

Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del TS de 10 de Mayo de 2017 (rec.2504/2015)

Encabezamiento

SENTENCIA

En Madrid, a 10 de mayo de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2504/2015, interpuesto, de una parte, por la mercantil Indusal Navarra, S.A., representada por la procuradora doña Eloisa García Martín, y, de otra, por la Comunidad Autónoma de La Rioja, representada por el procurador don Jorge Deleito García y asistida de la letrada de dicha Comunidad, contra la *sentencia nº 160, dictada el 28 de mayo de 2015 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja y recaída en el recurso nº 10/2014*, sobre resolución de 11 de diciembre de 2013 del Gerente del Servicio Riojano de Salud, dictada por delegación del Presidente, por la que, entre otros pronunciamientos, se resuelve adjudicar el contrato de Servicio Integral de Lavandería para el Servicio Riojano de Salud, con sujeción a los pliegos-tipo de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas base de la convocatoria. Se ha personado, como recurrida, la mercantil Marina de Complementos, S.L., representada por el procurador don Isidro Orquín Cedenilla y asistida por el letrado don Sergio Fernández Monedero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 10/2014, seguido en la Sala de lo Contencioso Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, el 28 de mayo de 2015 se dictó sentencia* cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLAMOS:

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de Marina de Complementos, S.L., contra la resolución de 11 de diciembre de 2013 del Gerente del Servicio Riojano de Salud, dictada por delegación del Presidente, por la que, entre otros pronunciamientos, se resuelve adjudicar el contrato de Servicio Integral de Lavandería para el Servicio Riojano de Salud, con sujeción a los pliegos-tipo de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas base de la convocatoria, a INDUSAL NAVARRA SA, que anulamos por ser contraria a derecho, declarando el derecho de la recurrente a la adjudicación del contrato y a ser indemnizada por los daños derivados del tiempo durante el que no ha podido disfrutar de la condición de contratista, indemnización que habrá de determinarse en ejecución de sentencia y que comprenderá el beneficio --lucro cesante-- dejado de percibir durante el periodo de tiempo que la recurrente no ha sido adjudicataria del contrato. Todo ello, sin que proceda hacer una condena en costas".

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia anunciaron recurso de casación, de una parte, la Comunidad Autónoma de La Rioja y, de otra, la mercantil Indusal Navarra, S.A., que la Sala de instancia tuvo por preparados por diligencia de

ordenación de 3 de julio de 2015, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Personada la procuradora doña Eloisa García Martín, en representación de la mercantil Indusal Navarra, S.A., formalizó el recurso anunciado, que articuló en el siguiente motivo:

«ÚNICO.- Al amparo del *art. 88.1 apartado c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, por cuanto la sentencia incurre en infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia que son aplicables para resolver la cuestión objeto del debate, como son los *artículos 150 y concordantes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, así como la Jurisprudencia que ha venido a interpretar dicho artículo. [...]».

Y suplicó a la Sala que tenga por interpuesto el referido recurso.

Por su parte, el procurador don Jorge Deleito García, en representación de la Comunidad Autónoma de La Rioja, interpuso el suyo por escrito registrado el 29 de septiembre de 2015, que articuló en dos motivos:

«Primero.- Se formula al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueron aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto, los *artículos 1, 139 y 150 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en relación con los *artículos 24 de la Constitución y 3.1 del Código Civil*.

[...]

Segundo.- Se formula al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueron aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto, los *artículos 60 de la Ley reguladora y 318 y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en relación con el *artículo 24 de la Constitución*.

[...]».

Y pidió a la Sala que

«[...] previos los trámites oportunos, declare haber lugar al recurso y anule la sentencia impugnada, dictando otra en la que, estimando las pretensiones de esta parte, declare conforme a Derecho la resolución dictada el 11 de diciembre de 2013 por el Gerente del Servicio Riojano de Salud, (por delegación del Presidente del citado Organismo) por la que se adjudicaba el contrato de servicio Integral de Lavandería para el servicio Riojano de Salud, con sujeción a los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas a Indusal Navarra, S.A., con todas las consecuencias legales a ello inherentes y con imposición de costas a la parte recurrida».

Por Otrosí Digo, manifestó que no considera necesaria la celebración de vista pública.

CUARTO.- Presentadas alegaciones por las partes sobre la posible causa de inadmisión del recurso, puesta de manifiesto por providencia de 17 de noviembre de 2015, por *auto de 12 de mayo de 2016 la Sección Primera de esta Sala* acordó:

«1º Declarar la admisión del recurso de casación interpuesto en nombre y representación de la Comunidad Autónoma de La Rioja contra la *sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de fecha 28 de mayo de 2015, dictada en el recurso número 10/2014* .

2º Declarar la admisión del recurso de casación interpuesto por la representación de la entidad mercantil Indisal Navarra, S.A. contra la referida sentencia.

3º Y, para su sustanciación, remítanse las actuaciones a la Sección Séptima de esta Sala, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos. Sin costas».

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en la Sección Séptima, por diligencia de ordenación de 14 de junio de 2016 se dió traslado de los escritos de interposición a la parte recurrida para que formalizara su oposición.

SEXTO.- Debido a la reestructuración de la Sala, como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo régimen del recurso de casación y en aplicación de las nuevas normas de reparto vigentes a partir del día 22 de julio de 2016, aprobadas por acuerdo de la Sala de Gobierno de 14 de junio anterior (BOE núm. 163, de 7 de julio de 2016), se remitieron las actuaciones a esta **Sección Cuarta** .

SÉPTIMO.- Evacuando el traslado conferido, el procurador don Isidro Orquín Cedenilla, en representación de la mercantil Marina de Complementos, S.L., se opuso a los recursos de casación interpuestos de contrario, solicitando a la Sala que, tras los trámites legales oportunos, proceda a:

«(i) Inadmitir de forma íntegra los dos recursos de casación --o, al menos, el motivo segundo de la interposición del recurso de casación de la Comunidad Autónoma de La Rioja--.

(ii) Subsidiariamente, desestimar íntegramente dichos recursos de casación».

Con expresa imposición de costas --dijo-- a las partes recurrentes.

OCTAVO.- Mediante providencia de 2 de febrero de 2017 se señaló para votación y fallo el día 25 de abril del corriente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

NOVENO.- En la fecha acordada, 25 de abril de 2017, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el 8 de mayo siguiente, se pasó a la firma la sentencia

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Servicio Riojano de Salud sacó a licitación la adjudicación del contrato de Servicio Integral de Lavandería (expediente 15-7-2.01-0001/2014) para el período comprendido entre el 1 de mayo de 2014 y el 30 de abril de 2022.

Anunciada en el Boletín Oficial de La Rioja de 23 de septiembre de 2013, concurrieron a ella dos empresas: Indusal Navarra, S.A. y Marina de Complementos, S.L. Por resolución del Gerente del Servicio Riojano de Salud de 11 de diciembre de 2013, dictada por delegación de su presidente, el contrato se adjudicó a Indusal Navarra, S.A. de acuerdo con la propuesta de la mesa de contratación por ser su oferta la que obtuvo mayor puntuación de acuerdo con los criterios contenidos en los pliegos-tipo de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas por los que se regía la convocatoria.

En particular, la valoración respectiva, fue la siguiente:

Criterios de valoración automática Criterios dependientes

de juicios de valor TOTAL HASTA 100 PUNTOS

EMPRESAS Oferta económica Tiempo

de respuesta Retirada de equipos

Indusal Navarra, S.A. 13.902,294,04€

34,58 puntos 17 minutos

4,41 puntos 240.000

2,40 puntos 44,50 puntos 85,89 puntos

Marina de Complementos, S.L. 13.735.457,85€

35 puntos 5 minutos

15 puntos 500.000

5 puntos 27,87 puntos 82,87 puntos

Marina de Complementos, S.L. sostuvo que la oferta de Indusal Navarra, S.A. no era la más ventajosa y que la correcta aplicación de los mencionados criterios debía conducir a anular la adjudicación y a disponer que se le adjudicara a ella el contrato indemnizándole o, subsidiariamente, de no ser posible ya que se le adjudicara, a reconocerle el derecho a ser resarcida por los gastos en que incurrió, por el coste de oportunidad y por el lucro cesante habida cuenta de que debió adjudicársele el contrato.

En su demanda, Marina de Complementos, S.L. argumentó que se habían aplicado incorrectamente los pliegos en los siguientes extremos.

Por una parte en la asignación de puntos por el criterio automático de tiempo de respuesta, toda vez que se aceptó el de Indusal Navarra, S.A. pese a ser imposible de cumplir.

Por la otra, reprochó al Servicio Riojano de Salud la aplicación ilegal de los siguientes criterios dependientes de juicios de valor: (i) por los datos técnico-

administrativos, pues a Indusal Navarra, S.A. se le dio el máximo (20 puntos), mientras que a la recurrente solamente se le dieron 16 puntos; (ii) por el espacio máximo de los inmuebles puestos a disposición del contrato que se atribuye a Indusal Navarra, S.A.; (iii) por considerar como un estudio previo su anteproyecto; (iv) por apreciar arbitrariamente falta de idoneidad de sus instalaciones de lavandería para obtener la licencia municipal por una cuestión de retranqueos; (v) por el reproche indebido que le hace de incumplir la legislación laboral por falta de previsión de vestuarios ya que la documentación técnica es solamente un anteproyecto a desarrollar en el proyecto sin perjuicio de que ya mencionara la zona de vestuarios y aseos; (vi) por la desproporción manifiesta de los kilogramos que se acepta que puede absorber Indusal Navarra, S.A. con los veintiocho trabajadores que ofrece (36.000 kg/día) cuando se tuvo por bueno --y se puntuó con 4,82 puntos sobre 5-- que los veintisiete de su oferta pueden llegar a 8.000 kg. y que la demanda media del Servicio Riojano de Salud es de 4.000 kg/día; (vii) por la aplicación arbitraria del criterio de mejoras al valorar un plan de contingencia para supuestos en que la lavandería no pudiera funcionar en beneficio de Indusal Navarra, S.A, y en su perjuicio.

SEGUNDO.- La sentencia estimó en parte este recurso contencioso-administrativo.

De los motivos de impugnación contenidos en la demanda acogió los relativos al tiempo de respuesta y a la superficie destinada a lavandería.

A propósito del primero, tal como consta en el cuadro en el que hemos recogido las puntuaciones asignadas a cada empresa, la oferta de Indusal Navarra, S.A. decía que el tiempo de respuesta --o sea, el que se tarda en llegar desde sus instalaciones al Hospital de San Pedro en Logroño-- era de 17 minutos. En atención a ese dato, recibió 4,41 puntos de acuerdo con el criterio de puntuación establecido. Ahora bien, la demanda sostuvo y la sentencia acepta que es imposible recorrer la distancia de 26,5 kilómetros que separan las instalaciones de la lavandería --sitas en el polígono industrial de Cascajares, carretera de Logroño 25, en Nájera-- del Hospital de San Pedro, sito en la calle Piqueras nº 98 de Logroño, que era el punto de referencia.

Si bien Indusal Navarra, S.A. aportó para justificar que podía recorrerse esa distancia en los 17 minutos la impresión de la pantalla de la aplicación informática de la Guía Repsol en que así se hacía constar, la sentencia coincide con la recurrente en la instancia en que para lograrlo se debía circular a una velocidad constante de 90,35 kilómetros por hora y en que los vehículos a utilizar tienen limitaciones de velocidad a 80 y 90 kilómetros por hora que les impiden mantenerla. Además, no todo el recorrido es vía interurbana de manera que a las limitaciones anteriores debe añadirse las propias de las vías urbanas. Por tanto, la sentencia estima el recurso en este extremo.

Igualmente lo estima respecto de la valoración de la superficie destinada a lavandería por la oferta de Indusal Navarra, S.A. Por este concepto, explica la sentencia que la puntuación fue la siguiente:

EMPRESAS Valoración del proyecto Características de la lavandería Capacidad de la instalación Absorción del aumento de demanda TOTAL

Indusal Navarra, S.A. 5 puntos 4 puntos 4 puntos 1,50 puntos **14,50 puntos**

Marina de Complementos, S.L. 1,25 puntos 1,50 puntos 2,30 puntos 0,50 puntos **5,55 puntos**

La sentencia observa que en el informe técnico no se expresa la razón por la que para valorar la capacidad de la instalación se aplica como criterio la relación matemática entre superficies destinadas a lavandería y a espacios complementarios "que, casualmente, da lugar a una capacidad de la instalación coincidente con la propuesta por la adjudicataria". Por eso, concluye que ese informe técnico carece de la suficiente motivación.

La consecuencia a la que conduce la estimación del recurso de Marina de Complementos, S.L. en esos dos extremos --el tiempo de respuesta y la superficie destinada a lavandería-- la explica la sentencia diciendo que, al no haber justificado Indusal Navarra, S.A. su capacidad para cumplir con el tiempo de respuesta que había señalado en su oferta, no se le pueden atribuir puntos por ese concepto, de manera que se deben detracer los 4,41 puntos que se le asignaron por él. Así, su puntuación inicial de 85,89 puntos queda en 81,48 puntos, por tanto inferior a la de Marina de Complementos, S.L. que era de 82,87 puntos. Esto supone, añade la sentencia, que es esta última la que debe ser la adjudicataria del contrato y hace irrelevante el alcance de la estimación relativa a la capacidad de la instalación.

Por otro lado, como quiera que el contrato contempla el período que se extiende desde 1 de mayo de 2014 al 30 de abril de 2022, la sentencia acoge la pretensión principal de la demanda y reconoce el derecho de Marina de Complementos, S.L. a que se le adjudique el contrato y a que se le indemnice por el período en el que no ha podido disfrutar de su condición de contratista. Indemnización que limita al lucro cesante, es decir, al beneficio dejado de percibir durante el período transcurrido. En cambio, no le reconoce el derecho a ser resarcida por los gastos en que incurrió para participar en la licitación porque han tenido utilidad para la recurrente. Tampoco le reconoce indemnización por el coste de oportunidad porque, dice la sentencia, no ha acreditado que se haya visto impedida de participar en otras licitaciones.

TERCERO .- La Comunidad Autónoma de la Rioja ha interpuesto dos motivos de casación contra esta sentencia, ambos al amparo del *apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción* . A continuación, exponemos, en síntesis, su contenido respectivo.

(1º) El primero mantiene que la sentencia infringe los *artículos 1 , 139 y 150 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre* , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el *artículo 24 de la Constitución* y el *artículo 3.1 del Código Civil* . Entiende la Administración riojana que ha vulnerado estos preceptos en su pronunciamiento sobre el tiempo de respuesta de Indusal Navarra, S.A. Así, tras recordar el tenor de los artículos 150.1 y 130 del citado texto refundido y el del apartado 14 del pliego de cláusulas administrativas particulares que formuló el criterio automático del tiempo de respuesta, destaca que no se exigió una forma concreta de acreditarlo sino solamente la localización exacta de las instalaciones y su distancia hasta el Hospital de San Pedro. Añade que ambas licitadoras entendieron del mismo modo lo que se pedía y presentaron en los mismos términos mapas y justificación de los tiempos con documentos extraídos de Internet y que a las dos se les aplicó la regla proporcional del punto 1.2 de ese apartado para obtener los puntos que correspondían a cada una.

Aquí subraya que no tener por acreditado el tiempo de respuesta de Indusal Navarra, S.A. mientras que sí se considera justificado el de Marina de Complementos, S.L. implica un trato discriminatorio para aquella proscrito por el *artículo 14 de la*

Constitución . Dice, también, que la sentencia no tiene en cuenta los principios de igualdad de trato y de transparencia, que son rectores de la contratación administrativa. Parece sostener, además, aunque no se expresa con la necesaria claridad que, en cualquier caso, Indusal Navarra, S.A. habría debido obtener por este concepto la puntuación que según la regla proporcional le correspondía.

Sobre la capacidad de la instalación considera la Administración riojana que la sentencia infringe nuevamente el principio de igualdad y la exigencia de que las sentencias sean motivadas al concluir que carece de motivación el informe técnico sobre la puntuación correspondiente a ambas ofertas por este concepto. Ese informe, razonable y razonado, dice el escrito de interposición, no hizo más que aplicar objetivamente a todos los licitadores el subcriterio correspondiente "otorgando una aplicación proporcional a la superficie destinada a la maquinaria propia de la instalación y de espacios complementarios". Sostiene, igualmente, que "la proporción establecida no ha generado discriminación alguna entre los licitadores ni lesionado el principio de igualdad".

Por último, este primer motivo, termina afirmando que la sentencia infringe el artículo 150 del texto refundido porque no tiene en cuenta la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración y adjudica el contrato a la recurrente en la instancia sin tener en cuenta los propios pliegos, atribuyéndose "el juzgador unas potestades propias del órgano colegiado que es la mesa de contratación, contraviniendo los principios de igualdad de trato de los licitadores, transparencia y discrecionalidad técnica". Asimismo, sostiene la Administración riojana que la sentencia no ha tenido en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dicho reiteradamente que esos principios de igualdad de trato y de transparencia implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento así como que han de ser aplicados de manera objetiva y uniforme.

(2º) El otro motivo de casación achaca a la sentencia la vulneración de los *artículos 60 de la Ley de la Jurisdicción y 318 y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en relación con el *artículo 24 de la Constitución* y la jurisprudencia sobre la valoración de la prueba. A su parecer, ha apreciado incorrectamente la prueba documental. Recuerda aquí que fue admitida por la mesa de contratación la documentación contenida en el sobre B de Indusal Navarra, S.A. y de Marina de Complementos, S.L. Ninguna causa de exclusión, insiste, vio la mesa en la forma de justificar el tiempo de respuesta, ni advirtió que fuera temeraria o desproporcionada ninguna de las ofertas. Apunta, además, que es irrazonable la inadmisión de los documentos aportados por la adjudicataria para justificar el tiempo de respuesta mientras que se admite de plano los de la recurrente en la instancia a pesar de que entre sus instalaciones y el Hospital de San Pedro haya tramos sinuosos y con mayor afluencia de tráfico.

Se refiere, a continuación, al acta de la mesa de contratación del 25 de noviembre de 2013 en la que se refleja la apertura de los sobres B y de sus contenidos y que en ese momento no se hizo ninguna reserva o reparo. No se cuestionó entonces, dice, la credibilidad de lo presentado e insiste el escrito de interposición en que el requisito exigido se limitaba a que en la documentación a aportar "se indicara junto al tiempo de respuesta y cuantos datos estime oportunos, la localización exacta de sus instalaciones de lavandería y la distancia respecto del Hospital San Pedro en km."

CUARTO.- Por su parte, Indusal Navarra, S.A. ha interpuesto un único motivo de casación contra la sentencia de la Sala de Logroño, en el que acogiendo al

apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , nos dice que ha vulnerado los *artículos 150.1 y 139 y concordantes del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* .

Tal infracción del ordenamiento jurídico se ha producido, afirma, porque la Sala de instancia no ha tenido en cuenta la discrecionalidad técnica que asiste a los órganos de contratación y en cuya virtud ha de estarse a su criterio salvo que concurra arbitrariedad o error manifiesto e inequívoco en la valoración de las pruebas, lo que no ha sucedido. Además, considera que la sentencia sustituye ese criterio técnico por el de los juzgadores de instancia al calcular por sí mismos la justificación del tiempo de respuesta de su oferta.

Para Indusal Navarra, S.A. sólo corresponde al órgano de contratación apreciar la validez de un determinado sistema a la hora de establecer ese tiempo. Afirma, también, que servirse de un programa informático contenido en la *web* es una forma tan válida como cualquier otra de justificarlo siempre que sea considerado técnicamente adecuado por el órgano de contratación y se aplique por igual a todos los participantes en la licitación. En este sentido, dice que es perfectamente admisible que los tiempos indicados por ese programa sean válidos en tanto expresan el menor tiempo posible en que puede recorrerse la distancia de que se trata en condiciones óptimas de tráfico y visibilidad. Se trata, continúa, de una medición *standard* que debe ser objeto de una evaluación de tipo técnico que sólo puede realizar el órgano de contratación, el cual debe tratar de igual modo a todos los concursantes. Asimismo, resalta que el modo de acreditar su tiempo de respuesta es exactamente el mismo que el utilizado por Marina de Complementos, S.L. Es más, precisa, es el normalmente utilizado en las licitaciones y tiene en cuenta los tipos de vía por los que se ha de transitar.

Reprocha el motivo a la Sala de Logroño haber suplantado el criterio del órgano de contratación y estimar el recurso, no porque el tiempo de respuesta de Indusal Navarra, S.A. sea inferior al ofertado por Marina de Complementos, S.L., sino por las deficiencias del instrumento informático utilizado aunque sea el mismo del que se sirvió esta última sin que se le haya objetado valerse de él.

Alega, además, que aun aceptando a título dialéctico que no puedan recorrerse 26,5 kilómetros en 17 minutos, no tiene fundamento que sea 0 la puntuación de Indusal Navarra, S.A. por este concepto. Observa al respecto que aunque tardara 25 minutos, la aplicación de la fórmula de la convocatoria le atribuiría tres puntos por lo que su puntuación seguiría siendo superior a la de Marina de Complementos, S.L.

Prosigue el motivo recogiendo el tenor de los artículos 150.2 y 139 del texto refundido y fundamentos de diversas sentencias de esta Sala que han reconocido el margen de discrecionalidad del que goza la Administración para determinar cuál es la oferta más ventajosa y que impiden que el tribunal sustituya su criterio por el propio.

Por lo demás, insiste Indusal Navarra, S.A. en que el itinerario entre sus instalaciones de lavandería (sitas en el Polígono Cascajares, en la carretera de Logroño 25, de Nájera) y el Hospital de San Pedro discurre en su 99% por dos vías rápidas interurbanas consecutivas --la autopista A-12 que pasa a escasos 200 metros de ellas y la N-232-- por lo que es posible recorrer los 26,5 kilómetros en 17 minutos circulando a 80 o 90 kilómetros por hora teniendo en cuenta, además, "la flexibilización de esos límites en los adelantamientos" conforme al *artículo 51 del Reglamento General de Circulación* "así como la reciente subida del límite máximo de

velocidad en determinados tramos de las autopistas".

El motivo pasa a insistir en que las dos licitadoras se valieron del mismo modo de justificar el tiempo de respuesta y a reprochar a la sentencia que no las haya tratado igual.

Sobre el pronunciamiento relativo a la superficie destinada a lavandería dice que la sentencia aplica equivocadamente la doctrina jurídica sobre la motivación de los actos administrativos y destaca que el informe técnico explica que se procedió a valorar la capacidad de la instalación mediante "la relación matemática entre las superficies destinadas a lavandería y los espacios complementarios". Criterio, recuerda, aplicado por igual a ambas licitadoras y que fue suficientemente motivado. Señala en este punto que la aplicación proporcional de la superficie destinada a maquinaria y a espacios complementarios es objetiva y razonable y que no debe entenderse, cual hace la sentencia, como el resultado de dividir la superficie destinada a maquinaria entre la de las instalaciones complementarias pues, entonces se daría la misma puntuación a una oferta de 1.000 m² de superficie de maquinaria y 100 m² de instalaciones complementarias que a otra de 2.000 m² y 200 m² respectivamente, lo cual es manifiestamente absurdo pues la última es la más ventajosa.

Además, observa, el criterio seguido es el mismo utilizado respecto de la valoración de los recursos humanos.

También aquí, añade Indusal Navarra, S.A., la sentencia está sustituyendo el criterio del órgano de contratación por el suyo en un extremo sometido, igualmente, a la discrecionalidad técnica de la Administración.

Dice también el motivo que la sentencia ha incurrido en incongruencia *extra petitum* pues lo realmente planteado por la demanda no era la supuesta falta de motivación del informe de valoración sobre la capacidad de la instalación sino que los límites máximos establecidos en ese informe se correspondieran con los límites de la oferta de Indusal Navarra, S.A., apuntando que se habían tomado como referencia los datos y parámetros de una de las licitadoras. En todo caso, nos indica que nada de arbitrario hubo ya que ella ofreció una superficie mayor tanto de maquinaria como de instalaciones complementarias.

Por último, reprocha a la sentencia la vulneración del *artículo 14 de la Constitución* . Considera Indusal Navarra, S.A. que si anuló toda su puntuación por el tiempo de respuesta por acudir a una determinada aplicación informática para calcularlo, tampoco debió tener por justificado el de Marina de Complementos, S.L. que utilizó la misma.

QUINTO. - Marina de Complementos, S.L., en su escrito de oposición, recoge los antecedentes del litigio, los aspectos principales de la sentencia y de los motivos de casación interpuestos contra ella.

Seguidamente, sostiene la inadmisibilidad del segundo motivo de la Comunidad Autónoma de La Rioja por no haberse recogido en su escrito de preparación. Señala sobre el particular que, si bien el *auto de la Sección Primera de esta Sala de 12 de mayo de 2016* admitió a trámite su recurso de casación, adoptó esa decisión tras excluir otra causa de inadmisibilidad, no la que ahora está oponiendo.

Además, Marina de Complementos, S.L. afirma que son inadmisibles ambos

recursos de casación porque, más allá de la cita formal de preceptos que se consideran infringidos, se fundan verdaderamente en la crítica a la valoración de la prueba efectuada por la sentencia de instancia y eso está vedado en sede casacional según criterio que es pacífico. En realidad, explica, los recurrentes pretenden amparar su ataque a la valoración de la prueba por la sentencia en presuntas vulneraciones de artículos. No obstante, el recurso de Indusal Navarra, S.A. no ha invocado la infracción de los que regulan la apreciación de la prueba y el primer motivo de la Comunidad Autónoma de La Rioja tampoco. Y en todo caso, rechaza que exista error o irregularidad alguna al respecto pues considera que la sentencia llevó a cabo una valoración de la prueba documental razonada y razonable que, en modo alguno, puede ser tachada de arbitraria o que haya dado lugar a un resultado inverosímil.

Además resalta que, en realidad, los recurrentes no denuncian eso sino haber dejado sin puntuación por tiempo de respuesta a Indusal Navarra, S.A. que usó la misma aplicación informática que Marina de Complementos, S.L. para justificarlo y sucede que ni se ha demostrado esa identidad ni la razón de decidir de la sentencia tiene que ver con ello sino con que no era posible que los camiones de Indusal Navarra, S.A. pudieran cumplir el tiempo que ofrecía. De ahí, termina en este punto el escrito de oposición, que ese juicio no sea extensible al caso de Marina de Complementos, S.L., cuyas lavanderías se hallan en la ciudad de Logroño aunque en su oferta hubiera usado la misma aplicación informática, extremo, insiste, no probado por los recurrentes en casación.

Respecto de la capacidad de la instalación y la superficie máxima destinada a lavandería, dice la ahora recurrida, que los recursos de casación se limitan a manifestar su disconformidad con el parecer expresado por la sentencia pero sin exponer un solo argumento que ponga de manifiesto que sea irrazonable o arbitrario.

A partir de aquí el escrito de oposición se extiende en razonar la correcta aplicación por la sentencia de la doctrina de la discrecionalidad técnica y a rechazar que infrinja el principio de igualdad.

Observa a propósito del tiempo de respuesta ofrecido por Indusal Navarra, S.A. que para justificar los diecisiete minutos en que lo concretó en su oferta se valió de la aplicación informática de la Guía Repsol. Ahora bien, precisa, esta última no tiene en cuenta que el trayecto se ha de realizar en camiones, por tanto a una velocidad máxima en autovías de 90 kilómetros por hora y en otras carreteras convencionales a 70 u 80 kilómetros por hora así como a 50 kilómetros por hora en vías urbanas y travesías. Así, pues, para recorrer el trayecto desde el nº 25 de la Carretera de Logroño en Nájera al nº 98 de la calle Piqueras de Logroño --es decir al Hospital de San Pedro-- no son suficientes 17 minutos. Recuerda, en este sentido, que en su demanda observó que desde la salida de la Autovía del Camino de Santiago hasta el nº 98 de la calle Piqueras de Logroño hay gran tramo de esta última en el que no se pueden sobrepasar los 50 kilómetros por hora y que antes hay un amplio trayecto con velocidad limitada a 70 kilómetros por hora. En fin, recuerda, asimismo, que probó en la instancia que la aplicación de Repsol indica que el trayecto puede recorrerse en 17 minutos en coche pero no en camiones.

Las anteriores consideraciones conducen, dice Marina de Complementos, S.L., a excluir que se vulnerase la doctrina de la discrecionalidad técnica y a confirmar que la sentencia apreció en la actuación del Servicio Riojano de Salud una aplicación arbitraria del criterio del tiempo de respuesta.

Del mismo modo, niega el escrito de interposición que se infringiera el principio de igualdad de trato. Sobre ello señala que no puede haber discriminación cuando la ubicación de las instalaciones de lavandería es diferente: la de Marina de Complementos, S.L., en la ciudad de Logroño y la de Indusal Navarra, S.A. en Nájera. Aquí recuerda que su oferta indicaba un tiempo de respuesta de cinco minutos pues su lavandería está a 1,9 kilómetros del Hospital de San Pedro y que ese recorrido se hace a una velocidad media de 22,8 kilómetros por hora.

Por lo demás, concluye sobre esta cuestión que no habiendo acreditado Indusal Navarra, S.A. el tiempo de respuesta ofrecido ni facilitado otro ni tampoco el medio de justificarlo, no cabe atribuirle una puntuación alternativa, ni, desde luego, cuestionar la dada a Marina de Complementos, S.L.

En cuanto al pronunciamiento de la sentencia sobre la falta de motivación por el informe técnico de los puntos asignados por la superficie de las lavanderías, apunta que la decisión de la sentencia se debió a que a falta en los pliegos de indicaciones sobre superficies máximas ni sobre la forma de valorar este concepto, la mesa de contratación se sirvió de una relación matemática en la que las superficies máximas a considerar eran casualmente las propuestas por Indusal Navarra, S.A. Por eso, encontró a faltar una explicación suficiente de tal circunstancia.

SEXTO.- A la hora de pronunciarnos sobre las cuestiones controvertidas que nos someten las partes, hemos de comenzar por las pretensiones de inadmisibilidad que ha esgrimido Marina de Complementos, S.L. respecto del segundo de los motivos de casación interpuestos por la Comunidad Autónoma de La Rioja y sobre ambos recursos de casación.

Pues bien, el reproche de inadmisibilidad que dirige contra los dos recursos no puede prosperar. Es cierto cuanto argumenta el escrito de oposición sobre la inidoneidad del recurso de casación para revisar la valoración de la prueba efectuada en la instancia fuera de los supuestos de infracción de los preceptos legales que regulan la apreciación de la prueba y de los casos en que llegue a resultados absurdos o arbitrarios. Igualmente, es verdad que ni la Comunidad Autónoma de La Rioja, en su primer motivo, ni Indusal Navarra, S.A. han invocado la infracción de esos preceptos legales sobre la prueba.

No obstante, no advertimos la inadmisibilidad denunciada por Marina de Complementos, S.L. porque los extremos de hecho a que se refieren ambos recurrentes en casación, los relativos a la justificación del tiempo de respuesta de la adjudicataria del contrato, guardan estrecha relación con la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico que consideran infringidas ya sea las correspondientes a las facultades del órgano de contratación, ya sea la del *artículo 14 de la Constitución* o, en general, el principio de igualdad de trato en la contratación administrativa.

SÉPTIMO.- Por lo que se refiere al segundo motivo de la Comunidad de La Rioja, hay que decir que el *auto de la Sección Primera de esta Sala de 12 de mayo de 2016* que dispuso la admisión a trámite de su recurso de casación, se pronunció sobre él rechazando de manera expresa que careciera manifiestamente de fundamento, extremo que fue planteado a las partes para alegaciones por la providencia de 17 de noviembre de 2015.

Ese auto concluyó que no se daba tal carencia manifiesta de fundamento por las siguientes razones:

«(...) no se aprecia la manifestada carencia manifiesta de fundamento, pues figura en dicho motivo una referencia, bien que somera, al hecho de que "resulta irrazonable la inadmisión de los documentos aportados por la adjudicataria para justificar, en los estrictos términos del pliego, este criterio automático, y sin embargo se admita de plano esa misma documental justificativa del criterio en cuestión de la recurrente, cuando según la argumentación de la sentencia impugnada el tiempo de respuesta de la recurrente en tramo de vía urbana, con tramos sinuosos, de mayor afluencia de tráfico y con los vehículos que cita también hubiera sido objeto de otra justificación"; referencia esta a la supuesta irrazonabilidad de la inadmisión de documentos, en materia de valoración de la prueba, que constituye como ya se ha visto una de las hipótesis en que excepcionalmente puede proceder esta Sala a la revisión de la prueba practicada, todo ello sin prejuzgar el éxito o el fracaso de los argumentos que se sostienen, que no pueden examinarse en este trámite procesal».

Esto significa que la Sala no consideró que adoleciera de otro defecto determinante de su inadmisibilidad, ya que en tal caso, como no podía ser de otro modo, lo hubiera planteado. Es más, en el trámite de alegaciones abierto al respecto, lo habrían podido plantear las partes y, significativamente, Marina de Complementos, S.L. no lo hizo en las suyas. Por otro lado, tal como se ha dicho a propósito de la otra causa de inadmisibilidad opuesta por la ahora recurrida, tal como las partes han planteado el litigio, las cuestiones de hecho están en este caso concreto estrechamente relacionadas con las de carácter jurídico de manera que no puede considerarse ausente del escrito de preparación el reproche sobre la indebida valoración de la prueba por parte de la sentencia.

En consecuencia, tampoco procede acoger la pretensión de que inadmitamos el segundo motivo de casación de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

OCTAVO.- Así, pues, debemos entrar en el examen de los motivos de casación y, para ello, vamos a tratarlos conjuntamente pues la Comunidad Autónoma de La Rioja e Indusal Navarra, S.A. plantean las mismas cuestiones. Advertiremos antes que no es obstáculo a ello la circunstancia de que Indusal Navarra, S.A. se haya acogido al *apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción*. Es claro que se trata de un error material.

Tal como se ha visto, son dos los reproches principales que ambos recurrentes hacen a la sentencia.

En primer lugar suscitan dos reproches a propósito del pronunciamiento judicial sobre el tiempo de respuesta ofrecido por Indusal Navarra, S.A.: de un lado, el desconocimiento de la discrecionalidad técnica que asiste a la mesa de contratación y, en relación con esa infracción, la sustitución que hace la sentencia del criterio de la Administración por el suyo propio. Y, de otro lado, la desigualdad que establece entre las licitadoras al no aceptar como justificación del tiempo de respuesta el medio utilizado por Indusal Navarra, S.A. cuando nada se objeta, a pesar de ser el mismo, al utilizado por Marina de Complementos, S.L. y, a propósito de esta infracción, la inmotivada decisión de no atribuir ningún punto a Indusal Navarra, S.A. por este concepto en vez de reducirle los que se le dieron hasta los que le corresponderían en función del criterio de cálculo establecido en el pliego.

En segundo lugar, ambos recursos consideran equivocado no tener por válido el informe técnico en lo relativo a la capacidad de la instalación.

Veamos, por tanto, qué ocurre con la controversia respecto del tiempo de respuesta. No es necesario que reiteremos los datos de hecho ni los términos de la justificación contenida en la oferta de Indusal Navarra, S.A.. Tampoco hace falta repetir cuáles eran los términos del pliego en este punto. No hace falta volver por todo ello porque el problema al que se enfrentó la sentencia y ahora tenemos planteado era muy sencillo: valorándose ese factor, el tiempo de respuesta o, lo que es lo mismo, el que se tarda en recorrer la distancia que separa la lavandería del Hospital de San Pedro, la Sala de Logroño consideró imposible que se pudiera hacer en los 17 minutos que afirmaba Indusal Navarra, S.A. La sentencia acoge en este punto la demanda y sigue su razonamiento.

Pues bien, la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados. Por lo demás, la jurisprudencia insiste en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. En el control judicial de esa discrecionalidad, son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En este caso, la aceptación por la mesa de contratación del tiempo de respuesta de la oferta de Indusal Navarra, S.A. no lo excluye, desde luego, del control judicial. En realidad, se trata de un aspecto de hecho perfectamente susceptible de ser desvirtuado, como en efecto lo ha sido. Es significativo que la argumentación de los recurrentes no se encamine tanto a rechazar las afirmaciones de la sentencia sobre la imposibilidad de recorrer los 26,5 kilómetros que separan la lavandería de Indusal Navarra, S.A. del Hospital de San Pedro, cuanto a criticar que no aceptara el parecer de la mesa de contratación o a poner de manifiesto que también Marina de Complementos, S.L. se sirvió de una aplicación informática para acreditar su tiempo de respuesta.

En realidad, tales argumentos se apartan de la cuestión central que no es otra que en esos 17 minutos no se puede completar la distancia existente entre el Polígono Industrial de Cascajares, sito en el 25 de la Carretera de Logroño, de Nájera, y el nº 98 de la Calle de Piqueras en la capital de La Rioja en los vehículos destinados al servicio y respetando las limitaciones de velocidad. En este sentido, ni consta que la medición ofrecida por la aplicación informática de la Guía Repsol de la que se sirvió Indusal Navarra, S.A. contemplase esos vehículos ni, en realidad, sería determinante que lo hiciera porque tal resultado puede ser desvirtuado. Eso es, precisamente, lo que hace la sentencia sirviéndose de los elementos de hecho puestos a su disposición y de unos razonamientos cuya lógica es clara y no ha sido invalidada por los motivos de casación.

No siendo posible cumplir ese tiempo observando los límites de las vías interurbanas y urbanas que se deben utilizar y los que rigen para los vehículos, no siendo posible mantener una media superior a los 90 kilómetros por hora, la conclusión se imponía por sí misma: el tiempo de respuesta no es válido. Constatarlo y extraer la

consecuencia de que no cabe atribuir puntos por ese concepto, no supone, por otro lado, sustituir a la Administración en el ejercicio de potestades discrecionales ni injerirse en aspectos técnicos en los que se debe dar al criterio administrativo una presunción *iuris tantum* de acierto. Se trata simplemente de hacer valer los términos de la licitación fijados por el Servicio Riojano de Salud excluyendo un elemento de la oferta que, a la vista de los hechos relevantes y de las normas de circulación, no responde a la realidad.

Precisamente, porque no se corresponde con la realidad el tiempo de respuesta, no se le pueden dar a Indusal Navarra, S.A. los 4,41 puntos que se le asignaron. Y tampoco cabe reprochar a la sentencia que no estableciera por sí misma o requiriera que se determinara cuál debía ser el correcto y cuál la puntuación que debía dársele ya que no se dispone de los datos y elementos precisos para decir cuántos minutos tardarán los vehículos de esa empresa en ir desde un punto hasta otro, datos y elementos que correspondía a la empresa concurrente a la licitación aportar.

NOVENO. - Por lo que se refiere a la ruptura de la igualdad entre los licitadores debe descartarse que la produzca la sentencia.

No hay contradicción entre no dar por bueno el tiempo que resulta de una aplicación informática para el tiempo de respuesta de Indusal Navarra, S.A. y no cuestionar el que señala la utilizada por Marina de Complementos, S.L., sea o no la misma que usó Indusal Navarra, S.A.. La cuestión no es el medio de acreditación utilizado sino el resultado obtenido y su coherencia con aspectos objetivos tales como la distancia y las limitaciones de velocidad. Siendo estas últimas las mismas, no sucede lo mismo con la distancia ya que mientras las instalaciones de Indusal Navarra, S.A. están en Nájera, las de Marina de Complementos, S.L. se hallan en la ciudad de Logroño y nadie ha dicho que sea imposible recorrer los 1,9 kilómetros que separan estas últimas del Hospital de San Pedro en los cinco minutos ofertados. Las circunstancias son, pues, diferentes, de manera que no cabe hablar de desigualdad.

Cuanto se ha dicho supone, asimismo, que ninguna infracción se advierte de las normas reguladoras de la prueba. Al contrario, la sentencia es plenamente coherente con ellas y su juicio se ajusta sin duda alguna a las exigencias de la sana crítica.

DÉCIMO.- En cuanto a la capacidad de la instalación tampoco han de prosperar los motivos de casación.

El déficit de motivación del informe técnico que denuncia la sentencia se debe a que no explica la coincidencia que se produce entre los presupuestos de sus determinaciones y las superficies máximas de la oferta de Indusal Navarra, S.L. Coincidencia que no se niega y que, por su trascendencia, debió ser explicada por la Administración. Los motivos de casación no atacan propiamente la razón de decidir de la sentencia que es la indicada.

Así, pues, debemos desestimar ambos motivos de casación.

UNDÉCIMO.- A tenor de lo establecido por el *artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción*, procede imponer las costas a las partes recurrentes pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima y única a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 6.000.8364; para cada recurso de casación. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en

cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Que no ha lugar a los recursos de casación interpuestos con el nº 2504/2015 por la Comunidad Autónoma de La Rioja y por Indusal Navarra, S.A. contra la *sentencia nº 160, dictada el 28 de mayo de 2015, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja y recaída en el recurso nº 10/2014* , e imponemos a las recurrentes las costas de sus recursos de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.