Recurso 166/2023
Resolución 212/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 21 de abril de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MAUDE STUDIO S.L.** contra la resolución, de 10 de marzo de 2023, del órgano de contratación por la que se declara desierto el procedimiento de licitación, respecto al lote 14, del 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» (Expte. CONTR 2021 0000786039), 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 Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. El valor estimado del contrato asciende a 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 10 de marzo de 2023, el órgano de contratación declara desierto el lote 14 del contrato citado en el encabezamiento.

SEGUNDO. El 28 de marzo de 2023 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación, 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 declaración de desierto del lote 14. Dicho escrito de recurso, remitido por el órgano de contratación tuvo entrada en este Tribunal el 30 de marzo de 2023.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 31 de marzo de 2023 se solicita al órgano de contratación que aporte el informe sobre el recurso, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 4 de abril de 2023.

Posteriormente, el 5 de abril de 2023, la Secretaría del Tribunal 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 establecido.

Por último, el 10 de abril de 2023, este Tribunal dicta la Resolución M.C. 37/2023 en la que se acuerda adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, respecto del lote 14, solicitada por la entidad ahora recurrente.

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 de referencia, respecto del lote 14, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la declaración de desierto 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.

En este sentido, aun cuando el acto impugnado es la resolución declarando desierta la licitación al lote 14, al tratarse de un acto finalizador del procedimiento de adjudicación es equiparable, a efectos del recurso especial, a la adjudicación. Así se viene pronunciando de modo reiterado y constante este Tribunal (v.g. Resoluciones 187/2017, de 26 de septiembre, 49/2018, de 23 de febrero, 35/2019, de 14 de febrero, 530/2021, de 3 de diciembre y 191/2022, de 18 de marzo, entre otras muchas) y el resto de órganos de revisión de decisiones en materia contractual.

Aunque formalmente el recurso se interpone contra la resolución declarando desierta la licitación respecto del lote 14, sustantivamente se impugna la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente, inicialmente incursa 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 resolución de declaración de desierto de 10 de marzo de 2023 fue

publicada en el perfil de contratante el 15 de marzo de 2023, sin que conste que la misma haya sido remitida y notificada efectivamente a la entidad ahora recurrente, por lo que aun computando desde esta última fecha el recurso presentado el 28 de marzo de 2023 en el registro del órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 g) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. De las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento relativas al rechazo de la oferta de la entidad ahora recurrente, inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada.

En lo que aquí concierne, la mesa de contratación en sesión celebrada el 22 de junio de 2022, relativa a la valoración de las ofertas presentadas por las entidades licitadoras en el sobre electrónico n.º 3, afirma que entre otras la entidad ahora recurrente se encuentra en presunción de anormalidad, acordando al efecto que *«para cada oferta incursa en presunción de anormalidad, darle audiencia por medios electrónicos y requerir al licitador, dándole plazo suficiente para que justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta»*. No consta en la documentación remitida el requerimiento efectuado a la ahora recurrente para justificar la viabilidad de su oferta. Sí figura la documentación aportada por la entidad ahora recurrente así como el justificante de su presentación. Consta asimismo aclaración aportada por dicha entidad y su fecha de formulación así como el contenido de la misma, aun cuando no figura el requerimiento de aclaración.

Acto seguido, se emite el 24 de octubre de 2022 por las personas titulares de la Jefatura de Sección de Gestión Económica y Presupuesto y de la Asesoría Técnica de la Sección de Administración General, informe relativo a la justificación de la viabilidad de la oferta de la entidad ahora recurrente al lote 14 (en adelante informe de viabilidad). Dicho informe en lo que aquí interesa afirma lo siguiente:

«PRIMERO.- Costes salariales.- Respecto a 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:55).

No quedando justificados ni ajustados a Derecho los costes salariales presentados por la empresa en el Informe Justificativo sobre Valores Anormales.

SEGUNDO.-Costes de Coordinador. La empresa en su informe justificativo de valores anormales aportado indicó un importe, el cual en la aclaración que se les solicitó posteriormente desglosaba. 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:55).

No quedando justificados los costes de coordinador presentados por la empresa en el informe Justificativo sobre Valores Anormales.

TERCERO.- Costes de amortización de local e instalación. La empresa justifica la ausencia de gastos de amortización alegando que están en régimen de alquiler en el cual se incluye los gastos de las acciones formativas, para lo cual presentan acuerdo de uso de instalaciones, contrato de reserva y alquiler de local/aulas en caso de que (…) [la entidad ahora recurrente] sea adjudicataria definitiva de dicha licitación.

Quedan justificados los costes de amortización presentados por la empresa en el Informe Justificativo sobre Valores Anormales.

CUARTO.- Costes de medios y materiales didácticos, bienes consumibles y material fungible.- La empresa en su informe justificativo de valores anormales aportado indicó un importe que justifica a través de presupuestos.

Por todo lo anterior se considera justificado el coste de los materiales didácticos, bienes consumibles y material fungible.

QUINTO.- En los costes de contenido formativos adicionales, apoyo didáctico on line, en el informe justificativo de valores anormales aportado por la empresa, indicó un importe que justifico mediante la presentación de un presupuesto acorde con el importe presentado.

Quedan justificados los costes formativos adicionales y apoyo didáctico on line presentados por la empresa en el Informe Justificativo sobre Valores Anormales.

SEXTO.-en el coste de alquiler la empresa en su informe justificativo de valores anormales aportado indicó un importe, el cual en la aclaración que se les solicito posteriormente justifico mediante la presentación de un contrato de alquiler con su importe mensual y de un acuerdo de uso de contrato de reserva y alquiler de local/aulas, para el caso de que (…) [la entidad ahora recurrente], sea adjudicataria definitiva del contrato.

Quedan justificados los costes de alquiler presentados por la empresa en el Informe Justificativo sobre Valores Anormales.

SÉPTIMO.- En el coste de seguro la empresa en su informe justificativo de valores anormales aportado indicó un importe el cual justifico adjuntando copia de póliza de seguro contratada que cubren las necesidades expuestas en los Pliegos.

Quedan justificados los costes de seguro presentados por la empresa en el Informe Justificativo sobre Valores Anormales.

OCTAVO.- En el coste de publicidad la empresa en su informe justificativo de valores anormales aportado indicó un importe, el cual en la aclaración que se les solicito posteriormente justifico mediante la presentación de dos presupuestos de dos empresas distintas con las que están acostumbrados a trabajar.

Quedan justificados los costes de publicidad presentados por la empresa en el Informe Justificativo sobre Valores Anormales.

NOVENO.- En el coste de personal de apoyo la empresa en su informe justificativo de valores anormales aportado no indicó importe, en la aclaración que se les solicito posteriormente. La empresa justifico la ausencia de importe alegando que parte de dichos costes ya estaban incluidos en los costes del coordinador. Para los otros costes de personal apoyo (luz, agua, calefacción, mensajería, correo , limpieza, vigilancia, telefonía, etc..) crea una partida costes proporcionales.

Quedan justificados los costes de personal de apoyo presentados por la empresa en el Informe Justificativo sobre Valores Anormales.

DÉCIMO.- La empresa manifiesta en su informe justificativo de valores anormales un beneficio industrial bastante inferior con lo establecido en pliego de cláusulas administrativas particulares y en contratos de servicios en materia de formación profesional para el empleo.

Queda justificado el beneficio industrial manifestado por la empresa.

De conformidad con el estudio jurídico y económico realizado que se fundamenta en los costes que manifiesta la empresa en la Declaración sobre Informe Justificativo de Valores Anormales, de conformidad con el PCAP, el PPT y lo recogido en el artículo 149 de la Ley de Contratos del Sector Público, y salvo mejor criterio en Derecho, se considera que la oferta presentada por (…) [la entidad ahora recurrente] con C.I.F. (...), no habría de ser incluida al no haber quedado suficientemente justificado el cumplimiento de los requisitos recogidos en el PCAP y en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP.

No queda justificado satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador. Las mismas se fundamentan en hipótesis o prácticas no adecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico y económico.».

Por su parte, la mesa de contratación en sesión celebrada el 8 de noviembre de 2022, una vez examinado el informe de viabilidad señala respecto de la oferta al lote 14 de la entidad ahora recurrente lo siguiente:

«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.».

Por último, en la resolución de 10 de marzo de 2023 de declaración de desierto del lote 14, en su antecedente de hecho séptimo, se pone de manifiesto que el 8 de noviembre de 2022 se celebra la cuarta mesa de contratación donde se comprueba la documentación aportada por las empresas en respuesta al requerimiento de oferta anormalmente baja referente al lote 14 y que tras su revisión la mesa acordó que la entidad ahora recurrente no justifica satisfactoriamente el bajo nivel de precios o costes.

SEXTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 10 de marzo de 2023 del órgano de contratación, por la que se declara desierta la licitación respecto al lote 14, en la que se contiene de forma implícita la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, solicitando a este Tribunal que la estimación del mismo acuerde la admisión de su proposición.

La recurrente cuestiona los puntos del informe de viabilidad en el que se basa la mesa de contratación para rechazar su oferta, esgrimiendo una serie de motivos en los que trata de rebatir los argumentos por los que su oferta se ha considerado inviable: i) viabilidad de su oferta; ii) falta de motivación del rechazo de su oferta y iii) aplicación del principio de proporcionalidad.

1.1. Sobre la afirmación de la recurrente de que su oferta es viable.

La recurrente tras citar y reproducir los argumentos esgrimidos por la mesa de contratación para rechazar su oferta, afirma que la motivación para entender no justificada su baja anormal es por ofertar un precio coste por hora inferior al mínimo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). En ese sentido, señala que es cierto que su coste ofertado es inferior al dispuesto en los 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. A su entender, lo relevante será que su 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 aplicable.

Al respecto, señala que su coste es inferior precisamente porque se han incluido en las tablas sobre el coste salarial dos complementos salariales (complemento de perfeccionamiento profesional y complemento de dedicación), que no son obligatorios incluir y que su empresa no los aplica en el salario que abona a sus docentes.

En definitiva, entiende la recurrente que cumple con los costes laborales aplicables por convenio, siendo los costes señalados en el PCAP orientativos para la elaboración del presupuesto base de licitación, y habiendo justificado la viabilidad de su oferta, su empresa no puede ser en ningún caso excluida por anormalidad, habiendo demostrado los costes reales que van a permitirnos llevar a buen término la ejecución del contrato.

1.2. Sobre la falta de motivación del rechazo de su oferta.

Afirma la recurrente que el informe de viabilidad, el acta de la sesión cuarta de la mesa de contratación y la resolución del órgano de contratación sobre la declaración de desierto, carecen de motivación suficiente y no contienen los elementos mínimos para la exclusión, dado que solo alude a que al coste del personal formador se le aplica un precio coste por hora que es inferior al mínimo establecido en la página 56 del PCAP, no quedando a su entender justificados ni ajustados a derecho los costes salariales presentados por su empresa en la documentación acreditativa de su viabilidad, motivo que como se ha expuesto no es condición para la exclusión, quedando demostrado que su empresa cumple con los costes laborales y que el precio señalado en el pliego es orientativo para la elaboración del presupuesto base de licitación, por lo que si el órgano de contratación lo que pretendía era la no admisión de la justificación de su oferta, debió esgrimir la motivación suficiente. En este sentido, señala que en este caso no es que exista ausencia de motivación, sino que se señaló que cumplía con la legislación laboral vigente, pero nada se dice en absoluto de la viabilidad de su proposición, simplemente se hace mención a la comparativa con los precios dispuestos en pliego.

1.3. Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad.

Indica el recurso que además de lo expuesto es preciso señalar la importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad de forma transversal, esto es a todas las fases del procedimiento de adjudicación, lo que resulta evidente. En ese sentido señala que *«Este principio (recogido actualmente en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE y en artículo 138.1 LCSP), supone, conforme han manifestado los tribunales de recursos que "toda medida que se tome debe ser necesaria y proporcionada al fin perseguido, lo que impide adoptar un acto de graves consecuencias, como la exclusión de un licitador, con justificación en una causa irrelevante (…). (Véanse por ejemplo las resoluciones del OARC Euskadi 11/2016 y 45/2015 o la STJUE 14 de diciembre de 2016, C-171/15)".»*.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del órgano de contratación al recurso relaciona los hechos más relevantes acaecidos en la licitación respecto del lote 14, sin esbozar alegación alguna que pudiera desvirtuar los argumentos esgrimidos en el recuso. En este sentido, relacionado con el recuso interpuesto, solo es posible extraer del antecedente de hecho décimo del mencionado informe la afirmación de que: *«Es la propia empresa quien manifiesta en su Informe para tratar de justificar su situación de baja anormal o desproporcionada la que incumple los requisitos mínimos que se establecen en el PCAP.*
Mínimo exigido en el PCAP: 15,46 Euros / hora.
Propuesta de la empresa: 13,73 Euros / hora.».

Al respecto, la ausencia por parte de dicho órgano de contratación de las alegaciones que en cierta forma pudiesen desvirtuar las denuncias vertidas en el escrito de recurso, sustrae a este Tribunal en su análisis de los argumentos de oposición al recurso, más allá de los contenidos en el procedimiento de licitación (v.g. Resoluciones 211/2021, de 27 de mayo, 537/2021, de 10 de diciembre, 465/2022, de 22 de septiembre, y 102/2023, de 17 de febrero, de este Tribunal, entre otras muchas).

SÉPTIMO. Fondo del recurso. Consideraciones del Tribunal.

De lo expuesto anteriormente, queda claro que a juicio del órgano de contratación la recurrente no justifica la viabilidad de su oferta porque tanto a los gastos del personal formador como a los del personal coordinador se les aplica un precio de coste por hora que es inferior al mínimo establecido en la página 56 del PCAP.

Al respecto, interesa reproducir parte del apartado 2 del anexo I «características del contrato» del PCAP. En este sentido, en el epígrafe «Importe desglosado» se indica en lo que aquí interesa lo siguiente:

«(…) el presupuesto base de licitación debe, por un lado, ser el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, y por otro, atender al precio general de mercado, aunque siempre respetando el principio de control del gasto, cuya previsión normativa aparece en el artículo 1 del LCSP.
(…)
Asimismo, en cumplimiento del artículo 100 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Publico, se procede a desglosar el Presupuesto Base de Licitación indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación, así como con desagregan de género y categoría profesional, los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

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 seria 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/ano resultaría el coste /hora mínimo del personal formador o coordinador, según cuadro adjunto.
(…)
Debe tenerse en cuenta que los costes laborales establecidos en el Convenio de referencia son los mínimos obligatorios legales.
(...)».

En el citado *«cuadro adjunto»,* se contienen los siguientes conceptos laborales para el personal formador y coordinador: sueldo base, complemento de perfeccionamiento profesional (CPP), complemento de dedicación y cuotas sociales; además de los anteriores en el personal coordinador figura el concepto de complemento de puestos funcionales. Asimismo, consta en dicho cuadro el precio hora de dicho personal para los años 2020, 2021, 2022 y 2023.

Por su parte, en la documentación aportada por la entidad ahora recurrente para justificar la viabilidad de su oferta, consta que como precio hora para el personal formador 13,73 euros por hora; y respecto al personal coordinador, se indica en dicha documentación que *«En los costes de coordinación se ha incluido un coste de 8.235,11 € que se corresponde a un perfil de Coordinador, técnico, calculado según las especificaciones del pliego, en función de las horas necesarias para impartir las acciones formativas descritas. Importe que supera lo establecido en el Convenio Estatal de Enseñanza y Formación no Reglada. Esta coordinación, incluye las labores de apoyo, que realiza las tareas de coordinación y gestión de los alumnos, tareas administrativas y de coordinación en función de las horas de impartición de los lotes correspondientes y con la categoría de personal formador»*, figurando a continuación un cuadro donde se desglosa dicha cantidad de 8.235,11 euros.

Pues bien, 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 han incluido los complementos de perfeccionamiento profesional y de dedicación, que no son obligatorios incluir y que su empresa no aplica en el salario a sus docentes. En este sentido, parece haber una contradicción, pues tanto en el informe de viabilidad como en el acta de la mesa de contratación se afirma que la empresa ha incluido los complementos de dedicación.

Procede, pues, analizar en primer lugar si los complementos recogidos en el presupuesto base de licitación, se encuentran 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.

Sobre el complemento de dedicación, el Convenio colectivo de aplicación dispone en su artículo 31 que *«Con efectos desde el día uno del mes siguiente a la fecha de publicación del presente Convenio colectivo los trabajadores percibirán un complemento salarial mensual (doce pagas) denominado «de dedicación» que ascenderá a las siguientes cuantías:*
– 109,69 euros/mes si presta servicios el 50 % o más de la jornada anual.
– 54,85 euros/mes si presta servicios menos del 50 % y más del 25 % de la jornada anual.
– 33,21 euros/mes si presta servicios el 25 % o menos de la jornada anual.».

Como indica dicho artículo, el complemento de dedicación forma parte de los costes laborales y su cuantía no es única para todo el personal, dado que depende del porcentaje de dedicación de la persona trabajadora en la jornada anual.

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.».

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.

Por último, respecto al complemento de puestos funcionales, nada dice al respecto el Convenio colectivo de aplicación, por lo que el mismo no es laboralmente exigible.

En segundo lugar, 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.

Y en tercer lugar, 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 insuficiencia de determinadas partidas puedan ser consideradas válidas si se pueden entender subsumidas 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 (...)»*.

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

OCTAVO. Sobre los 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 séptimo de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución, de 10 de marzo de 2023, del órgano de contratación por la que se declara desierto el procedimiento de licitación, respecto al lote 14, 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 10 de marzo de 2023, del órgano de contratación por la que se declara desierto el procedimiento de licitación, respecto al lote 14, del 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" (Expte. CONTR 2021 0000786039), promovido por la Secretaría General Técnica de la entonces Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo y, en consecuencia, anular el acto impugnado, con retroacción de las actuaciones al momento anterior al mismo, a fin de que se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho octavo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, respecto del lote 14, adoptada por este Tribunal mediante Resolución M.C. 37/2023, de 10 de abril.

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.