SALIDA
JUNTA DE ANDALUCIA
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
28 ABR. 2017
Registro General 16193
78 SEVILLA

Empresa Pública para la Gestión del Turismo y del Deporte de Andalucía, S.A.
Parador San Rafael
C/ Compañía 40
29008 MALAGA

Recurso nº: 55/2017
Resolución nº: 82/2017

RECEPCIÓN
JUNTA DE ANDALUCIA
CONSEJERÍA DE TURISMO Y DEPORTE
04 MAYO 2017
Registro General RE170017619 Hora 12:06

NOTIFICACIÓN

Les notifico que, con fecha 28 de abril de 2017, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía ha dictado la siguiente Resolución:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ABC SEVILLA, S.L.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado "Servicios de agencia de publicidad, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, para la planificación y compra de espacios publicitarios en el ámbito de la promoción del deporte en Andalucía" promovido por la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y el Deporte de Andalucía, S.A (Expte. 101-04 JV-0217-0012), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de marzo de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 420.000,00 euros.

SEGUNDO. Hay que analizar si la recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP que dispone que *"Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso".*

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores –como es el caso de la entidad recurrente-, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (427/2015, de 17 de diciembre, 7/2016, de 20 de enero y 77/2016, de 21 de abril, entre otras), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o la evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sentadas estas premisas y por mucho que la recurrente no tenga la condición de licitadora, es necesario analizar si el acto recurrido le perjudica o si la estimación del recurso le puede proporcionar algún tipo de ventaja específica que no sea meramente moral o hipotética y que sobrepase además el mero interés en defensa de la legalidad.

El órgano de contratación señala en su informe al recurso que ABC carece de legitimación activa al no ser agencia de publicidad, ni medio de comunicación especializado en el deporte. A su juicio, la recurrente es un medio de comunicación que no presta los servicios de planificación y compra de espacios publicitarios, por lo que no va a ser empresa licitadora.

No obstante, la recurrente sostiene que es una entidad que opera en el ámbito de actividad relacionado con el objeto del contrato, contando con los soportes y medios a través de los que se emitirá la publicidad cuyo reparto se prevé a través de la contratación de los servicios de las agencias. Por ello, considera que está legitimada

En el mismo se impugnan los pliegos reguladores de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera el umbral comunitario y que pretende concertar un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40, apartados 1 y 2 del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 apartado a) del TRLCSP dispone que *"El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*
No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:
a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley."

Respecto al cómputo del plazo para recurrir, hemos de indicar que el mismo se inicia una vez completada la publicidad obligatoria de la licitación, lo que en el supuesto examinado tuvo lugar el 1 de marzo de 2017, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante. Así pues, el *dies a quo* en el cómputo del plazo es el 2 de marzo, finalizando el mismo el 22 de ese mismo mes.

En el supuesto examinado, el recurso tiene sello de recepción en el Registro de este Tribunal el 27 de marzo de 2017, si bien consta que fue presentado el 22 de marzo de 2017 en el Registro de la Delegación del Gobierno de Sevilla.

Al respecto, no debe olvidarse que, conforme al artículo 44.3 del TRLCSP, el recurso

QUINTO. Examinados los requisitos de admisión del recurso, procede abordar los motivos en que el mismo se sustenta.

ABC solicita la anulación de los pliegos que rigen la contratación y en concreto, de la cláusula cuarta del PPT. Funda su pretensión en un único motivo donde, en definitiva, denuncia que dicha cláusula excluye del presupuesto previsto para medios digitales aquellos medios que tengan versión impresa.

La cláusula cuarta del PPT establece lo siguiente:

<< CUARTA.- BRIEFING DE MEDIOS.

A.- ÁMBITO DE DIFUSIÓN.

• Andalucía

B.- PERÍODO DE EJECUCIÓN DE LA ACCIÓN.

Del 15 de abril al 30 de junio y del 1 de septiembre al 31 de diciembre de 2017.

C.- PÚBLICO OBJETIVO.

• Personas residentes en Andalucía.

• Personas interesadas en tener información sobre el deporte base de Andalucía

D.- PERIODO DE DIFUSIÓN DE CAMPAÑA:

De abril a diciembre de 2017 (excepto julio y agosto)

VENTANAS DE COMUNICACIÓN PERMANENTES EN MEDIOS IMPRESOS,

DIGITALES y RADIOFÓNICOS:

ANDALUCÍA

MEDIOS IMPRESOS

• Prensa nacional deportiva líder con edición autonómica y prensa regional deportiva, tanto a nivel impreso como digital. (...)

DIGITAL

• Medios de comunicación y portales de temática deportiva de carácter nacional con ediciones específicas en Andalucía sin versión impresa (...)

Aun cuando el alegato anterior constituye el argumento básico de impugnación de ABC, también señala que la cláusula 4 D) del PPT, bajo las rúbricas "medios impresos" y "digital", está excluyendo a licitadores que, poseyendo específicamente la especialidad deportiva que se requiere, tienen además otras secciones de información. En definitiva, aduce que es arbitrario que se excluya sin justificación alguna a medios de comunicación generalistas como el suyo.

Finalmente, la recurrente cita doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en cuanto al reparto equitativo de la publicidad institucional.

Por su parte, en el informe al recurso, el órgano de contratación señala que la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y del Deporte de Andalucía tiene derecho a determinar el tipo de medio de publicidad que considera apto para llegar a un público objetivo determinado.

Asimismo, manifiesta que no se vulnera el principio de igualdad ni se limita la concurrencia porque está justificada la necesidad del servicio a contratar y existe concurrencia en el mercado de más de un medio para la planificación predefinida en la cláusula cuarta del PPT, tratándose, en todo caso, de medios de publicidad especializados en deporte lo cual está justificado en la pretensión de dar cumplimiento a los objetivos de la campaña. A su juicio, de no admitirse la acotación del pliego, se pondría a disposición un presupuesto para ser planificado en cualquier ámbito territorial y cualquier soporte publicitario.

En tal sentido, concluye el órgano de contratación que si el medio digital tiene su réplica en el medio impreso se corre el riesgo de duplicidad y de no optimizar los recursos económicos asignados al desarrollo de la campaña, razón que justifica que en la planificación de esta en medios digitales no se incluya a los que tengan versión impresa.

Es obvio, pues, que el servicio a contratar tiene un ámbito objetivo o material de actuación específico, un público concreto destinatario de la información y unos objetivos determinados y acotados en los pliegos que rigen la contratación, hasta el punto de que, conforme indica la cláusula segunda del PPT, se persigue *"dar cabida a una serie de noticias relacionadas con el deporte que habitualmente no suelen tener cobertura en los Medios"*, lo que apunta ya a la especificidad de la información cuya publicidad se quiere difundir, extremo este de interés a la hora de abordar los tipos de medios idóneos para la consecución del fin público perseguido, fin que no puede ser otro que el de conseguir llegar al mayor número de personas interesadas en la materia objeto de publicidad, como asimismo señala la cláusula cuarta del PPT.

Al respecto, el artículo 22.1 del TRLCSP dispone que *"Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tales efectos, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación"*.

Por otro lado, el artículo 1 del citado texto legal define el objeto y finalidad de la norma, disponiendo que *"La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa"*.

como la 652/2014, de 12 de septiembre y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su resolución 104/2016, de 1 de junio.

Pues bien, en el supuesto examinado, la doctrina expuesta resulta de aplicación por cuanto el órgano de contratación ha configurado el objeto del contrato para dar cumplimiento a una finalidad pública de su competencia -promoción del deporte en Andalucía-. En la realización de tal fin institucional, ha perseguido unos objetivos concretos -entre ellos, dar cabida a noticias deportivas que no suelen tener cobertura en los medios- para un público concreto que son los residentes en la Comunidad Autónoma interesados en poseer información sobre el deporte base en Andalucía.

Asimismo, en el cumplimiento de esta finalidad pública, el ente contratante debe realizar una eficiente utilización de los fondos públicos, como expresamente señala el artículo 1 del TRLCSP, de ahí que haya previsto en los pliegos los criterios a que han de atenerse las empresas licitadoras a la hora de ofertar los medios de comunicación, partiendo de que tales medios deben ser aquellos especializados en materia deportiva pues con ello se consigue una mejor optimización de los recursos económicos, teniendo en cuenta que la información va dirigida a un público sectorial.

Así lo prevé la cláusula cuarta del PPT cuando se refiere a prensa nacional deportiva líder con edición autonómica y prensa regional deportiva (medios impresos), medios de comunicación y portales de temática deportiva de carácter nacional con ediciones específicas en Andalucía (digital) y programas de radio deportiva centrados en el deporte base andaluz y otros deportes minoritarios (radio).

ABC sostiene que es arbitrario y discriminatorio que se excluya sin justificación alguna a medios de comunicación generalistas que tienen secciones de temática específicamente deportiva y alude a sentencias del Tribunal Constitucional que declaran que debe existir un reparto equitativo de la publicidad con criterios de transparencia e igualdad, pero no se olvide que tales sentencias (v.g Sentencia de 23 de junio de 2014 dictada en el recurso de amparo 6050/2012) también reconocen la

A la luz de cuanto se ha expuesto, a juicio de este Tribunal, queda justificado en el supuesto examinado que los objetivos de la campaña publicitaria se cumplen adecuadamente a través de medios de comunicación especializados en deporte.

Una vez alcanzada la anterior conclusión, decae el alegato fundamental de ABC relativo a que el reparto de publicidad previsto en el PPT beneficia claramente y sin justificación a las publicaciones exclusivamente digitales frente a otros medios que, además de tener versión digital como el propio ABC, tienen edición impresa y ello por cuanto, el reparto previsto en la cláusula cuarta del PPT no está dirigido a medios de comunicación generalistas como el de la recurrente.

En tal sentido, ya hemos visto que la cláusula cuarta del PPT se refiere, de un lado, a *"Medios impresos: prensa nacional deportiva líder .... tanto a nivel impreso como digital"* y, de otro, a *"Digital: medios de comunicación y portales de temática deportiva ... sin versión impresa"*.

Por tanto, la citada cláusula no está excluyendo a ABC de la versión digital por el mero hecho de emitir además en otro soporte. Simplemente sucede, y ya se ha abordado, que medios de comunicación generalistas como ABC no están contemplados en la cláusula impugnada. Así las cosas, cobra sentido que el PPT prevea, de un lado, medios impresos líderes en deporte, tanto a nivel impreso como digital, y medios de comunicación y portales de temática deportiva exclusivamente digitales, pues así se pretende promover la mayor concurrencia de medios dentro del sector deportivo -de modo que aquellos medios deportivos que, además de versión digital tengan la impresa, estarán contemplados en los medios impresos y no en los exclusivamente digitales-, a la vez que optimizar el gasto público siguiendo el mandato del artículo 1 del TRLCSP, evitando el riesgo de duplicidad al que alude en su informe el órgano de contratación.

Con base en cuanto se ha argumentado no se aprecia vulneración de los principios básicos de la contratación ni del TRLCSP, como tampoco de los artículos 4 y 5 de la

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FECHA: Sevilla, a 28 de abril de 2017	LA SECRETARÍA DEL TRIBUNAL (Por ausencia, articulo 8.3 del Decreto 332/2011, 2 de noviembre. BOJA NUM. 222 de 11 de noviembre de 2011) Gabinete de Recursos Fdo.: Pablo Vicente Montalvo