

Recurso nº 112/2018**Resolución nº 104/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por F.S.V. actuando en nombre y representación de SOOM MANAGEMENT S.L. contra el acuerdo de exclusión de su oferta al lote 3 del procedimiento de licitación del servicio de actividades físicas para la salud y fitness en el área de bienestar, salud y deportes, expediente 314/2018 de la Universidad de Vigo, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Rectorado de la Universidad de Vigo se convocó la licitación del contrato del servicio de actividades físicas para la salud y fitness en el área de bienestar, salud y deportes, con un valor estimado declarado de 852.351,00 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE del 08.09.2018 y en la Plataforma de Contratos del Sector Público el 10.09.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP, en adelante).

Tercero.- El recurrente impugna el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 09.10.2018 por el que se decide su exclusión del lote 3 de la licitación, fundamentada esta en la presentación por su parte de dos ofertas en un procedimiento tramitado de forma electrónica. Según el recurso ese acuerdo le fue enviado el 10.10.2018.

Cuarto.- El 30.10.2018 SOOM MANAGEMENT S.L. (SOOM, en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal.

Quinto.- Con data 31.10.2018 se reclamó a la Universidad de Vigo el expediente y el informe a lo que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 06.11.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 07.11.2018, recibéndose alegaciones de FCC AQUALIA S.A.

Séptimo.- El 08.11.2018 el TACGal decide la suspensión del procedimiento de adjudicación del lote 3.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde la este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- El presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- El recurrente es el directamente excluido del procedimiento de licitación por el acuerdo impugnado, lo que determina que su legitimación se ajuste al artículo 48 LCSP.

Cuarto.- Dadas las fechas descritas, el recurso fue interpuesto en plazo.

Quinto.- Tratándose de un acto de exclusión acordado en la licitación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, el recurso es admisible.

Sexto.- El recurrente argumenta en su recurso que no presentó dos ofertas al lote número 3, sino los mismos sobres dos veces, siguiendo la información que aportaban los mensajes de la Plataforma de Contratos del Sector Público.

El órgano de contratación, en su informe, reproduce el artículo 139.3 LCSP como sustento de la decisión adoptada.

FCC AQUALIA S.A considera también que ese precepto impedía la admisión para el lote 3, que no estamos ante un caso equiparable a meros defectos formales, y que si la recurrente tuvo dudas en la presentación pudo consultarlas o informar de los problemas, cosa que no realizó, estando la mesa obligada a actuar como hizo al encontrarse con una doble presentación.

Séptimo.- Estamos en presencia de una presentación telemática de ofertas a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, en una licitación dividida en tres lotes.

Así, el apartado 8.2.1 PCAP recogía:

“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.”

Es un dato incontrovertido que cuando la mesa de contratación se reúne para la apertura del sobre A, se encuentra que existen dos presentaciones de oferta al lote 3 por parte de SOOM, una el 05.10.2018 y otra el 18.10.2018. No sucedió así con los lotes 1 y 2, donde solo hubo una presentación.

En base a esto, lo que se somete a nuestra decisión es si puede considerarse como contrario a derecho que, ante tal situación, la mesa acordara la exclusión de SOOM de ese lote 3, en base al artículo 139.3 LCSP.

Tal precepto, recordemos, establece:

“Artículo 139. Propositiones de los interesados.

(...)

3. Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes, y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco se podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros se lo hizo individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.”

Ante todo, son muchas las ocasiones en que este TACGal recordó que es responsabilidad del licitador que pretende concurrir cumplimentar correctamente la presentación de su oferta (por todas, Resolución 31/2018 y STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10).

En este caso, es bastante evidente que existiendo dos presentaciones de proposiciones en el lote 3 estaríamos en la prohibición del artículo 139.3 LCSP de que *“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición”* y que *“La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.”*

Falta por analizar entonces si el recurrente aporta consideraciones eficaces para enervar ese mandato legal en el caso que nos ocupa.

En primer lugar, expresa que por los mensajes de la Plataforma de Contratación del Sector Público estaba entendiendo que la segunda presentación dejaba sin efecto la primera, para lo cual recoge en su recursos imágenes de pantallas de la licitación electrónica en tal Plataforma.

Sobre esto debemos expresar que, siendo carga del recurrente trasladar a este Tribunal Administrativo que la realidad de lo sucedido es la que se recoge en su recurso, no podemos dar por acreditado que así fuera. A estos efectos no es suficiente

una mera descripción realizada en el recurso ni la reproducción de pantallas de la Plataforma de las que no se nos ofrece fehaciencia de que fueran las que aparecieron en el caso de la presentación que aquí enjuiciamos, ni que la dinámica descrita por el recurrente sea la que se corresponde con el funcionamiento de esa Plataforma, etc... En este sentido, el recurrente no traslada a este Tribunal la constancia de un error o incidente en el funcionamiento de la Plataforma, ni aporta o referencia documentación sobre la operatividad de esta, quedando su argumentación circunscrita al ámbito de su propia descripción del procedimiento electrónico de presentación de ofertas.

Como recoge el Acuerdo 111/2018 del 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”.

Ella es así toda vez, que tal y como expone el mismo Tribunal en sus Acuerdos 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, las decisiones que adoptó en la utilización de esa aplicación para la licitación electrónica le son, de inicio, imputables al licitador, existiendo en estas plataformas sistemas de ayuda para las dudas que puedan surgir. Así, lo cierto, una

vez más, es que la mesa lo que se encuentra es con el dato objetivo de dos presentación de proposiciones en el lote 3. En todo caso, sin ánimo de ser exhaustivo, en la *Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y Presentación de ofertas* de la Plataforma estatal, en su punto 5.6.2, recoge una mención transversal de que *“NO intente una nueva presentación. Las dobles presentaciones pueden ser motivo de exclusión.”*

La siguiente alegación del recurrente es que, en este caso, no hay vulneración del artículo 139.3 LCSP porque en ambas presentaciones la propuesta presentada tenía idéntico contenido.

Para analizar tal consideración hay que situarse, nuevamente, en si la actuación de la mesa de contratación fue o no correcta.

Pues bien, aceptar la tesis del recurrente implicaría, cuando menos, que en situaciones como estas, donde constan dos presentaciones de ofertas para el mismo objeto contractual por un licitador, se tendría que analizar si en cada una de esas presentaciones hay o no una identidad exacta.

Ante esto, este TACGal considera que, siendo el planteamiento de las ofertas una carga responsabilidad del licitador, no es desproporcionado entender que ante una presentación doble de la oferta por el mismo licitador la mesa de contratación invoque y aplique el artículo 139 LCSP. Pero, a mayores de esto, es muestra de que se nos aparece como improcedente otra conclusión, observar que la tesis del recurrente llevaría a situaciones de muy difícil asunción en un procedimiento de contratación pública, como sería que ya en un primerísimo momento la mesa de contratación tendría que abrir todos los sobres presentados por tal licitador para hacer un pormenorizado análisis para comprobar se existe o no identidad, lo cual resultaría incompatible, cuando menos, con el respeto a los tiempos y trámites previstos en la ley para tales aperturas.

Por todo lo anterior, procede desestimar el recurso.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por SOOM MANAGEMENT S.L. contra el acuerdo de exclusión de su oferta al lote 3 del procedimiento de licitación del servicio de actividades físicas para la salud y fitness en el área de bienestar, salud y deportes (3 lotes) expediente 314/2018 de la Universidad de Vigo.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.