

Recurso 116/2021

Resolución 359/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 30 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE PUBLICIDAD DE SEVILLA** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Planificación de medios y compra de espacios publicitarios en prensa, radio, televisión, publicidad exterior y cine, así como ejecución de los planes de medios para las acciones de comunicación de promoción turística y del deporte de Andalucía. Tres lotes.” (Expte. C101-06CR-0121-0010), convocado por la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y el Deporte de Andalucía, S.A., ente adscrito a la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de febrero de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y el 12 de dicho mes de febrero en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 7.933.884,29 euros. Asimismo, los pliegos fueron publicados el citado perfil de contratante dicho día 15 de febrero. Posteriormente, los pliegos fueron objeto de corrección y nueva publicación en el perfil de contratante los días 26 de febrero, y 3 de marzo de 2021.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo



2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 9 de marzo de 2021, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE PUBLICIDAD DE SEVILLA (en adelante AEPS) contra los pliegos. En su escrito de recurso, la asociación recurrente solicita, entre otras cuestiones, la suspensión del procedimiento de licitación.

Posteriormente, el mencionado escrito de recurso fue remitido por el órgano de contratación a este Tribunal junto con el informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

Mediante resolución de este Tribunal se acuerda denegar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la asociación recurrente.

Por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, 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. Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».*



Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que *«Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, 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»*.

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre y la 233/2018, de 2 de agosto, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra los pliegos, y ello por entender que en aquellos se incumplen determinados aspectos relacionados con los criterios de adjudicación y se conculcan algunos de los principios de la contratación pública.

Al respecto, debe indicarse que conforme a los estatutos de AEPS entre sus fines destacan la representación, gestión y defensa de los intereses profesionales, económicos y de cualquier índole, ante toda clase de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.

Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostenta la asociación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra los pliegos en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por



lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas el 15 de febrero de 2021 en el perfil de contratante, por lo que el recurso presentado el 9 de marzo de 2021 en el registro de este Órgano, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones o argumentos de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la asociación recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando que, con estimación del mismo, se *«Anule la licitación recurrida, retrotrayendo el expediente al momento de la redacción técnica que según lo razonado en el presente Recurso deberá concluir con una redacción conforme a lo solicitado en el cuerpo del presente recurso»*.

1. Alegaciones o argumentos de la asociación recurrente.

Funda su pretensión en los siguientes motivos: i) criterios de adjudicación, ii) obligación discriminatoria de aportar certificados firmados por los responsables comerciales o gerentes de los medios finalistas para unos lotes y no otros, iii) fijación de los honorarios o de los descuentos de “agencia o adjudicataria” como práctica colusoria, y iv) no aplicación de los principios de eficacia, concurrencia e igualdad.

En el primer motivo del recurso relativo a los criterios de adjudicación señala, por un lado, que no se motiva en los pliegos los criterios determinantes para acceder a la adjudicación y, por otro lado, de facto los criterios de adjudicación no existen, ya sea por la fijación de precios, por el peso dado a criterios no basados en el precio, o por la obligación o fijación de los honorarios de las entidades licitadoras.

Concluye la recurrente que *«Con esta forma de licitar lo que se propicia es que todos puedan cumplir el 100% de los requerimientos objetivos, lo que de momento atenta contra el Principio de Libre Concurrencia, Libre Competencia y Eficacia, entre otros»*.

Respecto al segundo motivo denuncia la obligación discriminatoria de aportar documentación firmada por las personas responsables de los medios de comunicación previstos en los pliegos para los lotes 1 y 2, y no para el 3.



En este sentido, indica que *«Sin duda, esta práctica obligacional del Pliego denota de nuevo como a través de la misma se conculcan varios Principios, entre otros, el de Libre Competencia, Eficacia y Libre Concurrencia, ya que es perjudicial en ambos sentidos; (i) serán terceras empresas no licitadoras las que, al final, puedan decidir sobre aspectos esenciales de la contratación, como es el precio, (ii) si los medios se instauran como licitantes tendrán la facultad de, mediante prácticas colusorias, eliminar a la competencia entendiendo que la Libre Concurrencia Competitiva consiste, entre otros aspectos, en garantizar las posibilidades objetivas en igualdad de las empresas del sector donde vaya dirigida la Licitación propiciado que se la Administración la que efectúe la compra de forma directa a los Adjudicatarios obviando de esta forma los principios inspiradores de la Contratación Pública, dando diferentes precios para mismas finalidades dependiendo si se hacen a Agencias de Medios o como oferta de licitación.»*.

En cuanto al tercer motivo del recurso, la recurrente señala la fijación de los honorarios o de los descuentos de agencia como práctica colusoria. Al respecto, indica que en el cuadro previsto en la página 23 del PCAP, se fijan los servicios de agencia, 60.000 euros para los lotes 1 y 2 y 17.142,86 para el lote 3, lo que a su juicio propicia dos escenarios que si bien son contradictorios, los dos son contra derecho, por un lado, limita sin ningún tipo de dudas los principios de libre competencia, eficacia y libre concurrencia y, por otro lado, a "sensu contrario" elimina una variable más de la ecuación competitiva esperable en cualquier licitación pública, pues es un aspecto que todas las entidades licitadoras cumplen, *«por lo que, como antes avanzábamos siguen yendo en la línea de que todos los concurrentes podrán cumplir el 100% de los requisitos y por ello, todos tendrán las mismas posibilidades de Adjudicación.»*.

Asimismo, señala que acordar previamente los descuentos ofertados, fijar precios mínimos de participación, o aplicar una misma fórmula de cálculo de precio, con el fin de alcanzar un precio acorde para hacer derivar la licitación a no competitiva, iría de nuevo contra la libre competencia y concurrencia. Entiende la recurrente que lo que esta práctica puede suponer es i) que todos los medios den a las agencias licitadoras los mismos descuentos, por lo que de nuevo y de forma reiterada vacía de contenido los principios tan repetidamente alegados y (ii) la posible existencia de un preacuerdo de la Administración ofertante directamente con los medios de comunicación, lo que podría tener derivadas legales que no traemos a colación en este momento procesal ni en este recurso.

Por último, indica la recurrente que *«Respetos a las Mejoras planteadas como criterios de valoración, éstas quedan vacías de contenido, como son la capacidad de respuesta, formación etc., al ser todas asumibles por todas las Agencias, propiciando de nuevo que este criterio de Ponderación quede vacío de contenido.»*. Tras lo cual señala que para que las mejoras puedan ser criterio de adjudicación, deberán cumplir cada una de los siguientes requisitos, que enumera, para concluir afirmando que *«también entendemos que no se cumplen los criterios anteriormente especificados.»*.



En el cuarto motivo del recurso la asociación recurrente manifiesta que en la presente licitación no se aplican los principios de eficacia, concurrencia e igualdad. En concreta afirma lo siguiente:

«Habida cuenta que, teóricamente, todos los licitadores podrán acceder a los mismos recursos y precios, la consecuencia será la igualación por todos de las ofertas, práctica ésta que por la conformación del Pliego vacía de contenido el Principio de Competencia, Eficacia y Libre Concurrencia de las mismas.

Sumado todo a que de facto los Pliegos NO, no valoran ni ponderan los trabajos técnicos, ya sean objetivamente o subjetivamente, de nuevo se conculcan entre otros los Principio de Competencia, Eficacia y Libre Concurrencia, a parte de contravenir los preceptuado en la LCSP.

Por otro lado, y respecto al debido sometimiento al Principio de Eficacia de las licitaciones públicas, la unificación de toda la inversión que propicia la Licitación a sólo 3 lotes, inusual práctica en el sector, propicia también otra falla importante en el planteamiento de la inversión pública, de la que todos los actores deben optimizar.

Del tenor de las Cláusulas Administrativas que rigen la presente licitación podemos concluir que ha sido redactada con la clara intención de ser un procedimiento de compra de Medios de forma directa a los Medios de Comunicación. La redacción del Pliego de Cláusulas Administrativas y Memoria Justificativa nos indica que nos se han respetado los principios a los que en el encabezamiento del este apartado aludimos.

Entendemos por reproducidos y de plenos conocimiento la existencia de estos principios inspiradores en la norma y su claro conocimiento por el juzgador.

De esta forma, entendemos que no puede prosperar una licitación en la que no se contemplan ni implícita ni explícitamente estos principios rectores.».

2. Alegaciones o argumentos del órgano de contratación.

Con respecto al primer motivo del recurso, afirma el informe al recurso que el anexo II del PCAP, para cada uno de los lotes, establece una pluralidad de criterios por aplicación de fórmulas matemáticas, que están justificadas en el expediente, relacionados con el objeto del contrato y que, respetando los límites de los artículos 145 y 146 de la LCSP, forman parte, en su determinación y ponderación, de la discrecionalidad del órgano de contratación. Asimismo, indica que el objeto del contrato es la contratación de servicios de agencia de publicidad para la planificación y compra de espacios de publicidad para la promoción turística del destino Andalucía y del deporte a nivel provincial, regional y nacional en diversos medios de comunicación, por lo que una de las prestaciones esenciales es el trabajo de intermediación y compra de espacios de publicidad, resultando fundamental para optimizar el presupuesto de la campaña valorar los costes y descuentos que la agencia de publicidad ofertante, tiene garantizado, i) en el caso de la prensa digital el CPM (coste por mil impactos) y en el caso de la prensa impresa el descuento sobre tarifa



oficial, ii) en el caso de la televisión y radio el descuento sobre tarifa oficial, y iii) en el caso de la publicidad en exterior, el coste neto por unidad y en cine el CPM.

En el segundo motivo del recurso, el órgano de contratación indica que se configura como un criterio esencial de adjudicación del contrato, la posición de la agencia en el mercado publicitario a través de su descuento garantizado en un determinado medio o el CPM, ello presupone la optimización de su correspondientes campañas. En esta línea, señala que el pliego establece como requisito formal, imprescindible, que las agencias han de ofertar en todos los soportes del lote al que liciten, y nada impide que la oferta a un determinado soporte sea descuento sobre tarifa oficial 0%, es más, la fórmula matemática prevista lo prevé; con lo cual, aquella agencia licitadora que no tenga descuento en un determinado soporte, lógicamente, ha de cumplimentar la tabla con 0%, sin que ello suponga la exclusión del procedimiento. Del mismo modo, y lógicamente, si la agencia no ha obtenido descuento, no ha de presentar el documento firmado y sellado por el director comercial.

Asimismo, señala que en cumplimiento del artículo 145.5 de la LCSP es su obligación *«garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva, por eso deben ir acompañadas de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación»*. En este sentido, indica el informe al recurso que conforme a los principios de igualdad, transparencia y libre competencia, se ha de comprobar en caso de ofertar descuentos sobre tarifa oficial o CPM al lote 1 y 2, que efectivamente el % reflejado en la tabla del anexo IV del PCAP, cumplimentado por la agencia ofertante, está confirmado por el medio, es decir, es real.

Respecto al tercer motivo del recurso, el informe al recurso manifiesta que como ocurre a lo largo de todo el escrito de recurso, la recurrente utiliza el término colusorio de forma inapropiada, indiscriminada y sin fundamento. En este sentido, afirma que *«pretende desde el pliego de la convocatoria, objeto de impugnación, favorecer la participación justa y objetiva de las agencias, con sus respectivas propuestas económica sobre los medios o soporte (descuentos, CPR), propuestas técnicas y mejoras, así como, en todo caso, una retribución justa y garantizada del contrato, a través de la comisión de agencia.»*. Acto seguido reproduce el anexo I del PCAP respecto al presupuesto de licitación, facturación y forma de pago.

Sobre el cuarto motivo del recurso, señala el órgano de contratación que la argumentación de la asociación recurrente en relación a los lotes supone desconocer que la LCSP no impide que los órganos de contratación configuren el objeto del contrato atendiendo a lo que sea más conveniente para las necesidades públicas que debe satisfacer y que dicha ley instaure la división en lotes como la regla general y la no división, la excepción.



SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

1. Primer motivo del recurso.

En esencia, la recurrente denuncia que no se motiva en los pliegos los criterios determinantes para acceder a la adjudicación y, por otro lado, que de facto los criterios de adjudicación no existen, ya sea por la fijación de precios, por el peso dado a criterios no basados en el precio, o por la obligación o fijación de los honorarios de las entidades licitadoras.

Pues bien, al respecto dispone el primer párrafo del artículo 146.2 de la LCSP que *«Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.»*. Así las cosas, como se infiere de lo alegato por la recurrente en el supuesto que se examina se ha dado más preponderancia al precio que al resto de criterios de aplicación automática, sin embargo, la citada norma dispone “siempre y cuando sea posible”. En este sentido, indica el órgano de contratación en su informe al recurso, y este Tribunal comparte, que en el presente caso estamos ante un contrato en el que es esencial el trabajo de intermediación y compra de espacios de publicidad, lo que supone sin duda que el precio sea determinante entre los criterios de adjudicación.

En cuanto a la motivación de la importancia del precio como criterio de adjudicación (en palabras de la recurrente, no se motiva en los pliegos los criterios a los que acoge como determinantes para acceder a la adjudicación), basta acudir para ello a la definición del objeto del contrato y las características de la prestación prevista en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), esto es la contratación de servicios de agencia de publicidad para la planificación y compra de espacios de publicidad para la promoción turística del destino Andalucía y del deporte a nivel provincial, regional y nacional en diversos medios de comunicación, de tal suerte que una de las prestaciones esenciales es el trabajo de intermediación y compra de espacios de publicidad, en el que cobra especial importancia los costes y descuentos que la agencia licitadora pueda ofertar.

Respecto al alegato de la recurrente en que señala que de facto los criterios de adjudicación no existen, ya sea por la fijación de precios, por el peso dado a criterios no basados en el precio, o por la obligación o fijación de los honorarios de las entidades licitadoras, el mismo se reitera en el tercer motivo del recurso en el que será analizado.



Por último, en relación con el alegato de la recurrente donde indica que *«Con esta forma de licitar los que se propicia es que todos puedan cumplir el 100% de los requerimientos objetivos, lo que de momento atenta contra el Principio de Libre Concurrencia, Libre Competencia y Eficacia, entre otros»*, el mismo va a ser objeto de análisis asimismo en el tercer motivo del recurso.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el primer motivo del recurso.

2. Segundo motivo del recurso.

En lo que aquí interesa, señala el apartado “Documentos que han de integrar el sobre A electrónico” del anexo II del PCAP lo siguiente:

«Anexo IV según lote o lotes a los que se concurra acompañado en su caso de la siguiente documentación con las siguientes características:

- En el caso del medio prensa escrita, se deberá aportar un documento firmado y sellado por el director comercial (o asimilado) de todos los soportes de prensa relacionados en el correspondiente Anexo IV, en el que se verifique la condición económica (descuento ofertado) que el licitador presenta.

- En el caso del medio online, se deberá aportar un documento firmado y sellado por el director comercial (o asimilado) de todos los soportes online relacionados en el correspondiente Anexo IV, en el que se verifique la condición económica (CPM) que el licitador presenta.

- En el caso del medio radio, se deberá aportar un documento firmado y sellado por el director comercial (o asimilado) de todos los soportes de radio relacionados en el correspondiente Anexo IV, en el que se verifique la condición económica (descuento ofertado) que el licitador presenta.

- En el caso del medio televisión, se deberá aportar un documento firmado y sellado por el director comercial (o asimilado) de todos los soportes de televisión relacionados en el correspondiente Anexo IV, en el que se verifique la condición económica (descuento ofertado) que el licitador presenta.

Todos los documentos requeridos deberán estar firmados y sellados con una fecha anterior a la fecha de fin de entrega de las proposiciones de esta licitación.

Por otro lado, la no presentación de estos documentos requeridos por parte de las empresas licitadoras supondrá su exclusión del procedimiento.

La presentación de estos documentos NO implica un compromiso con estos soportes durante la ejecución de las distintas actuaciones que se puedan llevar a cabo durante la vigencia del contrato, pudiéndose incluso diseñar y ejecutar planes de medios en los que se incorporen otros soportes que no estén entre los relacionados anteriormente dentro de cada medio. ».



Pues bien, el sobre A, que es donde ha de introducirse la documentación que exige el apartado anterior del anexo II del PCAP, ha de contener la documentación acreditativa de los criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de fórmulas conforme al modelo previsto en el anexo IV del citado pliego.

Asimismo, los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas se recogen en el apartado “Criterios de adjudicación por aplicación de fórmulas matemáticas” previsto en el citado anexo II del PCAP. En lo que aquí interesa, la oferta económica se valora en función de determinados costes y descuentos que la agencia de publicidad licitante tiene que ofertar para cada uno de los medios de comunicación previstos en los pliegos. Así, para el lote 1, en el caso de la prensa digital el CPM y en la impresa el descuento sobre tarifa oficial, para el lote 2, en el caso de la televisión y radio el descuento sobre tarifa oficial, y para el lote 3, en el caso de la publicidad en exterior, el coste neto por unidad y en cine el CPM.

Para garantizar que los citados costes y descuentos ofertados en el sobre A por las distintas agencias de publicidad sean reales el mencionado apartado “Documentos que han de integrar el sobre A electrónico” del anexo II del PCAP, exige que se presenten para el lote 1 de prensa escrita y digital y para el lote 2 de radio y televisión, un documento firmado por persona responsable para cada uno de los medios de publicidad previstos en los pliegos.

Así las cosas, la exigencia de la documentación firmada por determinados medios de comunicación para poder ser valorada la oferta para cada uno de ellos, no cabe duda que supone una dificultad para las agencias licitadoras pues exige fundamentalmente que su oferta sea avalada por cada medio, que en principio es un tercero ajeno a su oferta. No obstante, dicha exigencia es una garantía para el poder adjudicador pues permite constatar la seriedad de la oferta, evitando situaciones de incumplimiento futuro por parte de la potencial adjudicataria de su proposición presentada y valorada con unos determinados costes y descuentos que después difieren de los reales, pero es que además es una garantía para la propia entidad adjudicataria pues un incumplimiento por parte del medio de algo que previamente firmó, lo faculta para poder exigirle las responsabilidades a que hubiere lugar. Desde ese punto de vista, entiende este Tribunal que la citada exigencia está justificada.

Asimismo, teniendo en cuenta que en el presente caso han presentado oferta nueve entidades licitadoras, no parece que la documentación exigida haya distorsionado la concurrencia, ni ninguno de los principios de la contratación alegado por la asociación recurrente.

Por último, carece de fundamento el alegato de la recurrente cuando señala que inexplicablemente dicha exigencia debe ser soportada para unos lotes y para otro no, pues ello entra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica, sin que ello suponga conculcar el principio de igualdad de trato.



Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el segundo motivo del recurso.

3. Tercer motivo del recurso.

Denuncia la recurrente que mediante la fijación en los pliegos de los honorarios o de los descuentos de agencia la Administración Pública propicia prácticas colusorias, al especificar y asignar el beneficio de la agencia de medios que resulte adjudicataria, lo que viene a suponer en términos reales un 4,3% de la inversión en medios. En este sentido, afirma que *«El acuerdo de fijación de precios con el fin de alcanzar un precio acorde al hacer derivar a una licitación no competitiva, entre otras opciones, pre-acordar los descuentos ofertados, y fijar precios mínimos de participación, o aplicar una misma fórmula de cálculo de precio, lo que iría contra la libre competencia y concurrencia.»*.

Pues bien, dicho alegato no puede estimarse, y ello por un serie de razones: i) la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la misma pretende con él, doctrina igualmente aplicable a los criterios para su adjudicación; ii) la fijación en el pliego de los servicios de agencia (honorarios) así como la exigencia de justificar los descuentos que obtienen de los medios de comunicación, no excluye de la licitación en principio a ninguna entidad que aporte las exigencias previstas en los pliegos, no afectando por ello a la concurrencia como denuncia la recurrente; iii) este Tribunal no aprecia cómo la configuración de los servicios de agencia y los descuentos a ofertar recogidos en los pliegos pueden propiciar prácticas colusorias, como afirma la asociación recurrente, aunque sin aportar evidencia clara de ello; y iv) por último, tampoco se alcanza a vislumbrar de qué forma la citada configuración de los servicios y descuentos de agencia en los pliegos pueden atentar contra la libre competencia.

A mayor abundamiento, ha de ponerse de manifiesto que en la presente licitación se han presentado nueve ofertas, de las cuales ocho han licitado a los lotes 1 y 2, y seis al lote 3. Asimismo, indicar que en algunos de los lotes la puntuación total de las entidades finalmente admitidas ha diferido entre la que ha obtenido la mayor puntuación y la más baja, en un caso más de 10 puntos y en otro caso más de 20 puntos, en ambos casos sobre 100, sin que dichos datos revelen ni de forma indiciaria obstáculos injustificados a la libre competencia y a la libre concurrencia.

También denuncia la recurrente, respecto al criterio de mejoras, que estas se vacían de contenido al ser todas asumibles por todas las agencias publicidad. En este sentido, es cuando menos aventurado por parte de la recurrente afirmar que todas las mejoras son asumibles por las licitadoras, pues cada una de ellas tendrá que valorar el contenido de su oferta teniendo en cuenta el conjunto de las obligaciones a las que se compromete, sin



que en principio puede concluirse que todas las potenciales licitadoras van a ofertar la totalidad de las mejoras, como señala la asociación recurrente, salvo que la misma a la que se le presume el conocimiento de parte del sector pueda sustentar con hechos lo afirmado en el recurso, dado que no aporta evidencias claras de ello.

A mayor abundamiento, y al igual que lo expuesto anteriormente, en la presente licitación de las ofertas admitidas a cada uno de los lotes, cerca del 50% no han ofertado el máximo de las mejoras.

Por último, la recurrente señala que para que las mejoras puedan ser criterio de adjudicación, deberán cumplir cada una los siguientes requisitos, que enumera, para concluir afirmando que *«también entendemos que no se cumplen los criterios anteriormente especificados.»*. En este sentido, no especifica en su escrito de recurso cuál o cuáles de los requisitos que señala y en qué forma no cumplen las mejoras recogidas en los pliegos, realizando una afirmación sin más base fáctica ni jurídica, no pudiendo este Tribunal sustituir a la recurrente en su obligación de presentar un recurso debidamente fundado, construyendo un argumento o fundamentación que compete a aquella (v.g., entre otras, Resoluciones de este Tribunal 131/2019, de 26 de abril y 304/2019, de 24 de septiembre).

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el tercer motivo del recurso.

4. Cuarto motivo del recurso.

Afirma la asociación recurrente que en la presente licitación no se aplican los principios de eficacia, concurrencia e igualdad, poniendo de manifiesto a continuación una serie de cuestiones, que constan reproducidas ut supra. Al respecto, dichas cuestiones, salvo una de ellas, han sido ya analizadas a lo largo de la presente resolución por lo que hemos de remitirnos a ellas. Así, es necesario examinar el alegato de la recurrente en el que señala que *«Por otro lado, y respecto al debido sometimiento al Principio de Eficacia de las licitaciones públicas, la unificación de toda la inversión que propicia la Licitación a sólo 3 lotes, inusual práctica en el sector, propicia también otra falla importante en el planteamiento de la inversión pública, de la que todos los actores deben optimizar.»*. En este sentido, la recurrente vuelve a hacer una afirmación, el que solo se haya dividido el contrato en tres lotes, sin más fundamento que el ser a su juicio una práctica inusual en el sector, poniendo en duda la eficacia del poder adjudicador en la gestión de los fondos públicos.

Al respecto, ha de recordarse, como tantas otras ocasiones, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con la prestación, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 28 y 99 de la LCSP, de tal suerte que la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la



Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la misma pretende con él (v.g. Resoluciones 207/2015, de 2 de junio, 346/2019, de 24 de octubre y 50/2020, de 14 de febrero, entre otras muchas).

A lo anterior, ha de añadirse que al igual que en el motivo del recurso anterior, la recurrente se limita a afirmar que dividir el contrato en tres lotes no es una práctica habitual en el sector, sin especificar en su escrito de recurso los motivos por los cuales entiende que no es correcta ni legal dicha división, realizando una afirmación sin más base fáctica ni jurídica, no pudiendo este Tribunal sustituir a la recurrente en su obligación de presentar un recurso debidamente fundado, construyendo un argumento o fundamentación que compete a aquella.

Procede, pues, desestimar en los términos declarados el cuarto motivo del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE PUBLICIDAD DE SEVILLA** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Planificación de medios y compra de espacios publicitarios en prensa, radio, televisión, publicidad exterior y cine, así como ejecución de los planes de medios para las acciones de comunicación de promoción turística y del deporte de Andalucía. Tres lotes.” (Expte. C101-06CR-0121-0010), convocado por la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y el Deporte de Andalucía, S.A., ente adscrito a la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local.

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

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

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.

