

Id Cendoj: 28079130042008100462
Órgano: Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 4793/2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: SANTIAGO MARTINEZ VARES GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA x
- SOLVENCIA DEL CONTRATISTA x
- CONCURSO (CONTRATOS ADMINISTRATIVOS) x
- PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS x
- ANDALUCÍA x
- PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO x
- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD x
- PRINCIPIO DE IGUALDAD x
- INDEFENSIÓN x
- INCONGRUENCIA x

Resumen:

La Sala desestima el recurso, rechazando los motivos de casación. El primero ya que los contratos de las Administraciones Públicas deben ajustarse a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación. La cláusula núm. 7 (experiencia) anulada por la Sala de instancia vulnera los principios de la libre concurrencia, igualdad y no discriminación. El segundo pues no puede escudarse en la pretendida indefensión porque fue algo que no se discutió en la Instancia. La Sala resolvió de acuerdo con lo solicitado de modo que no incurrió en exceso alguno y por tanto en incongruencia, y resolvió adecuadamente lo pretendido al expresar en el fallo que la nulidad de la cláusula 7 y el índice 4 del anexo 5 de los Pliegos se hacía con las consecuencias inherentes a dicha declaración.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Septiembre de dos mil ocho.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, ha visto el recurso de casación número 4793 de 2006, interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía, en la representación que por su cargo ostenta, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de fecha veintitrés de mayo de dos mil seis, en el recurso contencioso-administrativo número 140 de 2003.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, Sección Primera, dictó Sentencia, el veintitrés de mayo de dos mil seis, en el Recurso número 140 de 2004, en cuya parte dispositiva se establecía: "Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Ferrovial Servicios, S.A., contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero, declaramos nula la cláusula 7 y el Índice 4 del Anexo 5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación por el procedimiento restringido mediante la forma de concurso, con las consecuencias inherentes a dicha declaración de las siguientes obras:

- Restauración de la vegetación mediante tratamientos selvícolas en 85 ha en la Sierra de Béjar y Cabrera.

-Tratamiento selvícola en montes conveniados del Génal y Litoral Occidental

-Repoblaciones y diversificación de masas forestales en el P.N. de la Sierra de Cazorla, Segura y Las Villas.

-Apertura y mantenimiento de líneas y fajas cortafuegos en Montes de Sierra Morena Oriental y Espacios Protegidos Sin costas".

Con fecha trece de junio de dos mil seis, la Sala dictó auto de aclaración en el que se acuerda: "aclurar la sentencia en el sentido expresado en el fundamento de Derecho": "La sentencia estima el recurso y declara nula la cláusula 7 y el Índice 4 del Anexo 5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por lo que ha de entenderse consecuencia inherente, la nulidad de los actos administrativos de la contratación que se hubieren dictado con posterioridad en aplicación directa de las cláusulas declaradas nulas. No puede reconocerse indemnización alguna a la actora, dado que de la elaboración de unas cláusulas nulas no se deriva ningún perjuicio a la actora".

SEGUNDO.- En escrito de ocho de junio de dos mil seis, la Letrada de la Junta de Andalucía, en la representación que por su cargo ostenta, interesó se tuviera por presentado el recurso de casación contra la Sentencia mencionada de esa Sala de fecha veintitrés de mayo de dos mil seis .

La Sala de Instancia, por Providencia de catorce de julio de dos mil seis , procedió a tener por preparado el Recurso de Casación, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el plazo de treinta días.

TERCERO.- En escrito de diecinueve de diciembre de dos mil seis, la Letrada de la Junta de Andalucía, en la representación que por su cargo ostenta, procedió a formalizar el Recurso de Casación, interesando la revocación de la Sentencia dictada por la Sala de Instancia, y que se dicte en su día nueva resolución ajustada a Derecho, admitiéndose el mismo por Auto de once de octubre de dos mil siete .

CUARTO - En escrito de doce de febrero de dos mil ocho, el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la sociedad Ferrovial Servicios, S.A., manifiesta su oposición al Recurso de Casación y solicita se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

QUINTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día diecisiete de septiembre de dos mil ocho, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado de la Sala que expresa la decisión de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso extraordinario de casación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, Sección Primera, de veintitrés de mayo de dos mil seis, pronunciada en el recurso contencioso administrativo núm. 140/2003 y que estimó el mismo interpuesto por la representación procesal de Ferrovial, S.A. contra la desestimación presunta del recurso interpuesto contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación por el procedimiento restringido mediante la forma de concurso, de las siguientes obras:

- Restauración de la vegetación mediante tratamientos selvícolas en 85 ha en la Sierra de Béjar y Cabrera.
- Tratamiento selvícola en montes conveniados del Génal y Litoral Occidental. - Repoblaciones y diversificación de masas forestales en el P.N. de la Sierras de Cazorla, Segura y Las Villas. - Apertura y mantenimiento de líneas y fajas cortafuegos en Montes de Sierra Morena Oriental y Espacios Protegidos, y declaró nula la cláusula 7 y el Índice 4 del Anexo 5 de los citado Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares con las consecuencias inherentes a dicha declaración. Mediante Auto de aclaración de 13 de junio siguiente que se produjo a instancia de la sociedad recurrente manifestó en relación con el fallo que "ha de entenderse consecuencia inherente, la nulidad de los actos administrativos de la contratación que se hubieran dictado con posterioridad en aplicación directa de las cláusulas declaradas nulas".

SEGUNDO.- La Sentencia de instancia en el fundamento de Derecho segundo expuso lo que sigue: "Impugna el recurrente, en primer lugar, la cláusula 7, por entender que vulnera el art. 14 de la Constitución y el art. 11.1 del Real Decreto Legislativo 2/00 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCP), por entender que se valora tres veces más la

experiencia de los trabajos realizados en la Comunidad Autónoma respecto de los trabajos efectuados en otras partes del territorio, al establecer los criterios para ser seleccionados en el procedimiento restringido, suponiendo dicha diferencia de valoración una discriminación

La cláusula 7 establece que el contrato se adjudicará mediante el procedimiento restringido y la forma de concurso. Para poder participar se fija como criterio objetivo superar el umbral de veinte puntos en aplicación de la fórmula que contiene, y cumplir el requisito respecto del personal técnico a adscribir a las obras. Para ello, se tiene en cuenta la relación de las obras públicas o privadas, de características análogas a las que se refiere el contrato, que la empresa haya ejecutado en los últimos cinco años y del coste de lo ejecutado sin IVA, todo ello de acuerdo con el art. 17 a y b TRLCAP. Se justifica la elección de dicho criterio: a) En obras de manejo de vegetación por que al actuar sobre seres vivos, cualquier negligencia por inexperiencia sería imposible de corregir y podría significar el deterioro o muerte de la planta o plantas, lo que exige además que al frente de la obra haya personal cualificado y con experiencia. b) En obras de hidrología forestal por la dificultad que entraña trabajar en los fondos de barranco en los que se llevan a cabo las obras, necesidad de considerar la vegetación de dichos barrancos usualmente catalogada por ser características de zonas húmedas, así como por el impacto que sobre el medio natural tienen dichas obras, o que exige que al frente de la obra haya personal cualificado y con experiencia. Para la valoración de la experiencia se emplea la fórmula " $I = 4(A_1 + 3A_2)/PLs \cdot IVA$ ". Siendo: I puntuación que corresponde a cada empresa; A1 Volumen acreditado de obras similares realizadas fuera de la Comunidad Autónoma de Andalucía en miles de euros IVA excluido; A2 Volumen acreditado de obras similares realizadas en la Comunidad Autónoma de Andalucía en miles de euros IVA excluido; y PLs IVA: Presupuesto de licitación en miles de euros IVA excluido".

A la vista de dicha cláusula se observa, que la fórmula empleada favorece y puntuá tres veces más los trabajos realizados dentro de la Comunidad Autónoma de Andalucía frente a los realizados en otras Comunidades Autónomas. Dicha diferenciación en el trato, ha de reputarse discriminatoria, por carecer de fundamento objetivo y razonable, y ello es así por cuanto difícilmente puede justificarse la singularidad de las obras ejecutadas dentro del territorio de una determinada Administración Pública, frente a obras análogas desarrolladas en otro territorio, cuando no se ha motivado la existencia de unas particularidades propias y exclusivas de dicho territorio frente al resto. En este sentido, el TJCE en su sentencia de 16 de septiembre de 1999 (cuestión prejudicial suscitada por Austria) descarta toda discriminación de los contratistas, considerando contrario a ese principio el favorecimiento de "empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional", comportando tales discriminaciones una vulneración u obstáculo a la libre concurrencia; esto es, resulta del todo contrario al principio de igualdad el favorecimiento de una determinada región. Por todo ello, se declara la nulidad de pleno derecho de la cláusula 7 impugnada considerada contraria (sic) al principio de igualdad y discriminatoria".

La Sentencia en el tercero de sus fundamentos resuelve la segunda de las impugnaciones al expresar que: "En segundo lugar, se impugna el punto cuarto de los criterios de adjudicación previstos en el Anexo 5. Entiende que dicho criterio es discriminatorio al valorar la experiencia de los trabajadores andaluces en jornadas reales, perjudicando a las empresas, que no tengan dichos trabajadores a pesar de poder tener otros tan cualificados pero en el régimen general de la Seguridad Social; y además no se trata de un criterio objetivo por lo que vulneraría el art. 86 del TRLCAP".

El I4 del Anexo 5, establece como criterio de baremación de la proposiciones de los licitadores, la documentación acreditativa de las jornadas reales trabajadas del régimen especial agrario en Andalucía durante los últimos tres años. Se barema entre 3 y 5 puntos según la fórmula que contiene.

El art. 86 TRLCAP determina, de forma ejemplificativa, cuáles han de ser los criterios que sirvan de base para la adjudicación del contrato en el caso de concurso. Ahora bien, siendo tal cosa cierta, no lo es menos que si bien las listas ejemplificativas no agotan los supuestos admisibles, si sirven para determinar el "tipo" o "clase" de tales supuestos; en nuestro caso, el tipo o clase de condiciones que pueden establecerse como valorables para la resolución del concurso. Así, el artículo 86 TRLCAP, por un lado indica que se tomarán en cuenta "criterios objetivos" (por tanto no de otra clase), y por otro, al efectuar la enumeración ejemplificativa de los mismos, confirma que en todo caso éstos han de ser de aquella naturaleza: precio, fórmula de revisión, plazo de ejecución, coste de utilización, calidad, rentabilidad, valor técnico, características estéticas o funcionales, posibilidad de repuestos, mantenimiento, asistencia técnica y servicio postventa; y añade, "u otras semejantes"; por tanto, deja claro que, siendo la enumeración abierta, lo es respecto a otras "semejantes" y "objetivas", no a cualesquiera otra.

Por su parte la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado la necesidad de establecer con carácter previo y jerarquizado los criterios objetivos en base a los cuales se debe producir la adjudicación a la oferta más ventajosa; criterios que deben ser aplicados por igual a todas

las ofertas y que deben estar estrechamente ligados con el objeto del contrato.

No cabe duda, que el criterio de la valoración de las jornadas reales trabajadas en el régimen especial agrario de Andalucía, no tiene un carácter objetivo, no se encuentra ligado al objeto del contrato, sino por el contrario se trata de un criterio puramente subjetivo, referente al personal que han tenido en el pasado los concursantes, y no al proyecto, por lo que dicho criterio no encuentra su acomodo en el art. 86 TRLCAP. Además, es discriminatorio, pues se valora exclusivamente la experiencia de unos trabajadores andaluces en un determinado régimen de la Seguridad Social perjudicando a aquellas empresas que tiene trabajadores de otras regiones, y no puede encontrar su justificación en la consecución de determinados objetivos político- sociales tendentes al fomento de la contratación de trabajadores agrarios de Andalucía que se encuentran en un precaria situación, pues se valora el hecho de haber realizado jornadas en el pasado, últimos tres años, y no su contratación futura para el cumplimiento del contrato, lo que sin duda si que permitiría tener influencia en el empleo de dichos trabajadores".

TERCERO - El recurso contiene un primer motivo de casación al amparo del apartado d) del *núm. 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción* por infracción del art. 14 de la Constitución en relación con los arts. 11.1, 15, 17 y 86 del RDL 2/2000, de 16 de junio por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como los arts. 11 y 67 del Reglamento General aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre así como la jurisprudencia que lo interpreta.

Afirma el motivo en relación con la cláusula 7 de los Pliegos y referida a la forma de adjudicación que el tomar en consideración las obras similares ejecutadas en Andalucía constituye un criterio objetivo pues con ellos no estaba primando a empresas andaluzas o empresas que hayan ejecutado contratos públicos sino a empresas que hayan ejecutado trabajos forestales análogos en territorio andaluz, elemento objetivo en materia de medio ambiente

Desde esa perspectiva esa cláusula no infringe el art. 14 de la Constitución pues no toda desigualdad de trato supone una infracción del principio de igualdad ante la Ley puesto que se produce desigualdad únicamente cuando se introducen diferencias entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carecen de una justificación objetiva y razonable

Por otra parte al perseguirse con el contrato la consecución del interés público la toma en consideración del terreno sobre el que se han ejecutado trabajos similares viene a garantizar la solvencia del contratista y por ello es razonable que se prime a quienes hayan ejecutado esos trabajos en territorio andaluz que por ello garantizan un conocimiento de la flora autóctona y de los montes andaluces que es distinto que el que pueda ofrecer otro trabajo en otro territorio.

Se opone de contrario que esa cláusula vulnera el art. 11.1 del Texto Refundido que consagra el principio de libre de concurrencia porque en la fórmula que valora la experiencia se multiplica por tres el criterio consistente en el volumen de obras similares ejecutadas en Andalucía de modo que en vez de introducir un criterio objetivo se quiere favorecer a empresas que hayan ejecutado obras en Andalucía y por ende discriminar a otras empresas en las que no concurra el factor territorial andaluz. No hay justificación objetiva o razonable que ampare dicha discriminación. Los trabajos de que se trata podrían desarrollarse por cualquier empresa que tuviera esa circunstancia a su favor ya que los podría efectuar cualquier empresa con experiencia similar en vegetación y flora de análogas características de los montes andaluces. No hay justificación alguna para ese tratamiento.

Cita la Sentencia de esta Sala y Sección de 5/7/2005 "Así pues, no cabe justificar la discriminación en la experiencia". Así como la Sentencia de 28/4/2005 que se refiere a un uso arbitrario de la discrecionalidad al limitar la experiencia a Cataluña lo que vulnera el principio de libre concurrencia.

El motivo también se ocupa del Índice 4 del anexo 5 de los Pliegos y afirma que la tendencia de la Unión Europea es favorable a admitir criterios relacionados con el medio ambiente o la política social de la entidad adjudicadora en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de modo que la valoración de las jornadas reales de trabajo del régimen especial agrario en Andalucía durante los tres últimos años, es un criterio objetivo, que no introduce discriminación alguna y que aparece plenamente justificado. Cita la Sentencia de esta Sala y Sección de 27/6/2006 .

Se opone a lo anterior que el art. 86 del Texto Refundido se refiere a los criterios objetivos en base a los cuales se debe producir la adjudicación a la oferta más beneficiosa, criterios que deben ser aplicados por igual a todas las ofertas y que deben estar estrechamente ligados con el objeto del contrato. Lo que establece la base no puede considerarse un criterio objetivo y no está ligado al objeto del contrato. Y ello

porque prima a las empresas que contrataron en su día con determinados trabajadores de un determinado régimen en detrimento de empresas que tienen trabajadores adscritos a dicho régimen pero en otro territorio. No acepta la cita de la Sentencia de 27/6/2006 porque el índice al que se refiere el pliego nada tiene que ver con las condiciones específicas de la plantilla de las empresas.

La experiencia de los contratistas es un criterio para verificar la aptitud de los contratistas y no puede utilizarse como criterio para la adjudicación del contrato ya que son dos fases separadas que se rigen por normas diferentes.

CUARTO.- Tal y como hemos trascrito el motivo invoca para combatir la Sentencia el art. 14 de la Constitución en relación con los arts. 11.1, 15, 17 y 86 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como los arts. 11 y 67 del Reglamento General aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre , así como la jurisprudencia que lo interpreta. La cita del art. 14 de la Constitución se efectúa a los efectos de negar que la cláusula del Pliego de Condiciones Particulares de los contratos introdujera discriminación alguna entre las empresas que habrían de concurrir al concurso y constituye la referencia sobre la que se asientan las posteriores invocaciones de los artículos tanto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como de su Reglamento que menciona el motivo.

Esos artículos se refieren el primero a los requisitos de los contratos y los posteriores a la capacidad de las empresas, a la solvencia técnica de las mismas en los contratos de obra y a los criterios para la adjudicación del concurso, respectivamente, y lo mismo ocurre con los arts. 11 y 67 del Reglamento de desarrollo de la Ley que se ocupan de la determinación de los criterios de selección de las empresas y del contenido de los pliegos de cláusulas particulares de los contratos.

Dicho lo anterior conviene abordar ya el examen del motivo anticipando que el mismo no puede prosperar. El art. 11.1 de la Ley de Contratos dispuso que: "Los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación" La consecución de que imperen en la contratación de las Administraciones Públicas esos cuatro principios que enumera el precepto se erige en la garantía esencial para que la obtención del interés público que constituye la esencia de este tipo de contratos quede indemne, y de ese modo las Administraciones Públicas contraten con todas las garantías que les son exigibles. La cláusula núm. 7 anulada por la Sala de Instancia tal como se redactó en cuanto a la fórmula a través de la cual se valoraba la experiencia vulnera al menos dos de esos principios, a saber, el de la libre concurrencia y el de igualdad. O, si se quiere, sólo el de igualdad en tanto que la libre concurrencia constituye con el de publicidad un instrumento para lograr la igualdad en la contratación, y evitar la otra cara de la moneda que en relación con la igualdad constituye la no discriminación.

Por otra parte en relación con la afirmación del motivo de que tomar en consideración las obras similares ejecutadas en Andalucía supone un criterio objetivo dirigido a primar a las empresas que hayan ejecutado trabajos forestales análogos en territorio andaluz supone un criterio de esa naturaleza en materia de medio ambiente no puede asumirse. Y no es posible aceptarlo porque ese requisito que introduce la cláusula, y que prima con una valoración claramente superior a la que otorga a las empresas que hayan acreditado un volumen de obra similar realizado fuera de la Comunidad Autónoma que convoca el concurso, no puede servir para excluir de la invitación a empresas a las que de ese modo se elimina de la posible adjudicación posterior del concurso, porque de esa forma los criterios que contribuyen a demostrar la solvencia técnica de la empresa y, por tanto, a asegurar a la Administración su aptitud para la realización del contrato se convierten en criterios que deciden no sobre este requisito previo sino sobre la posterior adjudicación. Ese proceder vulnera el principio de libre concurrencia porque beneficia a unas empresas frente a otras imponiendo un requisito que sirve para gozar de solvencia técnica que no está justificado y que permite alcanzar con mayor facilidad el umbral de puntuación preciso para ser invitado al concurso, y en consecuencia vulnera el principio de igualdad e incurre en discriminación.

En cuanto a la nulidad del punto I 4 del anexo 5 del Pliego de Cláusulas particulares el motivo sostiene que la tendencia de la Unión Europea es favorable a admitir criterios relacionados con el medio ambiente o la política social de la entidad adjudicadora en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, y esa consideración ha de gozar la valoración de las jornadas reales trabajadas del régimen especial agrario en Andalucía durante los últimos tres años. Para apoyar esa postura invoca la Sentencia de esta Sala y Sección de 27 de junio de 2006, rec. de casación núm. 337/2004 , de la que entresaca un párrafo que expresa lo que sigue: "por una parte ciertamente son reflejo de las características de la empresa y concretamente de la composición de su plantilla, pero por otra parte no cabe dudar de su incidencia en los aspectos objetivos relativos a la adjudicación del contrato. Así la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o

en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia a que alude la actora que tiene una base personal relevante, y en definitiva pueden perfectamente ser valorados por la Administración a la hora de determinar la oferta más ventajosa para los intereses públicos y no exclusivamente por constituir una manifestación o instrumento del cumplimiento de objetivos sociales o de empleo asumidos y fomentados por la Administración".

El examen de esa Sentencia nos permite rechazar su aplicación al supuesto aquí enjuiciado. La referencia que efectúa el anexo 5 de los Pliegos de los contratos impugnados ha de ponerse en relación con los criterios a tener en cuenta para la baremación de las proposiciones de las empresas licitadoras, y, efectivamente, servirán teniéndolos en cuenta con el resto de los criterios, para la adjudicación del contrato. Pero no se trata en este supuesto de un criterio objetivo complementario de los establecidos en el *núm. 1 del art. 86* del Texto Refundido o de aquellos otros semejantes a que se refiere el precepto, sino que por el contrario tiene una evidente naturaleza subjetiva puesto que de forma expresa se dirige a primar a empresas que justifiquen jornadas reales trabajadas del régimen especial agrario en Andalucía durante los tres últimos años con anterioridad a la convocatoria del concurso.

Nada tiene que ver el supuesto aquí contemplado con el analizado por la Sentencia invocada donde se otorga una posible relevancia de criterio objetivo complementario para la adjudicación a condiciones objetivas que concurrieran en la plantilla de la empresa pero que no pueden extraerse del contexto en se produjeron y que poco o nada tienen que ver con el supuesto actual

Por último y en cuanto a este motivo lo expuesto en el anexo 5 y combatido en la instancia, en modo alguno puede entenderse como una manifestación o instrumento del cumplimiento de objetivos sociales o de empleo asumidos y fomentados por la Administración cuando se refieren a circunstancias anteriores al contrato que se licita, y no se dirigen a fomentar situaciones de futuro cuya juridicidad también podría quizás ponerse en entredicho por si pudiera resultar discriminatoria, como en este supuesto entendió la Sala de Instancia.

QUINTO.- El recurso contiene un segundo motivo al amparo del apartado c) del *núm. 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción* por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia ya que la misma incurre según el motivo en el vicio de incongruencia extra petita y falta de motivación infringiendo los arts. 33 y 65.2 de la *Ley de la Jurisdicción*, art. 218 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ley 1/2000, de 7 de enero, 11 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* y arts. 24 y 120.3 de la Constitución Española.

Ya advertimos que la Sala de Instancia en Auto de aclaración de Sentencia declaró la nulidad de los actos administrativos de la contratación que se hubieran dictado con posterioridad en aplicación directa de las cláusulas declaradas nulas. El motivo pone de relieve que eso no fue objeto de controversia en el pleito, y añade, además, que se declara la nulidad y no como solicitaba la demanda la invalidez.

El motivo incurre de modo evidente en contradicción puesto que tras manifestar que esa cuestión no fue objeto de controversia en el litigio seguidamente manifiesta que la Sala declara la nulidad de las actuaciones posteriores y no como se solicitaba en la demanda la invalidez de las mismas. De ahí que no pueda escudarse en la pretendida indefensión porque fue algo que no se discutió en la instancia.

Lo que hizo la Sala está dentro de las pretensiones de las partes de modo que no hubo incongruencia ni falta de motivación. Basta para comprobar lo que decimos con acudir al suplico de la demanda en el que se solicitaba de la Sala la declaración de nulidad de pleno derecho de la *cláusula 7* de los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos que se licitaban y que concluía pretendiendo también que se declarase la invalidez de los actos posteriores y los contratos que se hubiesen formalizado.

La Sala resolvió de acuerdo con lo solicitado de modo que no incurrió en exceso alguno y por tanto en incongruencia, y resolvió adecuadamente lo pretendido al expresar en el fallo que la nulidad de la *cláusula 7* y el *índice 4* del anexo 5 de los Pliegos se hacía con las consecuencias inherentes a dicha declaración, si bien a petición de la demandante aclaró la oscuridad de esa expresión del modo en que lo hizo en el Auto posterior, aclaración dirigida a concretar la expresión consecuencias inherentes "en la nulidad de los actos administrativos de la contratación que se hubieran dictado con posterioridad en aplicación directa de las cláusulas declaradas nulas" y a denegar la petición también contenida en el suplico de la demanda de que la recurrente fuere indemnizada de los daños y perjuicios causados que habrían de concretarse en ejecución de Sentencia.

Indiferente resulta a estos efectos el que se solicitase la invalidez de los actos y la Sala respondiese declarando la nulidad de aquellos porque aún aceptando que en buena técnica jurídica los dos conceptos no tienen idéntica significación y alcance, a los efectos de la declaración de la Sala esa distinción resulta

indiferente en relación con la finalidad que pretende darle el motivo de exceso en la resolución dictada que tendría relevancia en el posible vicio de incongruencia extra petita que se imputó a la Sentencia.

En consecuencia el motivo no puede prosperar

SEXTO.- Al desestimarse el recurso procede de conformidad con lo establecido en el *art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción* hacer expresa imposición de costas a la recurrente si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le otorga el núm. 3 del precepto citado señala como cifra máxima que en concepto de honorarios de Abogado podrá hacerse constar en la tasación de costas la suma de tres mil euros. (3 000 €).

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD

EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN

FALLAMOS

No ha lugar al recurso extraordinario de casación núm. 4793/2006 interpuesto por la representación procesal de la Junta de Andalucía frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, Sección Primera, de veintitrés de mayo de dos mil seis, pronunciada en el recurso contencioso administrativo núm. 140/2003 y que estimó el mismo interpuesto por la representación procesal de Ferrovial, S.A. contra la desestimación presunta del recurso interpuesto contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación por el procedimiento restringido mediante la forma de concurso, de las siguientes obras: - Restauración de la vegetación mediante tratamientos selvícolas en 85 ha en la Sierra de Béjar y Cabrera. - Tratamiento selvícola en montes conveniados del Genal y Litoral Occidental. - Repoblaciones y diversificación de masas forestales en el P.N. de la Sierras de Cazorla, Segura y Las Villas. - Apertura y mantenimiento de líneas y fajas cortafuegos en Montes de Sierra Morena Oriental y Espacios Protegidos, y declaró nula la cláusula 7 y el índice 4 del Anexo 5 de los citado Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares con las consecuencias inherentes a dicha declaración, y contra el Auto de aclaración de 13 de junio siguiente que se produjo a instancia de la sociedad recurrente y que manifestó en relación con el fallo que "ha de entenderse consecuencia inherente, la nulidad de los actos administrativos de la contratación que se hubieran dictado con posterioridad en aplicación directa de las cláusulas declaradas nulas", que confirmamos y todo ello con expresa condena en costas a la Administración recurrente con el límite señalado en el fundamento de Derecho sexto de esta Sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION - Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Don Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.