

**RECURSO 190/2019
RESOLUCIÓN 1/2020**

Resolución 1/2020, de 9 de enero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación General de Empresas de Publicidad, contra los pliegos que rigen el acuerdo marco para la contratación de la compra de espacios en medios de comunicación para la inserción de las campañas de publicidad de ámbito provincial de la Diputación de Ávila.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Por Acuerdo del Presidente de la Diputación de Ávila de 23 de octubre de 2019, se aprueban el expediente de contratación, el gasto, los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y de prescripciones técnicas (en adelante PPT), para adjudicar el acuerdo marco para la contratación de la compra de espacios en medios de comunicación para la inserción de las campañas de publicidad de ámbito provincial de la Diputación de Ávila, cuyo valor estimado asciende a 128.927,13 euros.

El 4 de noviembre se publica el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Segundo.- El 13 de noviembre de 2019 D. yyyy, en nombre y representación de la Asociación General de Empresas de Publicidad, presenta ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen el acuerdo marco para la contratación de la compra de espacios en medios de comunicación para la inserción de las campañas de publicidad de ámbito provincial de la Diputación de Ávila.

Considera que los pliegos son discriminatorios al limitar la participación tan solo a las empresas propietarias de medios de comunicación, excluyendo a las agencias de publicidad, a las agencias de medios y a otros operadores económicos.

Tercero.- En esa misma fecha se admite a trámite el recurso especial presentado, con el número de referencia 190/2019.

El 15 de noviembre se reciben en este Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación, que se opone al recurso interpuesto.

Cuarto.- Mediante Acuerdo nº 88/2019, de 25 de noviembre, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León desestima la solicitud de suspensión del procedimiento de contratación, una vez valoradas las circunstancias concurrentes.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se concede trámite de audiencia a los interesados a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes a su derecho. Durante el plazo concedido al efecto, no consta la presentación de alegaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- La Asociación General de Empresas de Publicidad, tiene legitimación para interponer el recurso, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, al ser representante de sus asociados (potenciales licitadores cuyos intereses legítimos resultarían afectados por lo dispuesto en los pliegos) y está acreditada su representación.

El artículo 48 de la LCSP establece que "Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por

las decisiones objeto del recurso. (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

Así, el artículo 26.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, dispone que “(...), los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”.

3º.- El análisis de los requisitos de admisión del recurso permite concluir que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1.b) y 2.a) de la LCSP, se ha interpuesto contra un acto recurrible: el contenido de los pliegos de un acuerdo marco por un valor estimado superior a 100.000 euros.

El recurso especial se ha planteado en el plazo legalmente previsto. El artículo 50.1.b) de la LCSP establece que el cómputo del plazo de quince días hábiles para la interposición del recurso contra el contenido de los pliegos “se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados puedan acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en el que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil del contratante”.

En el presente caso, la fecha de publicación de la licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público fue el 4 de noviembre de 2019, por lo que el recurso se ha interpuesto en plazo.

4º.- El fondo del recurso la asociación recurrente viene a considerar que la exigencia de que los licitadores ostenten la condición de empresas propietarias de medios de comunicación supone una discriminación injustificada que atenta contra los principios de igualdad y libre competencia,

pues impide la participación en el procedimiento licitatorio de agencias de publicidad.

Con la celebración del acuerdo marco lo que se pretende es fijar las condiciones para la compra de espacios en medios de comunicación destinados a la materialización de las campañas y acciones promocionales tipo de publicidad institucional de ámbito provincial de la Diputación de Ávila -así lo indican las cláusulas 1, tanto del PCAP como del PPT-.

Por su parte, la cláusula 9 del PCAP limita los licitadores a las empresas propietarias de medios de comunicación:

“A través del presente Acuerdo Marco se pretende seleccionar a para la materialización de las campañas institucionales de publicidad que se determinen por la Dirección de Comunicación de la Diputación (...)

»Por ello, podrán participar en el Acuerdo Marco las empresas propietarias de los siguientes medios de comunicación:

»(...) Podrán participar todos los medios que reúnan las condiciones indicadas, independientemente de tirada o difusión. En todo caso, será necesario que las empresas dispongan de la habilitación legal necesaria para el desarrollo de su actividad.”

Advierte la Administración que el procedimiento de contratación no va dirigido a agencias de publicidad porque cuenta con medios suficientes para la elaboración de las campañas publicitarias y gestionar su inserción en los medios de comunicación, por lo que el objeto del Acuerdo Marco es únicamente la compra de espacios en los medios de comunicación para insertarlas.

En este sentido, en los pliegos se deja claramente constancia de que la Diputación de Ávila dispone de una Dirección de Comunicación, que es la encargada de confeccionar y gestionar su publicidad institucional a través del Plan Anual de Medios. Por ello, contando con un órgano que confecciona las campañas publicitarias y gestiona su inserción en los medios, a su juicio sería totalmente innecesaria una agencia de publicidad que solaparía estas tareas.

La Diputación de Ávila concluye que de estimarse el recurso presentado "cambiaría de forma sustancial la esencia y finalidad de la licitación y el Acuerdo Marco tal y como está planteado no tendría ningún sentido". Y que esta actuación directa, sin intervención de agencias publicitarias, reduce considerablemente los costes de la actividad publicitaria.

En este sentido, recuerda el informe del órgano de contratación al recurso que la Resolución de 28 de abril de 2014, de la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el informe de fiscalización emitido por este órgano sobre los contratos de publicidad y comunicación institucional de las principales entidades locales durante los años 2005, 2006 y 2007, parece recomendar la utilización restrictiva de estos intermediarios, al señalar "en relación con los contratos de mediación para las inserciones publicitarias en los medios impresos y audiovisuales, a cambio de un porcentaje de comisión, se considera la necesidad de un informe valorativo previo tanto de la carencia de recursos personales en el Ayuntamiento para la gestión directa con tales medios de las inserciones, como de la mejora económica que tal mediación implica respecto a las tarifas ofrecidas por los medios directamente al Ayuntamiento. Dicha valoración previa resulta especialmente exigible cuando los Ayuntamientos integran en su organigrama municipal servicios o gabinetes de prensa con competencia propia en actuaciones de publicidad institucional. En todo caso, no debieran emplearse estas técnicas contractuales de intermediación para la publicación de anuncios en Diarios, Gacetas y Boletines oficiales".

Por su parte, la asociación recurrente mantiene que las agencias de publicidad son empresas especializadas en gestionar grandes volúmenes de espacios publicitarios, "con un gran poder de negociación y convicción con los propietarios de medios de comunicación", que puede obtener mejores espacios y precios.

Este Tribunal considera que tal circunstancia, el coste relativo de la publicidad y su impacto, no puede ser objetivamente acreditado a priori, ni por la asociación recurrente ni por la Administración. No cabe prejuzgar el efecto en el precio de los espacios que finalmente obtenga la Diputación mediante este procedimiento, si estuviera abierto a intermediarios. No obstante, es lógico pensar que la existencia de intermediarios podría afectar al incremento del precio, pero también que la ampliación de la competencia,

la tensión competitiva y la mayor variedad de operadores puede contribuir a la obtención de ofertas de mejor calidad-precio. En caso contrario, serán las valoraciones de las proposiciones efectuadas en el procedimiento de adjudicación, que deberán seleccionar la oferta de mejor calidad precio, las que demostrarán que esto no es así.

Nada obsta a esa conclusión que la Diputación disponga de una Dirección de Comunicación, encargada de confeccionar y gestionar su publicidad institucional, porque entre las tareas de las agencias de publicidad no sólo está la de crear y preparar esa publicidad, sino también la de ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante.

Así, el artículo 8 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, define las agencias de publicidad como "las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante". De modo que la mediación en la difusión también podría considerarse una función propia de estos operadores.

Por ello, este Tribunal considera que la limitación del acceso a intermediarios de medios o agencias de publicidad que desarrollen también esta actividad, no implica en absoluto la modificación del objeto del contrato, siempre que la comercialización de espacios forme parte del objeto social de los concurrentes.

Además de ello, la redacción de los pliegos deja entrever la efectividad real de utilizar agencias. Es razonable pensar que la necesidad de usar distintos radios y distintas cadenas de televisión haga preciso de un agente u operador económico que posibilite esa labor de "coordinación", al margen de que la planificación la realice la Administración.

El artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, dispone en su apartado 1 con rúbrica "Principios de la contratación" que "Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

»La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos”.

En este sentido, el artículo 42, apartado 2, de la Directiva 2014/24, exige que las especificaciones técnicas den a los operadores económicos igualdad de acceso al procedimiento de adjudicación del contrato y que no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.

Es importante resaltar que la citada Directiva enmarca el artículo 18 dentro de los “principios de la contratación”, a diferencia de la anterior que la incluía entre los denominados “principios de la adjudicación de los contratos”. Tal cambio supone que la competencia y los demás principios señalados, deben ser tenidos en cuenta no sólo en el momento de la adjudicación, sino que deben inspirar todo el procedimiento licitatorio y estar presente en todas sus fases de forma transversal.

Estos principios exigen facilitar la participación en los procedimientos de selección de contratistas de todos aquellos empresarios que cumplan las condiciones necesarias para ejecutar el contrato de que se trate. Esto es, deben evitarse las restricciones excesivas para acceder a una licitación, las condiciones arbitrarias o las interpretaciones excesivamente rigoristas de los requisitos previamente definidos en los pliegos.

Así la Sentencia de la sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, del Tribunal Supremo, de 19 Septiembre de 2000 (Rec. 632/1993), señala que “En efecto, entre los principios esenciales que rigen la contratación administrativa, está la igualdad de acceso entre las distintas empresas dedicadas a la contratación pública y el procedimiento de contratación, como ya reconoció la sentencia del Tribunal Supremo de 13 Jun. 1976, tiende a garantizar el interés público, mediante la articulación de tres principios cardinales de la licitación, que en la cuestión examinada aparecen vulnerados por la cláusula impugnada: el principio de publicidad, el principio de libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades.

»(...)Sobre este punto, es de tener en cuenta que el procedimiento de selección de contratistas ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el presupuesto de la publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos”.

Por todo ello, no constando en el expediente una justificación adecuada de la exclusión de la licitación de operadores económicos que pueden realizar la prestación objeto del contrato, este Tribunal considera que debe estimarse el recurso interpuesto y anular la cláusula 9 del PCAP y las disposiciones conexas, al restringir de forma discriminatoria la concurrencia.

De conformidad con el artículo 51.2 de la LCSP, “En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación”.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 57 LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación General de Empresas de Publicidad, contra los pliegos que rigen el acuerdo marco para la contratación de la compra de espacios en medios de comunicación para la inserción de las campañas de publicidad de ámbito provincial de la Diputación de Ávila.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

TERCERO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento al órgano que hubiera dictado la resolución, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la misma.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).