limitándose el apartado 22 del cuadro de características a admitir la subcontratación, pero sin precisar la parte o tanto por ciento susceptible de subcontratarse la recurrente considera infringido aquel precepto.

En la Resolución nº 523/2023, de 27 de abril, nos pronunciamos sobre esta misma cuestión, señalando que «*la LCSP contempla la subcontratación en el artículo 215 de la LCSP que se refiere a la posibilidad de concertar con terceros la realización, parcial, de la prestación, “con sujeción a lo que dispongan los pliegos”*. Así, en cuanto al límite de la subcontratación una de las novedades de la LCSP respecto del inmediato TRLCSP, fue la supresión del porcentaje máximo de subcontratación estableciéndose ahora en el meritorio precepto que sean los pliegos los que fijen las limitaciones. Por tanto, la previsión del artículo 67.2.u) del RGLCAP debe entenderse derogada por lo dispuesto en el artículo 215.2.a) de la LCSP.

Los licitadores, en caso de que así se prevea en los pliegos, deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, si así lo prevén los pliegos y en todo caso, existe la obligación de comunicar por escrito, tras la adjudicación, y a más tardar cuando inicie la ejecución, la intención de celebrar los subcontratos, así como la identidad de los subcontratistas y justificar la aptitud de éstos para ejecutar la parte subcontratada».

Estos argumentos han de ser reiterados, llevándonos a la desestimación de este motivo de recurso.

Décimo. Protesta la recurrente la vulneración de los artículos 116.1, 28, 63.3.a), 28 y 116.4 a) de la LCSP, al no habersele dado traslado de la memoria justificativa del contrato.

El órgano de contratación admite en su informe haber omitido “por error” la publicación de la memoria, requisito que ha subsanado al haberla publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha de 21 de julio de 2023.



Admite la recurrente D. M.N.G.D. esta publicación de la memoria en su escrito de 27 de julio de 2023, donde amplia el presente recurso a la vista de las circunstancias expresadas en dicho documento.

A la vista de ello consideramos que se ha producido un supuesto de carencia sobrevenida de objeto toda vez que la información cuya omisión se denuncia por la recurrente le ha sido aportada a tiempo para formular alegaciones. En este sentido resolución 181/2023, de 17 de febrero:

«En el caso que nos ocupa el órgano de contratación ha modificado efectivamente los pliegos, atendiendo las pretensiones del reclamante y eliminando el criterio de adjudicación controvertido. Nos encontramos, por lo tanto, no ante un allanamiento – que expresa la voluntad del órgano de contratación de atender las pretensiones del recurrente-, sino ante una actuación efectiva de aquél, que ha modificado los pliegos eliminando la cláusula controvertida. En línea con lo que hemos declarado en nuestras Resoluciones 972/2021 de 30 de julio y 1540/2021 de 5 de noviembre, la satisfacción extraprocesal que tal actuación supone determina la pérdida del interés del procedimiento a efectos de que el recurrente obtenga satisfacción a sus pretensiones. Como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2013 (roj STS 5743/2013):

“Seguimos de esta forma el criterio mantenido en sentencias anteriores, de fechas 29 de enero de 2013 (recurso 2789/2010), 7 de octubre de 2013 (recurso 247/2011) y las que en ellas se citan, que señalan que “el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable con carácter supletorio al proceso contencioso administrativo según la disposición final primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, no identifica la carencia sobrevenida de objeto con la satisfacción extraprocesal de las pretensiones ejercitadas, sino que ambas son manifestaciones diferentes de que el proceso ha perdido su interés al objeto de obtener la tutela judicial pretendida, que no sólo deriva de haberse obtenido extraprocesalmente la satisfacción de dicho interés sino de “cualquier otra causa” (...)».

Evidencia esta pérdida sobrevenida del objeto el que una eventual estimación del motivo supondría retrotraer las actuaciones, para dar traslado a la recurrente de un documento que ya conoce y respecto del cual ha podido formular alegaciones, al haber presentado

una ampliación a este recurso basado precisamente en el contenido de dicha documentación.

En definitiva, procede la inadmisión de este motivo al haber sido satisfecha la pretensión del recurrente.

Undécimo. Denuncia la recurrente la infracción del artículo 100.2 LCSP al no precisarse los parámetros en que el órgano de contratación se ha basado para calcular el precio, al remitirse el pliego a una memoria económica que no se había publicado al tiempo de interponerse el presente recurso.

El órgano de contratación indica en su informe que la memoria económica, cuya publicación admite no haber realizado hasta el 21 de julio de 2023, contiene la información requerida por el artículo 100.2 LCSP.

La memoria del expediente, firmada electrónicamente el 29 de mayo de 2020, fue publicada el 21 de julio de 2023, sin que se hubiera dado difusión anteriormente por error del órgano de contratación.

De acuerdo con el artículo 100.2 LCSP “*el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación*”.

Examinados los apartados ‘presupuesto base de licitación’ y ‘sistema de determinación del precio’ comprobamos que el órgano de contratación indica (i) la estimación del coste total de ejecución del contrato diferenciando entre costes directos, indirectos y beneficio industrial; (ii) la fuente de donde tomas estas estimaciones: el precio de contratos preferentes actualizado con la evolución de los precios; y (iii) la división del importe total entre cada uno de los 20 lotes. Consideramos dicho nivel de detalle como suficiente puesto que permitiría a la recurrente verificar que las magnitudes consignadas por el órgano de contratación cumplen las exigencias materiales de sujetarse a los precios de mercado. Afirmación que se corrobora a la vista del escrito de ampliación del recurso, donde la recurrente cuestiona la exactitud de los cálculos realizados por el órgano de contratación.



El que la recurrente haya podido contradecir estos cálculos revela que no se le ha producido la indefensión alegada, que le impediría verificar la existencia de error en la determinación del precio, por lo que el motivo ha de desestimarse. Escrito de ampliación de recurso que pasamos a analizar.

Décimo segundo. En su escrito de ampliación del recurso, presentado ante este Tribunal por la recurrente después de que el órgano de contratación publicara en la Plataforma de Contratación del Sector Público la memoria económica, denuncia que dicha publicación no fuera acompañada de la obligación de ampliar el plazo para presentar ofertas.

La ampliación del plazo para presentar las ofertas se encuentra regulada en el artículo 136.2 LCSP donde se distinguen dos supuestos. El primero se refiere al caso en que en respuesta a un requerimiento de información formulado al amparo del artículo 138.2 LCSP se hubiese dado una información que se entienda relevante a los efectos de formular una válida oferta o solicitud válidas, el segundo que se hayan producido modificaciones sustanciales en los pliegos.

Este segundo supuesto no concurre en el presente caso, puesto que nada se ha modificado en los pliegos. Respecto del primero es evidente que la información publicada no fue dada al amparo del artículo 138 LCSP, por lo que habría que plantearse su aplicación analógica al presente caso. Cuestión que no entendemos precisa puesto que entendemos que la información divulgada era *“irrelevante a los efectos de poder formular una oferta o solicitud que sean válidas”* y por ende inhábil a los efectos de ampliar el plazo por mor del párrafo segundo del artículo 136.2 LCSP. Atiéndase a que en el PCAP y cuadro de características figuraban el precio con el necesario nivel de detalle para presentar una oferta válida. El desglose aportado con la memoria no es, en rigor, preciso para presentar una oferta sino para impugnar el pliego por considerar errados los cálculos realizados para calcular el precio. Posibilidad que en el presente caso la recurrente ha podido realizar sin que identifique problema alguno.

Conforme a lo expuesto no se entiende concurrieran razones que hicieran imprescindible ampliar el plazo para presentar proposiciones, por lo que el motivo debe desestimarse.

Décimo tercero. Considera la recurrente que el desglose de costes empleado para calcular el precio necesariamente debe figurar en el pliego, no siendo bastante con que, como sucede en el presente caso, figure en la memoria.

Establece el artículo 100.2 LCSP que “*el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación*” de donde puede inferirse que dicha justificación necesariamente debe incluirse en el PCAP o, en su caso, en el documento regulador de la licitación. Pero sostener ello implicaría ignorar que nuestra Jurisprudencia admite la, llamada, motivación *in aliunde* por la cual es válido que una resolución administrativa se remita a documentación obrante en el expediente administrativo a fin de cumplir la exigencia de motivación. Así, sentencia de 15 de enero de 2009 de la Sala de lo Contencioso – Administrativo (Sección 5^a) del Tribunal Supremo:

“la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992, cuando se incorporen al texto de la misma. Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 89.5 “in fine”, ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo --Sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990-- en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica “in aliunde” satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración”.

La recurrente se limita a proponer una interpretación literalista del artículo 100.2 LCSP si atender al propósito teleológico de la norma, propósito que se cumple sobradamente incluyendo la información en la memoria económica, por lo que este motivo ha de desestimarse.

Décimo cuarto. En la siguiente alegación del escrito de ampliación del recurso la recurrente considera que el precio del contrato no respetaría las condiciones laborales

establecidas en los Convenios Colectivos de referencia, incumpliendo así los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP, afirmación que basa en una proyección de los costes salariales que afirma le supone la ejecución del lote 6 del que actualmente sostiene ser adjudicataria y del que resulta que el 62,5% del precio correspondería a costes sociales.

El órgano de contratación señala en su informe, que por la índole del contrato no viene obligada a desglosar los costes salariales, añadiendo que el incremento con respecto a la anterior licitación es de una media del 40% y para los específicos lotes adjudicados a la recurrente del 65% y 59%.

En primer término, debemos analizar si como sostiene la recurrente el órgano de contratación venía obligado a desglosar los costes salariales.

Sobre esta cuestión nos hemos pronunciado, en la Resolución nº 523/2023, de 27 de abril, al resolver el recurso nº 360/2023 planteado por esta misma recurrente. Allí, al pronunciarnos sobre el desglose de costes al que alude el artículo 100.2 LCSP, concluimos: *“Procede, por tanto, estimar este primer motivo de recurso y acordar la nulidad de la cláusula 2 del cuadro de características y el Anexo II de la memoria justificativa, con retroacción de actuaciones para que por el órgano de contratación se desglosen los costes directos e indirectos tenidos en cuenta para el cálculo del presupuesto base de licitación, en los términos requeridos por el artículo 100.2 LCSP, 101.2 y 102.3 LCSP.*

Seguidamente, en la alegación cuarta del escrito de recurso, se alega infracción de la cláusula 2.2 del PCAP que reproduce el tenor del artículo 100.2 LCSP en su apartado final. Sin embargo, tales previsiones no resultarían aplicables al presente contrato, en el que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución no forma parte del precio del mismo, por lo que no es obligado el desglose de costes salariales, con indicación de género y categoría profesional al que se refiere el precepto (véase por todas Resolución nº 368/2021, de 9 de abril)”.

En aquella Resolución nº 368/2021, de 9 de abril, interpretamos que la expresión que utiliza el artículo 100.2 de la LCSP referida a los “contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato”, no se refiere a todos aquellos contratos en los que los costes de personal forman parte de los

costes necesarios para la ejecución, ya que los costes de personal son necesarios para ejecutar la práctica totalidad de los contratos. Argumentado que, si la norma hubiera pretendido que se desglosaran los costes salariales, con desagregación de género y categoría profesional de todos los contratos, lo habría establecido sin más. Si esta exigencia la predica sólo de los contratos en que el coste de los salarios forme parte del precio total del contrato, debemos entender que se está refiriendo sólo a los contratos en los que esos costes de personal se reflejan de alguna manera en el precio total del contrato, como en el caso de precios fijados por unidades de trabajo y tiempo (precio por trabajador/día, o trabajador/hora, etc). Circunstancia que no se da en el presente expediente 2023/0051, por lo que debe desestimarse este motivo de recurso.

Décimo quinto. Entrando en la cuestión de la suficiencia del precio para atender los costes salariales de la ejecución del contrato hemos de principiar recordando que en la determinación del precio el órgano de contratación se encuentra amparado por la discrecionalidad técnica. Así, resoluciones 964/2020 de 11 de septiembre, 712/2020 de 12 de junio, 237/2017, de 3 de marzo, 423/2017, de 12 de mayo y 17/2021, de 8 de enero, en las que dijimos que: *“la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica”*.

Pues bien, partiendo de ello no podemos considerar suficientes las alegaciones contenidas en el recurso para desvirtuar la suficiencia del precio determinado en los pliegos.

En primer lugar, debemos observar que los cálculos de la recurrente se circunscriben al lote 6 por lo que una eventual estimación de sus argumentos únicamente permitiría anular el precio determinado para dicho lote, pero no para los otros 19 lotes, lotes que son impugnados pero respecto a los cuales nada afirma la recurrente. Implica ello la desestimación del argumento respecto de los lotes 1 a 5 y 7 a 20.

Centrándonos en el lote 6 la recurrente se limita a aportar una proyección de gastos hipotética basada en meras estimaciones. Ello puesto que no se aporta en respaldo de sus cálculos documentos de los que resulten que los valores e importe de los costes salariales son los que se indican en el escrito. Atiéndase a que la recurrente únicamente aporta dos mapas, el convenio de referencia y un informe sobre el grado de absentismo,

documentación que entendemos insuficiente para convalidar los cálculos que realiza sobre los costes salariales.

A la vista de la insuficiencia de dicha prueba y dado el carácter técnico del cálculo del precio no puede entenderse desvirtuada la presunción de acierto del órgano de contratación, por lo que procede desestimar este motivo del recurso. A mayor abundamiento, en el procedimiento se ha presentado veinte licitadores, algunos ofertando a todos o gran número de lotes, por lo que no se ha visto afectada la concurrencia a diferencia de lo que sostiene la recurrente en su escrito de ampliación.

Décimo sexto. En su última alegación la recurrente sostiene que al haberse publicado la memoria faltando cuatro días para que finalizara el plazo para presentar las ofertas se le ha causado *“indefensión y una desigualdad en relación al resto de licitadores”*. Alegación inmediatamente después de la cual se realiza un desglose de los gastos estimados de ejecución del contrato.

Comenzando por la indefensión consideramos que se trata de una afirmación genérica, puesto que no se concreta en qué precisos términos se habría visto afectada la tutela de sus derechos e intereses legítimos por el proceder de la Administración. Mas bien lo contrario, la circunstancia de que la recurrente haya podido presentar tanto un recurso, como un escrito de ampliación revela que ha podido alegar cuanto a su derecho convenía en defensa de sus intereses.

Respecto de la discriminación que habría sufrido todas las comunicaciones practicadas con la recurrente, fueron simultáneas a las dirigidas al resto de interesados. No ha habido, pues, una diferencia de trato entre unos y otros que pueda justificar la alegación de discriminación. Argumenta la recurrente que *“sin una ampliación de dicho plazo de presentación, me produce indefensión y una desigualdad en relación al resto de licitadores que no han tenido que repartir su tiempo en la presentación de los recursos y preparar la oferta en tan corto espacio de tiempo”*. A la vista de esta manifestación se observa que sería discriminatorio acceder a la petición de la recurrente y conceder a esta un plazo para presentar la oferta superior al reconocido al resto de interesados, plazo que debe ser



común y general para todos los interesados, desestimándose el motivo de recurso y con ello el recurso presentado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M.N.G.D., en nombre propio, contra la resolución de la Gerencia de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo de 23 de junio de 2023, aprobando el pliego de condiciones administrativas particulares rectoras del contrato *“Transporte de los racionados de alimentación y pan a Centros Penitenciarios y a los Centros de Inserción Social”*, expediente 2023/00051, resolución que confirmamos íntegramente.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES