

Recurso 433/2023
Resolución 481/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 4 de octubre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MAUDE STUDIO S.L.**, contra la resolución de 28 de julio de 2023 del órgano de contratación, por la que se adjudica el contrato de servicios denominado «Necesidades formativas I: impartición de acciones formativas de formación profesional para el empleo dirigidas a personas desempleadas en la provincia de Málaga, modalidad presencial» (Expediente CONTR 2021 0000786039), respecto del lote 24, promovido por la Secretaría General Técnica de la entonces Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 de diciembre de 2021 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y el 24 de diciembre de 2021 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución con un valor estimado de 4.916.989,50 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Mediante resolución de 28 de julio de 2023 el órgano de contratación adjudica el contrato a la entidad ACADEMIA SOCE S.L. (en adelante la adjudicataria), respecto del lote 24.

SEGUNDO. El 14 de septiembre de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MAUDE STUDIO S.L. (en adelante la recurrente), contra la citada resolución de adjudicación del contrato, respecto del lote 24.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de dicho día 14 de septiembre de 2023 se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado tras ser reiterado el 19 de septiembre de 2023 fue recibido en este Órgano el día 20 de septiembre de 2023.

Por último, el día 21 de septiembre de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles al resto de entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerase oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido 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.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 24, 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 cuyo valor estimado es 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 al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

Aun cuando formalmente se impugna la adjudicación del contrato, la recurrente materialmente recurre su exclusión por no justificar la viabilidad de su oferta, inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación que obra en el procedimiento del recurso, la notificación de la adjudicación a la entidad ahora recurrente fue formalizada el 24 de agosto de 2023, por lo que, aun computando desde dicha fecha, el recurso presentado el 14 de septiembre de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Actuaciones realizadas en el procedimiento. Alegaciones de las partes.

Con objeto de centrar el debate procede ahora reproducir las actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación previas al acuerdo de exclusión de la recurrente que es la actuación objeto de recurso. La oferta de la recurrente fue excluida del procedimiento de licitación mediante acuerdo de la mesa de contratación adoptado el 8 de noviembre de 2022, al considerar que la entidad no había justificado de forma suficiente la viabilidad de su oferta.



En primer lugar, se debe mencionar que en el apartado 2 del anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares se recoge el desglose del presupuesto base de licitación estableciendo, en lo que aquí interesa, los costes salariales a partir del convenio colectivo de referencia, sobre lo anterior se indica:

«La referencia para el desglose de los costes laborales es el IX Convenio Estatal de Enseñanza y Formación No Reglada (BOE N.º 258, de 28 de octubre de 2021) y Resolución de 22 septiembre 2021 de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el IX Convenio Colectivo de enseñanza y formación no reglada.

Las tablas salariales lo son en euros, en cuantía anual. Las categorías profesionales aplicables serían las de Profesor/a titular, y Coordinador/a (formador con dichas funciones). El personal formador sería equiparable a profesor titular.

Al total salario anual habría que añadir el importe de las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes al empresario, por contingencias comunes (23,60%), profesionales y desempleo (6,70% en total), Fogasa, (0,20 %) y FP (0,60 %). Total= 31,10% del sueldo anual.

El coste salarial anual dividido entre 1446 horas/año resultaría el coste/hora mínimo del personal formador o coordinador, según cuadro adjunto». A continuación, en el pliego se recoge una tabla con el desglose salarial de los profesores y coordinadores y se añade la siguiente mención: «Debe tenerse en cuenta que los costes laborales establecidos en el Convenio de referencia son los mínimos obligatorios legales».

Con fecha 22 de junio de 2022, se celebra la tercera sesión de la mesa de contratación, para la apertura del sobre electrónico nº3, documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas. La mesa detecta que la oferta de la recurrente se encuentra en valores anormales o desproporcionados atendiendo a los parámetros establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) por lo que procede a requerirle que justifique su viabilidad.

Tras la presentación de la correspondiente documentación, con fecha 8 de noviembre de 2022 se celebra la cuarta sesión de la mesa de contratación para la evaluación de toda la información y documentación proporcionada por las empresas cuyas ofertas se encontraban incluidas en presunción de anormalidad y los informes técnicos correspondientes. La mesa acordó que la recurrente no justifica satisfactoriamente el bajo nivel de precios o costes. La motivación incluida en la citada acta es la siguiente:

«MAUDE STUDIO S.L. no justifica satisfactoriamente los costes salariales del personal formador. La empresa justifica a través de las nóminas aportadas que la remuneración establecida está conforme a lo establecido en el Convenio sectorial correspondiente (Resolución de 22 de septiembre de 2021 de la Dirección General del Trabajo, por la que se publica el IXº Convenio Estatal de Enseñanza y Formación No Reglada, BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2021). Están incluidos los costes laborales del personal docente, salarios, seguros sociales, complementos de dedicación. La empresa presenta nómina del personal formador ajustado a las cuantías que establece el Convenio, incluido el prorrateo de la paga extra mensual, y complemento de dedicación. El coste total salarial representa más del 40% del coste total de la acción formativa que compone el lote 2. En consecuencia, supera ampliamente el mínimo establecido por Resolución de 18 de noviembre de 2008, del Servicio Público de Empleo Estatal. Sin embargo, en la justificación y desglose de dichos costes laborales se comprueba que al coste del personal formador se le aplica un precio coste/hora que es inferior al mínimo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (Pag. 56). No quedando justificados ni ajustados a Derecho los costes salariales presentados por la empresa en el Informe Justificativo sobre Valores Anormales.

Con respecto a los costes de coordinador, la empresa en su informe justificativo de valores anormales indica un importe, que en aclaración que se les solicitó posteriormente, desglosa. De dicho desglose se comprueba que al coste del personal formador/coordinador se le aplica un precio coste/hora que es inferior al mínimo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (Pag. 56). No quedando justificados los costes de coordinador presentados por la empresa en el informe Justificativo sobre Valores Anormales. La mercantil no justifica satisfactoriamente el bajo nivel de precios o costes.»



Posteriormente el 28 de julio de 2023, el órgano de contratación adjudica el contrato respecto del lote 24, que es como se ha indicado la actuación formalmente impugnada por la recurrente.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente impugna la citada resolución de adjudicación al entender que de la misma se desprende indirectamente la exclusión de su oferta, dado que la mesa de contratación no propuso al órgano de contratación la exclusión de su oferta.

En síntesis, manifiesta: (I) que no se da el supuesto de hecho para considerar anormal su oferta. Dado que su empresa cumple con el convenio de aplicación y detalla los costes/hora y todas las características y requisitos que la llevan a poder presentar su proposición, justificando de esta forma la viabilidad para la ejecución del contrato; (II) que la resolución del órgano de contratación sobre la falta de justificación de la viabilidad de la oferta carece de motivación suficiente y no contiene los elementos mínimos para poder acordar la exclusión. A su juicio, demuestra que cumple con los costes laborales y que el precio señalado en pliego es orientativo para la elaboración del presupuesto base de licitación.

Por ello, argumenta, si el órgano de contratación pretendía no admitir la justificación de su oferta por ser anormalmente baja, debió motivar la exclusión de forma suficiente. En este caso, afirma, se señaló que se cumplía con la legislación laboral vigente y manifiesta que nada se dice en el acuerdo de la mesa sobre la viabilidad de su oferta, simplemente se hace mención a la comparativa con los precios dispuestos en pliego.

Sobre este particular la recurrente argumenta lo siguiente: *«La motivación de la que parten los técnicos y posteriormente la mesa de contratación para entender no justificada nuestra baja temeraria es por ofertar un precio coste/hora inferior al mínimo establecido en el PCAP.»*

Es cierto que nuestro coste ofertado es inferior al dispuesto en Pliegos, pero esta consideración no puede ser de ningún modo objeto de exclusión, toda vez que los costes que se señalan en el pliego tienen en todo caso, carácter informativo. Lo relevante será que nuestra empresa sea capaz de justificar que los costes reales que va a tener respetan la normativa vigente y esto último se cumple con la aplicación del convenio que le es de aplicación.

Además, es preciso señalar que nuestro coste es inferior precisamente porque se han incluido en las tablas sobre el coste salarial (PCAP) el complemento salarial de perfeccionamiento profesional, que no es obligatorio incluir, ni tenemos obligación de aplicar. Nuestra empresa no aplica este complemento en el salario a nuestros docentes.

El complemento de perfeccionamiento profesional (CPP) no tiene nada que ver con el concepto de antigüedad. Este complemento se aplica a toda aquella formación que sea “organizada por la empresa o expresamente autorizada por la misma”. La finalidad de este CPP es estimular la iniciativa de los trabajadores en la mejora de su formación y calidad en la prestación de servicios, así como servir de estímulo a su propio desarrollo profesional y económico. Es decir, a diferencia de un complemento de antigüedad, en el que el mero transcurso del tiempo hace incrementar el salario del trabajador, este CPP quiere que no sólo sea por el transcurso del tiempo, sino también que el trabajador se forme (lo que redunde en él y en la empresa) lo que haga incrementar su salario.

Por todo lo señalado anteriormente, es patente y claro que cumplimos con el convenio de aplicación, y no solo cumplimos, sino que el precio/hora es superior, concretamente es de 13,73 euros para el docente, cumpliendo con lo establecido y como así ha quedado demostrado con el aporte de documentación en la justificación de la anormalidad».



Alude al principio de proporcionalidad y a la doctrina sobre la discrecionalidad técnica que a su juicio habría sido conculcada con el resultado de la arbitrariedad en la decisión de su exclusión.

Además, alude a la doctrina de determinados órganos de resolución del recurso en materia contractual sobre el beneficio industrial, manifiesta, que es una partida que depende exclusivamente de la voluntad de la licitadora, por lo que dicho beneficio se podría asumir en parte o en su totalidad al déficit que se genere en otras partidas de costes de la prestación.

Así, afirma, la omisión en la justificación de la viabilidad de la oferta de determinados costes o el cálculo en cuantía insuficiente, o si no han sido debidamente acreditados, dichos costes deben disminuir el beneficio industrial, en cuanto ello sea posible, sin necesidad de que tener que hacer mención expresa sobre esta cuestión. A su juicio en el presente supuesto no le consta que en la evaluación de la viabilidad de la oferta el órgano de contratación haya tenido en cuenta la posibilidad de que la insuficiencia de determinadas partidas pueda ser consideradas válidas si se pueden entender subsumidas dentro de la oferta global o del beneficio industrial.

Por lo anterior, la recurrente solicita que sea admitida la justificación de su oferta y que se le readmita a la licitación, con retroacción de las actuaciones al momento de la comisión de la infracción.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En su informe al recurso manifiesta los antecedentes de hecho ocurridos en la tramitación del expediente respecto del lote en cuestión. En cuanto al fondo, en primer lugar, sobre la inexistencia de un acto independiente y previo del órgano de contratación de exclusión de la empresa, indica una serie de actuaciones realizadas por las que entiende que ha actuado correctamente, dado que la resolución de adjudicación opera como un acto de convalidación de la decisión adoptada por la mesa.

En segundo lugar, en cuanto a la indicación del recurso de que no se da el supuesto de hecho para considerar anormal su oferta, afirma el órgano de contratación que la ahora recurrente se encuentra en situación baja anormal por no superar su oferta el umbral de 85.050,00 euros.

Y en tercer lugar, sobre las manifestaciones del recurso respecto a diversas cuestiones sobre la viabilidad de su oferta económica, el informe al recurso indica cual es el convenio colectivo aplicable conforme al apartado 2 de anexo I del PCAP, reproduciendo a continuación los artículos 28, 31 y 32, así como la disposición adicional primera de dicho convenio; acto seguido, afirma que la diferencia entre el precio por hora calculado por la empresa y el mínimo establecido por convenio, que según analiza, es de 0,43 €/hora, supone que los costes salariales estimados se encuentran por debajo del mínimo legal de conformidad con el convenio colectivo de aplicación (IX Convenio Colectivo de enseñanza y formación no reglada). Sobre esta misma alegación del recurso, el órgano de contratación también indica que conforme a lo señalado en la página 103 del PCAP, cuando una entidad sea adjudicataria de 3 o más lotes o de 3 o más acciones formativas, requiere de una persona coordinadora, comprobándose de dicho desglose además que al coste del personal formador/coordinador se le aplica un precio coste/hora que es también inferior al mínimo requerido en el IX Convenio Colectivo de enseñanza y formación no reglada. Por último, respecto a la presente alegación del recurso, afirma el informe que el cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica exigidos por los pliegos y la normativa reguladora de los certificados de profesionalidad, impone a la entidad la obligación de disponer de recursos humanos con un elevado estándar de calidad técnico-pedagógica que parece no encajaría con la falta de formación y adquisición de conocimientos por los docentes en los años anteriores y por ende, en la falta de aplicación del complemento de perfeccionamiento profesional.



Concluye el informe al recurso señalando que un claro y evidente desfase entre el mínimo de costes laborales que por normativa se exige a la mercantil y lo que la misma propone en su oferta económica, está suficientemente motivada la no justificación de su baja anormal o desproporcionada, no cubriendo el beneficio industrial la cuantía que por defecto dejaría de pagar la recurrente a sus docentes con los costes salariales que ha presentado, al estar el resto de partidas de la oferta económica realizada por la recurrente cuantitativamente en el límite del mínimo de requisitos y estándares de calidad que se establecen en los pliegos y en la normativa sobre certificados de profesionalidad, esto es no se podrían cubrir las carencias detectadas en los costes salariales con otras partidas de la oferta económica que realiza la mercantil.

Por lo anterior solicita la desestimación del recurso.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes, procede entrar en el fondo de la cuestión que se circunscribe a analizar la exclusión de la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación por la falta de justificación de su viabilidad, determinando si la citada exclusión se ha acordado conforme a lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP.

En primer lugar, la recurrente alude a que el acto de exclusión se presume de la resolución de adjudicación dado que no existe un acuerdo formal de exclusión de la oferta de la recurrente por parte del órgano de contratación. Efectivamente, en el expediente remitido por el órgano de contratación no se ha podido localizar el acuerdo de exclusión, que tuvo que ser adoptado por este -el órgano de contratación y no la mesa- de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.6 de la LCSP, que establece que: *«Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150»*. Efectivamente, dicho acuerdo no existe, en el presente supuesto se ha de entender que la mesa de contratación propone la exclusión de la oferta de la recurrente por no ser acreditada su viabilidad, exclusión que se presume acordada por parte del órgano de contratación de forma implícita en la resolución de adjudicación impugnada.

En segundo lugar, a lo largo de su escrito la recurrente menciona que no se da el supuesto de hecho para considerar que su oferta es anormal. De nuevo, para entrar a analizar esta cuestión se debe invocar el contenido del artículo 149.2 de la LCSP, que establece que será en el PCAP en el que se establezcan los parámetros que permitan detectar si una oferta se encuentra incurso inicialmente en valores anormales o desproporcionados.

En el presente supuesto los parámetros se encuentran establecidos en el anexo XI del PCAP. En el que se indica en lo que aquí interesa que: *«Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía»*.

Los cálculos realizados para la detección de las ofertas anormales o desproporcionadas quedan reflejados en el acta de la tercera sesión de la mesa de contratación celebrada el 22 de junio de 2022. En la misma respecto del lote 24 se realizan los siguientes cálculos: *«Se encuentran en presunción de anormalidad de conformidad con los parámetros objetivos establecidos en el PCAP por no superar el umbral mínimo de 85.050,00 € la siguiente empresa: - MAUDE STUDIO SL»*.



Sobre lo anterior, la recurrente no argumenta el motivo por el que pudiera entender que los cálculos realizados por la mesa de contratación son incorrectos, se limita a afirmar que no se da el supuesto de hecho para considerar que su oferta es anormal, pero no fundamenta en modo alguno ni esgrime ninguna consideración que pudiese desmontar la apreciación de la mesa de contratación de que su oferta se encuentra en presunción de anormalidad. Procede pues la desestimación de este motivo de recurso.

Llegados a este punto, procede traer a colación el contenido de la Resolución 212/2023, de 21 de abril, de este Tribunal, dictada con relación a un recurso presentado por la misma recurrente en el presente procedimiento de licitación si bien respecto de otro lote, dado que el fondo del recurso es sustancialmente idéntico.

En la citada Resolución 212/2023 se manifestaba, al igual que ocurre en el presente supuesto, que teniendo en cuenta lo expuesto por el informe de viabilidad y lo indicado por la mesa de contratación, la empresa justifica a través de las nóminas aportadas que la remuneración establecida está conforme a lo establecido en el Convenio sectorial correspondiente (Resolución de 22 de septiembre de 2021 de la Dirección General del Trabajo, por la que se publica el IX Convenio estatal de enseñanza y formación no reglada, BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2021), estando incluidos los costes laborales del personal docente, salarios, seguros sociales y complementos de dedicación, por lo que la empresa presenta nómina del personal formador ajustado a las cuantías que establece el Convenio, incluido el prorrateo de la paga extra mensual, y complemento de dedicación. En este sentido, señala que el coste total salarial representa más del 40% del coste total de la acción formativa que compone el lote, superando en consecuencia ampliamente el mínimo establecido por Resolución de 18 de noviembre de 2008, del Servicio Público de Empleo Estatal.

Sin embargo, se matiza, que en la justificación y desglose de dichos costes laborales se comprueba que al coste del personal formador se le aplica un precio coste por hora que es inferior al mínimo establecido en el PCAP. Dicha diferencia, según afirma la recurrente se debe a que en el presupuesto base de licitación se ha incluido el complemento de perfeccionamiento profesional, que no es obligatorio incluir y que su empresa no aplica en el salario a sus docentes.

Procede, pues, analizar en primer lugar si el complemento recogido en el presupuesto base de licitación, se encuentra regulados en el IX Convenio estatal de enseñanza y formación no reglada (en adelante Convenio colectivo de aplicación), que según consta en la documentación aportada por la recurrente es el que se aplica en su empresa.

En cuanto al complemento de perfeccionamiento profesional, señala el artículo 32 del Convenio colectivo de aplicación lo siguiente:

«Con el objetivo de estimular la iniciativa de los trabajadores en la mejora de su formación y calidad en la prestación de servicios, así como servir de estímulo a su propio desarrollo profesional y económico, el trabajador, devengará un complemento por la formación y conocimientos adquiridos en cada período de tres años, siempre que dicha formación sea organizada por la empresa o expresamente autorizada por la misma.

El trabajador tendrá derecho a la percepción del mencionado complemento siempre que acredite la realización, en los tres años anteriores, de:

- Treinta horas de formación, para el grupo I.*
- Quince horas de formación, para los grupos II y III.*
- Diez horas de formación, para el grupo IV.*

Dichas horas tendrán la consideración de horas laborables.

En caso de contratos a tiempo parcial el número de horas de formación será en proporción a la jornada contratada.

Si en los períodos de referencia el trabajador realiza más horas de las establecidas, estas se computarán, teniendo como límite el 50 % de las horas correspondientes para el período siguiente.



El importe del precitado complemento será el indicado en las correspondientes tablas salariales, establecidas en el artículo 28.º del presente convenio y se hará efectivo en la nómina del mes siguiente al vencimiento del correspondiente período. Se abonará repartido en doce o catorce pagas anuales y año tras año hasta acumular un nuevo tramo, que a su vez se acumulará al anteriormente devengado.

Para los grupos I y II, el mencionado complemento no podrá superar el 30 % del Salario Base correspondiente a cada puesto de trabajo, establecido en las tablas del presente convenio. Para el personal del grupo III, el complemento de desarrollo profesional no podrá superar el 40 % del Salario Base correspondiente a cada puesto de trabajo, establecido en las tablas salariales del presente convenio.

Para el personal del grupo IV, el mencionado complemento no podrá superar el 50 % del Salario Base correspondiente a cada puesto de trabajo, establecido en las tablas salariales del presente convenio.».

Asimismo, y como indica el órgano de contratación, la disposición adicional primera del Convenio colectivo de aplicación establece: «*La empresa estará obligada a ofertar las horas de formación necesarias para la percepción del complemento de desarrollo y perfeccionamiento profesional, atendiendo a lo establecido en el artículo 31 del presente Convenio.*

Si al transcurrir las ¾ partes del periodo de referencia (tres años), la empresa no ha ofertado las preceptivas horas de formación, esta deberá propiciar o autorizar la realización de dichas horas, respetando, en el resto de cuestiones, lo establecido en el artículo 31 del presente Convenio.

En caso de incumplimiento empresarial de estos supuestos anteriores, el trabajador devengará el derecho a percibir este complemento, al transcurrir tres años».

Como queda claro en el reproducido artículo 32 del Convenio Colectivo de aplicación, la fijación del complemento de perfeccionamiento profesional va a depender, por un lado, de determinada formación y conocimientos adquiridos en cada período de tres años por la persona trabajadora, y por otro lado, de que dicha formación sea organizada por la empresa o expresamente autorizada por la misma. Ello supone que la aplicación del citado complemento al supuesto que se examina exija un análisis previo que ni ha puesto de manifiesto la entidad ahora recurrente en su documentación justificativa de su oferta, ni ha tenido en cuenta el órgano de contratación en la evaluación de la viabilidad de la misma.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 100, 101.1 y 102.3 de la LCSP, con carácter general el presupuesto base de licitación es el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, debiendo estimar correctamente su importe que debe ajustarse a los precios de mercado en el momento de su elaboración. En concreto, el primer párrafo del artículo 102.3 de la LCSP establece expresamente que los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

Ello supone que en el supuesto que se examina el presupuesto base de licitación, globalmente considerado, tiene un límite superior que no es posible superar por las entidades licitadoras a la hora de elaborar su oferta y un límite inferior que sería la aplicación de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin que lo señalado en el apartado 2 del anexo I «*características del contrato*» del PCAP pueda enervar dicha afirmación.

En este sentido, no es posible entender que se incumple lo recogido en dicho PCAP, como ha hecho el órgano de contratación, por el único hecho de que al personal formador y coordinador se les aplica un precio de coste por hora inferior al establecido en el mencionado apartado 2 del anexo I «*características del contrato*» del PCAP, salvo



que ello suponga la inviabilidad de la ejecución del contrato en los términos dispuestos en el artículo 149 de la LCSP, circunstancia que no ha acreditado el órgano de contratación en el supuesto que se analiza.

Además, respecto al beneficio industrial ha de ponerse de manifiesto que ésta es una partida que depende exclusivamente de la voluntad de la entidad licitadora, por lo que dicho beneficio podría asumir en parte o en su totalidad el déficit que se genere en otras partidas de costes de la prestación (v.g., entre otras, Resoluciones de este Tribunal 371/2022, de 6 de julio, 22/2023 y 24/2023 de 13 de enero y 50/2023 a 54/2023, de 23 de enero, y del Tribunal Administrativo Central del Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1966/2021, de 29 de diciembre).

En este sentido, en términos generales, si la licitadora ha omitido en la justificación de la viabilidad de su oferta determinados costes, a criterio del órgano de contratación, o los ha calculado en cuantía insuficiente, o no han sido debidamente acreditados, dichos costes deben disminuir el beneficio industrial estimado en su justificación, en cuanto ello sea posible, sin necesidad de que la entidad licitadora deba hacer una mención expresa sobre esta cuestión (Resoluciones de este Tribunal 22/2023 y 24/2023 de 13 de enero).

En el presente caso, no consta que en la evaluación de la viabilidad de la oferta de la entidad ahora recurrente el órgano de contratación haya tenido en cuenta la posibilidad de que la supuesta insuficiencia de la citada partida pueda ser considerada válida si se puede entender subsumida dentro de la oferta global o del beneficio industrial, y ello a pesar de que en el informe de viabilidad se cita doctrina similar al respecto del Tribunal Administrativo Central del Recursos Contractuales, en concreto en el tercer párrafo de su fundamento de derecho quinto se afirma que *«En lo que respecta al estudio de la estructura de costes presentada por el licitador, se ha tenido en consideración, igualmente, la doctrina del TACRC, al señalarse en sucesivas ocasiones la posible reducción del beneficio e incluso la inexistencia del mismo por razones de estrategia comercial (...)»*. En este sentido, no es posible admitir la alegación que realiza el órgano de contratación en el informe al recurso, en el afirma que el beneficio industrial de la entidad ahora recurrente no cubre la cuantía que por defecto dejaría de pagar la recurrente a sus docentes con los costes salariales que ha presentado, dado que ni se acredita tal indicación, ni la misma fue puesta de manifiesto en el informe de viabilidad que sirvió de base para la exclusión de la oferta.

Por último, señalar que este Tribunal se pronunció en términos similares a los expuestos en su Resolución 467/2023, de 22 de septiembre, recurso 406/2023, interpuesto por la misma entidad ahora recurrente contra la exclusión de su oferta por idénticos motivos, en otro lote del mismo procedimiento de licitación.

Procede, pues, con base en las consideraciones realizadas, estimar parcialmente en los términos expuestos en el presente fundamento el recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución, de 28 de julio de 2023, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato, respecto al lote 24, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por la mesa o el órgano de contratación, si lo estima necesario, a requerir a la entidad ahora recurrente cuanta información y documentación complementaria considere precisa a los efectos de justificar la viabilidad de su oferta, sin que pueda dicha entidad ahora recurrente modificar la misma, en los términos recogidos en el citado fundamento de derecho, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.



En este sentido, dada las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, no le es posible declarar la aceptación de la oferta de la entidad ahora recurrente por justificar su viabilidad, al haberse estimado parte de las alegaciones del recurso, siendo esta una función que únicamente compete al órgano de contratación, ex artículo 149 de la LCSP, de tal suerte que en el supuesto examinado una vez que la mesa o el órgano de contratación, en cumplimiento de la presente resolución y previo requerimiento al efecto, si lo estima conveniente, haya examinado la eventual información y documentación aportada o que pudiese aportar la entidad ahora recurrente a los efectos de justificar la viabilidad de su oferta, sin que ello en ningún momento pueda suponer modificación de la misma, teniendo en cuenta lo analizado en la presente resolución, podrá efectuar una apreciación conjunta de todos los elementos concurrentes y decidir el órgano de contratación de forma motivada, previa propuesta de la mesa en su caso, la aceptación o rechazo de la oferta de la entidad ahora recurrente (v.g. entre otras Resoluciones 171/2021, de 6 de mayo, 196/2021, de 20 de mayo, 215/2021, de 27 de mayo, 497/2021, de 25 de noviembre, 371/2022, de 6 de julio y 449/2023, de 15 de septiembre, de este Tribunal).

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MAUDE STUDIO S.L.**, contra la resolución de 28 de julio de 2023 del órgano de contratación, por la que se adjudica el contrato de servicios denominado «Necesidades formativas I: impartición de acciones formativas de formación profesional para el empleo dirigidas a personas desempleadas en la provincia de Málaga, modalidad presencial» (Expediente CONTR 2021 0000786039), respecto del lote 24, promovido por la Secretaría General Técnica de la entonces Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que se proceda según lo indicado en el fundamento de derecho 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 automática del procedimiento de adjudicación, respecto del lote 24.

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 personas 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.

