

**Recurso nº 112/2018****Resolución nº 104/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 15 de novembro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por F.S.V. actuando en nome e representación de SOOM MANAGEMENT S.L. contra o acordo de exclusión da súa oferta ao lote 3 do procedemento de licitación do servizo de actividades físicas para a saúde e fitness na área de benestar, saúde e deportes, expediente 314/2018 da Universidade de Vigo, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

**ANTECEDENTES DE FEITO**

**Primeiro.-** Polo Reitorado da Universidade de Vigo convocouse a licitación do contrato o servizo de actividades físicas para a saúde e fitness na área de benestar, saúde e deportes, cun valor estimado declarado de 852.351,00 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE do 08.09.2018 e na Plataforma de Contratos do Sector Público o 10.09.2018.

**Segundo.-** O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida á Lei 9/2017 de 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP, en adiante).

**Terceiro.-** O recorrente impugna o acordo da mesa de contratación de data 09.10.2018 polo que se decide a súa exclusión do lote 3 da licitación, fundamentada

esta na presentación pola súa parte de dúas ofertas nun procedemento tramitado de forma electrónica. Segundo o recurso ese acordo foille enviado o 10.10.2018.

**Cuarto.-** O 30.10.2018 SOOM MANAGEMENT S.L. (SOOM, en adelante) interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia e na web do TACGal.

**Quinto.-** Con data 31.10.2018 reclamouse á Universidade de Vigo o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adelante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 06.11.2018.

**Sexto.-** Trasládouse o recurso aos interesados o 07.11.2018, recibíndose alegacións de FCC AQUALIA S.A.

**Sétimo.-** O 08.11.2018 o TACGal decide a suspensión do procedemento de adxudicación do lote 3.

## FUNDAMENTOS DE DEREITO

**Primeiro.-** Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

**Segundo.-** O presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

**Terceiro.-** O recorrente é o directamente excluído do procedemento de licitación polo acordo impugnado, o que determina que a súa lexitimación se axuste ao artigo 48 LCSP.

**Cuarto.-** Dadas as datas descritas, o recurso foi interposto en prazo.

**Quinto.-** Tratándose dun acto de exclusión acordado na licitación dun contrato de servizos cun valor estimado superior a 100.000 euros, o recurso é admisible.

**Sexto.-** O recorrente argumenta no seu recurso que non presentou dúas ofertas ao lote número 3, senón os mesmos sobres dúas veces, seguindo a información que aportaban as mensaxes da Plataforma de Contratos do Sector Público.

O órgano de contratación, no seu informe, reproduce o artigo 139.3 LCSP como sustento da decisión adoptada.

FCC AQUALIA S.A considera tamén que ese precepto impedía a admisión para o lote 3, que non estamos ante un caso equiparable a meros defectos formais, e que se a recorrente tivo dúbidas na presentación puido consultalas ou informar dos problemas, cousa que non realizou, estando a mesa obrigada a actuar como fixo ao atoparse cunha dobre presentación.

**Sétimo.-** Estamos en presenza dunha presentación telemática de ofertas a través da Plataforma de Contratación do Sector Público, nunha licitación dividida en tres lotes.

Así, o apartado 8.2.1 PCAP recollía:

*“Las propuestas se presentarán, dentro del plazo que se determine conforme el punto 6.2.1 de este pliego, exclusivamente empleando medio electrónicos a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.”*

É un dato incontrovertido que cando a mesa de contratación se reúne para a apertura do sobre A, se atopa que existen dúas presentacións de oferta ao lote 3 por parte de SOOM, unha o 05.10.2018 e outra o 18.10.2018. Non sucedeu así cos lotes 1 e 2, onde só houbo unha presentación.

En base a isto, o que se somete á nosa decisión é se pode considerarse como contrario a dereito que, perante tal situación, a mesa acordara a exclusión de SOOM dese lote 3, en base ao artigo 139.3 LCSP.

Tal precepto, lembremos, establece:

*“Artigo 139. Propositions dos interesados.*

*(...)*

*3. Cada licitador non poderá presentar máis dunha proposición, sen prexuízo do disposto no artigo 142 sobre admisibilidade de variantes, e no artigo 143 sobre presentación de novos prezos ou valores no seo dunha poxa electrónica. Tampouco se poderá subscribir ningunha proposta en unión temporal con outros se o fixo individualmente ou figurar en máis dunha unión temporal. A infracción destas normas dará lugar á non admisión de todas as propostas por el subscritas.”*

Ante todo, son moitas veces onde este TACGal lembrou que é responsabilidade do licitador que pretende concorrer cumprimentar correctamente a presentación da súa oferta (por todas, Resolución 31/2018 e STXUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10).

Neste caso, é bastante evidente que existindo dúas presentacións de propositions no lote 3 estaríamos na prohibición do artigo 139.3 LCSP de que *“Cada licitador non poderá presentar máis dunha proposición”* e que *“A infracción destas normas dará lugar á non admisión de todas as propostas por el subscritas.”*

Falta por analizar entón se o recorrente aporta consideracións eficaces para enervar ese mandato legal no caso que nos ocupa.

En primeiro lugar, expresa que polas mensaxes da Plataforma de Contratación do Sector Público estaba a entender que a segunda presentación deixaba sen efecto a primeira, para o cal recolle no seu recursos imaxes de pantallas da licitación electrónica en tal Plataforma.

Sobre isto debemos expresar que, sendo carga de recorrente trasladar a este Tribunal Administrativo que a realidade do sucedido é a que se recolle no seu recurso, non podemos dar por acreditado que así fora. A estes efectos non é suficiente unha mera descrición realizada no recurso nin a reprodución de pantallas da Plataforma das que non se nos ofrece fehaciencia de que foran as que apareceron no caso da presentación que aquí axuizamos, nin que a dinámica descrita polo recorrente sexa a que se corresponde co funcionamento desa Plataforma, etc...Neste sentido, o recorrente non traslada a este Tribunal a constancia dun erro ou incidencia no

funcionamento da Plataforma, nin aporta ou referencia documentación sobre a operatividade desta, quedando a súa argumentación circunscrita ao ámbito da súa propia descrición do procedemento electrónico de presentación de ofertas.

Como recolle o Acordo 111/2018 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra:

*“En primer lugar, es preciso señalar que quien hace una afirmación tiene la carga de probarla, como señala entre otros, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 19/2018 de 13 de febrero, en donde se señala que “los actos de la Administración Pública no pueden ser puestos en tela de juicio en base a meras conjeturas, sino que es preciso que, quien los discuta, aporte argumentos o principios de prueba que acrediten, siquiera sea de forma indiciaria, que el órgano de contratación ha actuado de forma no razonable o con algún grado de arbitrariedad”.*

*Elo es así toda vez, que tal y como expone el mismo Tribunal en sus Acuerdo 47/2015, de 17 de abril y 72/2015, de 26 de junio, en nuestro ordenamiento jurídico, es lo mismo no tener un derecho, que tenerlo y no poder probarlo. Es al licitador, hoy reclamante, a quien le corresponde demostrar la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, contrario a la forma prescrita por la ley, en este caso al pliego. La carga de la prueba es la obligación procesal del deber de demostrar un hecho, e incumbe al reclamante; resultando que quien tiene la carga de la prueba, es quien ha de demostrar el incumplimiento de la Ley. Este principio general de todo procedimiento contradictorio, se desprende del artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, es el denominado «onus probando» y su fundamento es que si el recurrente denuncia, o imputa, al órgano de contratación, un determinado incumplimiento legal (en este caso la incorrecta admisión de una oferta), debe demostrarlo. Quien invoca algo que rompe la base o fundamento sobre el que se postula un enunciado, debe probarlo («affirmanti incumbit probatio»), pues en el procedimiento, la titularidad de la carga de la prueba la tiene la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión.”*

En todo caso, as decisións que adoptou na utilización desa aplicación para a licitación electrónica lle son, de inicio, imputables ao licitador, existindo nestas plataformas sistemas de axuda para as dúbidas que poidan xurdir. Así, o certo, unha vez máis, é que a mesa o que se atopa é co dato obxectivo de dúas presentación de proposicións no lote 3. En todo caso, sen ánimo de ser exhaustivo, na *Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y Presentación de ofertas* da Plataforma estatal, no seu punto 5.6.2, recolle unha mención transversal de que “NO intente una nueva presentación. Las dobles presentaciones pueden ser motivo de exclusión.”

A seguinte alegación o recorrente é que, neste caso, non hai vulneración do artigo 139.3 LCSP porque en ambas presentacións a proposta presentada tiña idéntico contido.

Para analizar tal consideración hai que situarse, novamente, en se a actuación da mesa de contratación foi ou non correcta.

Pois ben, aceptar a tese do recorrente implicaría, cando menos, que en situacións coma estas, onde constan dúas presentacións de ofertas para o mesmo obxecto contractual por un licitador, se tería que analizar se en cada unha das presentacións hai ou non unha identidade exacta.

Ante isto, este TACGal considera que, sendo a formulación das ofertas unha carga responsabilidade do licitador, non é desproporcionado entender que ante unha presentación dobre da oferta polo mesmo licitador a mesa de contratación invoque e aplique o artigo 139 LCSP. Pero, a maiores disto, é mostra de que se nos aparece como improcedente outra conclusión, observar que a tese do recorrente levaría a situacións de moi difícil asunción nun procedemento de contratación pública, como sería que xa nun primeirísimo momento a mesa de contratación tería que abrir todos os sobres presentados por tal licitador para facer unha pormenorizada análise para comprobar se existe ou non identidade, o cal resultaría incompatible, cando menos, co respecto aos tempos e trámites previstos na lei para tales aperturas.

Por todo anterior, procede desestimar o recurso.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Desestimar** o recurso interposto por SOOM MANAGEMENT S.L. contra o acordo de exclusión da súa oferta ao lote 3 do procedemento de licitación do servizo de actividades físicas para a saúde e fitness na área de benestar, saúde e deportes (3 lotes) expediente 314/2018 da Universidade de Vigo.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.