



**RE 049/2020**

**Acuerdo 56/2020, de 17 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la “ASOCIACIÓN GENERAL DE EMPRESAS DE PUBLICIDAD”, frente a 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 institucional de ámbito provincial de la Diputación Provincial de Zaragoza», promovido por dicha Entidad Local.**

## **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 25 de mayo de 2020 fue remitido, para su inserción en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE), anuncio de la licitación del acuerdo marco a que alude el encabezamiento del presente acuerdo.

El día 27 de mayo de 2020 tuvo lugar la publicación en el DOUE, así como en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), de dicho anuncio de licitación.

En el anuncio se indica que el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el 24 de junio de 2020.

**Segundo.-** Se trata de un acuerdo marco para la fijación de las condiciones a fin de contratar la compra de espacios en medios de comunicación de cara a la inserción de las campañas de publicidad institucional de la provincia de Zaragoza, sujeto a regulación armonizada, con un valor estimado de 3 604 880 euros, IVA excluido, y tramitado –electrónicamente– mediante procedimiento abierto, tal y como se contempla en el artículo 156 en relación con el 219 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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).

El acuerdo marco está dividido en tres lotes, correspondiendo cada uno de ellos al tipo de medio de comunicación: por este orden, prensa escrita, radio y televisión.

**Tercero.-** El 8 de junio de 2020 fue interpuesto, ante el Registro electrónico del Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón, recurso especial en materia de contratación por don J.A.M.R.P., en nombre y representación de la Asociación General de Empresas de Publicidad, frente a los pliegos que rigen la licitación del «Acuerdo Marco para la contratación de la compra de espacios en medios de comunicación para la inserción de las campañas de publicidad institucional de ámbito provincial de la Diputación Provincial de Zaragoza», promovido por dicha Entidad Local.

El recurso aduce –en síntesis– que los pliegos son discriminatorios al permitir únicamente participar en la licitación de referencia a las empresas propietarias de medios de comunicación, excluyendo a las agencias de publicidad, a las agencias de medios y a otros operadores económicos.

Por lo anterior, interesa de este Tribunal que se proceda a anular y dejar sin efecto los pliegos que rigen la licitación y, en consecuencia, el propio procedimiento de contratación del cual forma parte, con la finalidad de que se adecúe a las exigencias legales.

Igualmente se solicita –con carácter cautelar– la suspensión del procedimiento licitatorio.

**Cuarto.-** Una vez recibido el recurso, este Tribunal constató en el mismo varios defectos en la acreditación de su firmante y en la de sus propios representados.

En consecuencia, el 10 de junio de 2020, el Tribunal solicitó a la recurrente la subsanación de estas deficiencias, otorgando un plazo de tres días hábiles



para atender el requerimiento. El 15 de junio siguiente fue aportada la documentación interesada para la subsanación.

**Quinto.-** Con fecha 10 de junio de 2020 este Tribunal solicitó al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación completo, así como del informe al que alude el artículo 56.2 de la LCSP. El 12 de junio siguiente el órgano de contratación, por vía telemática, remitió la documentación solicitada.

**Sexto.-** Mediante Resolución 7/2020, de 22 de junio, de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, se decidió la suspensión –con carácter cautelar– del procedimiento de licitación, a la vista de la argumentación ofrecida por ambas partes.

**Séptimo.-** Habida cuenta de la actuación objeto de impugnación, así como de la anulación por parte del órgano de contratación de los anuncios de licitación y de los pliegos insertados en la PCSP, y al no haber constancia de interesados en el procedimiento licitatorio, no se ha procedido a evacuar trámite de alegaciones.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se acredita la legitimación de la asociación recurrente para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, cuyo segundo párrafo *in fine* señala que: «(e)n todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados»; todo ello, además, desde la perspectiva de que aquella –tal y como prescribe 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



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

septiembre— actúa, por medio del recurso, en defensa de los intereses de sus asociados de conformidad con sus estatutos, que vienen a recoger entre sus fines *«el desarrollo y la ejecución de cuantas actividades, medidas y acciones requieran la promoción, defensa y protección de los intereses económicos y sociales de las empresas que desarrollen su actividad dentro del sector publicitario y/o de la comunicación comercial e institucional en general»*.

Queda igualmente acreditado que el recurso se ha interpuesto en el marco de la licitación de un acuerdo marco de homologación de servicios cuyo valor estimado es superior a 60 000,00 euros, por lo que incumbe a este Tribunal administrativo su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA), y se dirige contra el acto de aprobación de los pliegos rectores de la licitación de referencia, actuación susceptible de impugnación ex artículo 44.2.a) de la LCSP.

El acto es recurrible de acuerdo con los aludidos preceptos y el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

**SEGUNDO.-** Sentado lo anterior, y en cuanto a la argumentación sobre el fondo del recurso, la recurrente sostiene la existencia de discriminación en el elemento subjetivo del contrato que resulte de los pliegos impugnados pues, de la letra B del Cuadro-Resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) la finalidad del acuerdo marco consiste en *«(...) seleccionar a empresas propietarias de medios de comunicación con difusión en toda la provincia de Zaragoza, para la materialización de las campañas institucionales de publicidad que se determinen por el Departamento de Comunicación de la Diputación, de acuerdo con la planificación contenida en el Plan de medios 2020-2023»*, lo que —a su juicio— alberga una exclusión injustificada de los demás operadores económicos en ese ámbito, justificación



que echa de menos tanto en el propio pliego como en el expediente del que el PCAP trae causa.

En apoyo de su tesis, la asociación actora invoca diversa doctrina jurisprudencial y administrativa; en particular, la Resolución nº 1/2020, de 9 de enero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (en adelante, TARCCYL), que considera de aplicación al supuesto aquí analizado ya que aborda *«una situación idéntica»*.

De contrario, el órgano de contratación –en el informe emitido con motivo de la interposición del presente recurso– parte de la tipificación de los contratos a celebrar –basados en el presente acuerdo marco– como los de difusión publicitaria regulados en el artículo 17 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante, LGP) para los cuales dicho órgano considera que –en atención al objeto y a los sujetos contractuales– sólo resultan aptas para contratar las empresas propietarias de medios de comunicación, en tanto que son ellas las únicas que cuentan con la habilitación empresarial exigible conforme al artículo 65 de la LCSP.

Y prosigue su defensa de la actuación impugnada reseñando que *«(...) sí se justifica y motiva en el expediente de contratación la necesidad de la Administración de contratar directamente con empresas propietarias de medios de comunicación»*, así como que la Diputación Provincial de Zaragoza cuenta con medios propios *«(...) para la coordinación y homogeneización de las actividades publicitarias (...) la determinación de prioridades, información sobre medios de comunicación más idóneos a los objetivos a obtener y destinatarios previstos»* lo cual, unido a que la intervención de una agencia de publicidad conllevaría la formalización de un contrato de publicidad –ex artículo 14 LGP– y no de difusión publicitaria, sería contrario al principio de utilización eficiente de los recursos públicos (por mor del criterio manifestado por el Tribunal de Cuentas en su informe n.º 904, de 21 de julio de 2011, de fiscalización sobre los contratos de publicidad y comunicación institucional suscritos por las principales Entidades Locales durante los años 2005-2007).



Finaliza su argumentación el órgano de contratación apuntando que –de permitir la participación en la licitación de las agencias de publicidad–, ello sería tanto como dejar en manos de los licitadores la determinación del objeto del contrato, razón por la cual no considera aplicable al supuesto concreto la Resolución del TARCCYL que invoca la parte actora y que obvia –a su juicio– la tipificación contractual operada por la LGP.

Procede, en este punto, reproducir las partes del PCAP que vienen al caso, comenzando por la ya transcrita –en parte– letra B de su Cuadro-Resumen cuyo título es el de `Definición del objeto del Acuerdo Marco´; su tenor literal íntegro es el siguiente:

*«ACUERDO MARCO PARA LA CONTRATACIÓN DE LA COMPRA DE ESPACIOS EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA LA INSERCIÓN DE LAS CAMPAÑAS DE PUBLICIDAD INSTITUCIONAL DE ÁMBITO PROVINCIAL DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE ZARAGOZA.*

*A través del presente Acuerdo Marco se pretende seleccionar a empresas propietarias de medios de comunicación con difusión en toda la provincia de Zaragoza, para la materialización de las campañas institucionales de publicidad que se determinen por el Departamento de Comunicación de la Diputación, de acuerdo con la planificación contenida en el Plan de medios 2020-2023.*

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

- Lote 1: Prensa escrita de información generalista con edición al menos en la provincia de Zaragoza y tirada diaria durante 7 días a la semana.*
- Lote 2: Cadenas de radio de información generalista con emisión y cobertura al menos en la provincia de Zaragoza.*
- Lote 3: Cadenas de televisión de información generalista con emisión y cobertura al menos en la provincia de Zaragoza.*

*Podrán participar todos los medios que reúnan las condiciones indicadas, independientemente de tirada o difusión».*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Después, la cláusula 1ª del PCAP (‘Régimen jurídico del Acuerdo Marco y procedimiento para su adjudicación’) cuyos tres últimos párrafos dicen así:

«(...)

*Los contratos basados que se celebren al amparo del presente Acuerdo Marco tendrán la condición de contratos de difusión publicitaria, en los términos que éstos se definen en el artículo 17 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.*

*Los contratos de publicidad deben considerarse como contratos de servicios (artículo 17 LCSP 2017).*

*El Acuerdo Marco y los contratos basados se regirán por el presente pliego de cláusulas administrativas particulares, por el pliego de prescripciones técnicas, por la LCSP, por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la ley, por la legislación de contratos que en desarrollo de la legislación básica promulgue la Comunidad Autónoma y por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RCAP). Supletoriamente, se aplicarán las demás normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado que resulten aplicables. Asimismo, será de aplicación al presente Acuerdo Marco y a los contratos basados la normativa sectorial vigente en cada momento, y en particular, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional y la Ley 16/2003, de 24 de marzo, sobre la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas de Aragón».*

Seguidamente, la cláusula 2.1.1 del PCAP ‘Objeto y necesidad del acuerdo marco’:

*«El objeto del acuerdo marco al que se refiere el presente pliego es el señalado en el apartado B del cuadro-resumen, de acuerdo con las condiciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Si así se señala en el apartado B del cuadro-resumen existirá la posibilidad de licitar por lotes. Todas las referencias efectuadas en el presente pliego al acuerdo marco o*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*adjudicatario se entenderán hechas a cada lote en los que se divida el objeto del contrato en su caso. Las necesidades a satisfacer mediante el contrato son las contenidas en la resolución administrativa de iniciación del expediente.*

*La celebración del presente Acuerdo Marco tiene por objeto fijar las condiciones para la compra de espacios en medios de comunicación, destinados a la materialización de las campañas de publicidad institucional de ámbito provincial de la Diputación de Zaragoza.*

*A través del Acuerdo Marco se establecerían las condiciones para la ulterior contratación con los medios de comunicación de la inserción de las campañas institucionales de publicidad de ámbito provincial de la Diputación de Zaragoza. Se trataría de comprar espacios en prensa, radio y televisión de difusión provincial para publicitar las campañas publicitarias de la institución provincial, y todo ello de conformidad con la planificación y condiciones que con carácter general o específico confeccione el Departamento de Comunicación de la Diputación de Zaragoza.*

*A través del presente Acuerdo Marco se pretende seleccionar a empresas propietarias de medios de comunicación con difusión en toda la provincia de Zaragoza, para la materialización de las campañas institucionales de publicidad que se determinen por el Departamento de Comunicación de la Diputación, de acuerdo con la planificación contenida en el Plan de medios 2020-2023. Por ello, podrán participar en el Acuerdo Marco las empresas propietarias de los siguientes medios de comunicación:*

- Lote 1: Prensa escrita de información generalista con edición al menos en la provincia de Zaragoza y tirada diaria durante 7 días a la semana.*
- Lote 2: Cadenas de radio de información generalista con emisión y cobertura al menos en la provincia de Zaragoza.*
- Lote 3: Cadenas de televisión de información generalista con emisión y cobertura al menos en la provincia de Zaragoza.*

*Las condiciones específicas que delimitan el objeto del presente Acuerdo Marco y de los contratos basados se recogen en el pliego de prescripciones técnicas.*



*El presente Acuerdo Marco pretende concertarse con varias empresas (artículo 219.1 LCSP 2017), y es cerrado, es decir, a través del mismo van a quedar definidos todos los términos para adjudicar los distintos contratos basados, sin que sea necesario convocar a las partes a una nueva licitación (artículo 221.4, párrafo primero, LCSP 2017).*

*Por parte del órgano de contratación se tramitarán los contratos derivados mediante el procedimiento previsto en el presente pliego, de conformidad con lo señalado en el apartado 4 del artículo 221 LCSP».*

Esta regulación se completa con los apartados 2º y 3º del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), cuyo tenor literal es el siguiente:

## **«2. FINALIDAD DEL ACUERDO MARCO**

*El Acuerdo Marco se configura como un sistema de racionalización técnica de la contratación que permite fijar las condiciones a la que habrán de ajustarse los contratos que se adjudiquen durante su vigencia (los denominados contratos basados).*

*Con el mismo se conseguiría, entre otros objetivos:*

- a) Garantizar el acceso a los espacios en medios de comunicación de las campañas de publicidad institucional de la Diputación de Zaragoza y, de esta forma, permitir la materialización y cumplimiento de los objetivos de difusión previstos en el plan anual de publicidad y en las campañas publicitarias confeccionadas por su Departamento de Comunicación.*
- b) Agilizar el proceso de contratación.*
- c) Reducir costes.*
- d) Integrar a los medios de comunicación de ámbito o repercusión provincial en el plan estratégico de difusión publicitaria de la Diputación de Zaragoza.*

*Se trataría de un Acuerdo Marco “cerrado”, ya que al estar perfectamente definidas las condiciones de la contratación ulterior no sería necesario convocar a las partes a una nueva licitación.*

*Los contratos basados que se celebren al amparo del Acuerdo Marco tendrán la condición de “contratos de difusión publicitaria”, en los términos que éstos se definen en el art. 17 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de*



*Publicidad (contratos en los que, a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga en favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario).*

### **3. OBJETO DEL ACUERDO MARCO**

*La contratación en cuestión se circunscribiría a lo que la Ley 34/1988 denomina contratos de difusión publicitaria, considerando como tales toda actividad publicitaria que el departamento de comunicación confeccione (sean spot, anuncios o campañas publicitarias o de información) y se inserte en el medio seleccionado a cambio de un precio.*

*En esta contratación general, que se efectuaría directamente con los medios con difusión en la provincia, no se incluirían:*

- 1. La publicidad de las disposiciones normativas y de los actos que deben publicarse por ley. Ello no es obstáculo para que el departamento de comunicación fije unas directrices generales. En este sentido puede servir de punto de referencia la Orden Foral 1/2003, de 11 de noviembre, sobre directrices para la contratación de publicidad institucional de la Administración de la CCAA de Navarra, que establece al respecto, aplicando un criterio puramente objetivo, que si la publicidad es obligatoria en un periódico se efectuará en el de mayor difusión de entre los editados por empresas domiciliadas en Navarra; y si es obligatorio en más de un periódico, se efectuará en los de mayor difusión de entre los editados por empresa domiciliadas en Navarra.*
- La publicidad que se lleve a cabo en el ejercicio de una actividad comercial, industrial o mercantil.*
- La publicidad que se inserte en medios de comunicación distintos a los que se refiere este acuerdo marco ya sea por su formato (prensa, radio o televisión) o por su ámbito territorial.*



- Las restantes modalidades de contratos publicitarios (esto es, contratos de publicidad, contratos de creación publicitaria y contratos de patrocinio). Y ello por las siguientes razones:
  - o Se considera que no procede concertar y suscribir contratos de publicidad, ya que al disponer la Diputación de Zaragoza de personal técnico especializado no parecería justificado contratar con agencias mediadoras de publicidad la creación y gestión de inserciones regulares o puntuales en los medios de comunicación a cambio de un porcentaje del coste en concepto de comisión. Desde el punto de vista del que suscribe esta memoria no podría justificarse la conveniencia económica o de eficacia de este tipo de contratos ya que se encarecería el servicio.
  - o Sólo de forma excepcional podría acudir a la figura del contrato de creación publicitaria, que en todo caso se suscribiría al margen de la contratación general que se propone. La idea es que se incluya como parte de este contrato general la difusión de las campañas publicitarias que de forma ordinaria se tenga previsto realizar y cuya confección realizaría el gabinete de comunicación, y que solamente en casos excepcionales y sobre las base de las particularidad especiales de determinadas campañas (por su complejidad, urgencia u otros motivos suficientemente técnicos o artísticos o de interés público justificados), pudiera contratarse su realización de forma independiente con una empresa especializada (a través del procedimiento de contratación que corresponda en función de su cuantía y de la unidad funcional que constituya la campaña a realizar).
  - o Finalmente, y por lo que se refiere al patrocinio, deberían ser las distintas áreas funcionales y servicios los que determinasen las actividades de qué entidades son merecedoras del patrocinio provincial y las cuantías a destinar a cada una de ellas, para que el gabinete de comunicación fijase las condiciones concretas en que se plasmaría la colaboración publicitaria que competería al patrocinado. Estos aspectos



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*son los que darían forma a los distintos contratos de patrocinio, que podrían suscribirse a través de procedimientos negociados sin publicidad directamente con las entidades o empresas seleccionadas».*

Una vez conocidos todos los elementos de juicio, corresponde comenzar el análisis de la controversia por el artículo 65.2 de la LCSP, como apunta el órgano de contratación en su informe, conforme al cual «(l)os contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato» y, a partir de dicho precepto, determinar si su desarrollo contenido en el clausulado ya transcrito de los pliegos impugnados es respetuoso –o no– con los principios de igualdad de trato y no discriminación (artículos 1 y 132 de la LCSP).

A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 6/2010, de 21 de diciembre, afirma que: «(l)a habilitación empresarial o profesional recogida en el artículo 43.2 de la LCSP (actual 65.2 de la LCSP), es un requisito de aptitud, que faculta a quien la posee para el ejercicio de una actividad profesional determinada. Se trata, por tanto, de un requisito mínimo de capacidad técnica exigido por alguna norma para la ejecución de un determinado contrato». Y, en la misma línea, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 1/2009, de 25 de septiembre de 2009, entiende que dicha habilitación se refiere a: «(...) más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñarlas, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo».

Sentado el carácter de requisito de aptitud de la cuestión controvertida en la redacción de los pliegos, corresponde acudir a la norma que regula tales



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

requisitos en el ámbito publicitario –la LGP–, así como su alcance y efectos. El artículo 8º de esta norma preceptúa que:

*«A los efectos de esta Ley:*

*Es anunciante la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad.*

*Son agencias de publicidad 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.*

*Tendrán la consideración de medios de publicidad las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten».*

Asimismo, son relevantes los artículos 13 y 17 de la LGP que regulan, respectivamente, el contrato de publicidad y el de difusión publicitaria; su tenor literal es el siguiente:

*«Artículo 13*

*Contrato de publicidad es aquél por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma.*

*Cuando la agencia realice creaciones publicitarias, se aplicarán también las normas del contrato de creación publicitaria.*

*(...)*

*Artículo 17*

*Contrato de difusión publicitaria es aquél por el que, a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga en favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario».*

De la regulación recién transcrita se deduce, en contra de la tesis del órgano de contratación, que las agencias de publicidad están legalmente facultadas para



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ejecutar publicidad por cuenta del anunciante. Por otro lado, y al hilo de lo anterior, como contraparte a los medios de publicidad en los contratos de difusión publicitaria el último precepto reproducido contempla ora el anunciante, ora la agencia; es decir, con arreglo a la LGP, cualquiera de los dos puede suscribir un contrato de este tipo –y para los fines previstos en dicha norma– de manera que, en caso de que sea la agencia y no directamente el anunciante quien lo suscriba, aquélla estará actuando –lógicamente– en nombre de éste mas estando en todo caso habilitada para tal específica labor con arreglo a dicha ley.

Ahora bien, ello implica que –siendo necesariamente una de las partes de dicho contrato el medio de publicidad– la otra sólo puede ser ora el anunciante, ora la agencia pero, en ningún caso, ambos. Paralelamente, la intermediación de ésta en representación de aquél ante el citado medio y para este fin de la difusión, debe traer causa de un contrato de publicidad (cuyo objeto, además de la ejecución publicitaria, comprende *ex lege* su creación, preparación o programación, cometidos que –en el presente caso– no se requieren) entre anunciante y agencia, la cual se vinculará con el medio a través del contrato de difusión publicitaria a tal efecto, de modo que en el caso de dicha mediación se produce un doble vínculo de la agencia: frente al anunciante –su cliente– y frente al medio de publicidad, titular del soporte para difundir esa publicidad que pone a disposición de aquélla a cambio de una remuneración.

En el supuesto aquí analizado, por contra, los pliegos no persiguen un doble vínculo sino único, de modo que a resultas de la presente licitación puedan contratarse –directamente– los medios de publicidad de tal suerte que sólo a ellos les es posible concurrir a la misma; y no sólo por cuanto se razona en dichos pliegos sino en la documentación preparatoria del expediente de contratación, donde se incide en esta cuestión.

Procede así traer a colación el Acuerdo 50/2018, de 29 de junio, de este tribunal en el que se afirma que: «(...) *se constata, efectivamente, como en el presente caso el objeto las necesidades administrativas a satisfacer por el*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*contrato, tal y como exigen los artículos 22 y 109 del TRLCSP (actuales artículos 28 y 116 LCSP), quedan justificadas, en la memoria explicativa del gasto y en el informe justificativo del expediente de contratación (documentos 1 y 2). En concreto, en este último documento se justifica la necesidad de llevar a cabo la contratación, concluyendo que “Es evidente, sin duda, que el contrato ha de celebrarse ineludiblemente para el cumplimiento y la realización de los fines del Hospital. El objeto del presente contrato es, por lo tanto, dar respuesta a la necesidad de contratar los suministros para la preparación y administración de tratamientos farmacoterapéuticos en el Hospital de Día del H.C.U: Lozano Blesa”. A su vez, en el Apartado A de la cláusula 2.1.2 del PCAP, también se recoge que las necesidades a satisfacer mediante el contrato son las contenidas en la resolución administrativa de inicio de expediente de 28 de febrero de 2018.*

*Sobre esta cuestión de justificar la necesidad de contratar se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante, TACPCM), en su Resolución 105/2016, de 1 de junio, en la que señala “Dicho informe (el de la justificación de la necesidad del objeto del contrato) debe existir ya al inicio del expediente de contratación tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 109.1 del TRLCSP que dispone que `la celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas, requerirá la previa tramitación del correspondiente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta Ley´.*

*El artículo 22 del TRLCSP obliga al órgano de contratación a justificar la necesidad e idoneidad del contrato, sin que puedan celebrarse contratos que no sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. Por ello, 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”.*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*Los documentos aludidos (memoria e informe) obran en el expediente administrativo, habiéndose ajustado así en su actuación el órgano de contratación –en fase de preparación del contrato– a lo preceptuado por el artículo 22 del TRLCSP (y no al contrario, como pretende hacer ver la recurrente invocando precisamente el mismo Acuerdo del TACPCM).*

*Por ello, y en cuanto a la mencionada justificación exigible de la determinación del objeto del contrato, procede también traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de marzo de 2015 que al respecto señala que “la idoneidad del objeto del contrato y las características del servicio a prestar por el contratista, ... son configurados en cada caso por el propio órgano de contratación en consideración a sus propias necesidades y conveniencias, –en este caso, obran a los folios 44 a 46 del expediente–, y no es facultad de los concursantes exigir un determinado objeto contractual ni, como en el caso ocurre, suponer la identidad entre contratos distintos como pauta para exigir la acomodación de tales objetos o características, que son plenamente dispositivas para la Administración desde las coordenadas fundamentales que expresa el artículo 22.1 del Texto Refundido de la LCSP 3/2011, de 14 de noviembre, respecto de la necesidad e idoneidad del contrato, y donde se dice 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 tal efecto, 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”.*

*En el supuesto que nos ocupa, tal y como ya se ha puesto de manifiesto, las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato y la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas –ex artículo 22 del TRLCSP– se detallan en la documentación preparatoria del contrato, esto es, en los informes señalados así como en el PCAP y en el PPT; además, y de conformidad con*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*las Resoluciones 134/2017, de 3 de febrero, y 237/2017, de 3 marzo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) reitera su doctrina en cuanto a que a la hora de fijar el presupuesto de un contrato, el órgano de contratación debe partir siempre del principio de eficiencia y de los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se consignan en el artículo 1 del TRLCSP».*

Tales objetivos que redundan en el cumplimiento del principio de asegurar una utilización eficiente de los fondos públicos que han sido sobradamente invocados en la Memoria justificativa del acuerdo marco, a lo que cabe añadir las recomendaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas en la misma línea cuando en este ámbito la Administración licitante dispone de medios propios en el informe que cita el órgano de contratación, han de prevalecer en el presente caso sobre los principios de no discriminación y de igualdad de trato, asimismo consagrados en el artículo 1º de la LCSP.

Y ello porque aun cuando –legalmente– las agencias se hallan también habilitadas para acometer el objeto de contrato, su concurso en la ejecución incidiría plenamente en el mismo, desnaturalizándolo, así como necesariamente un encarecimiento del servicio contratado pues –según se ha expuesto– habría de suscribirse un contrato de publicidad previamente entre la agencia y la Administración, con el consiguiente sobrecoste; por esta razón, los pliegos impugnados –tal y como han sido redactados– han de ser confirmados pues pese a que restringen la concurrencia de otras profesiones, tal restricción se considera justificada por los motivos apuntados. En lógica consecuencia, la tesis de la Asociación actora no puede prosperar al limitarse, en presente caso, la concurrencia a la licitación a tenor de una norma con rango de ley –la LGP– que llega a reconocer, si así lo estima conveniente en uso de la discrecionalidad de que goza para determinar el objeto del contrato en atención a sus necesidades, la posibilidad de intervención exclusiva para determinada profesión en un supuesto como el aquí analizado.



Y no obsta tal conclusión el razonamiento contenido en la citada Resolución 1/2020 del TARCCYL, principal argumento que esgrime la parte actora, y donde dicho Tribunal sostiene que *«(...) 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*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*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 incursos 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”».*

Este Tribunal, a pesar de la identidad de supuestos de hecho, no puede llegar a esa conclusión por mor de la tipificación de los contratos publicitarios y su regulación contenida –en lo que viene aquí al caso– en los artículos 13 y 17 de la LGP, ya transcritos, mientras que el TARCCYL incide en su artículo 8º sin ponerlo en relación –como, a nuestro juicio, procede– con aquellos preceptos, toda vez que el análisis del expediente de contratación muestra que tal limitación resulta conforme a Derecho, a diferencia de lo que resolvió nuestro homólogo –y cuyo criterio, evidentemente, no se comparte– con los elementos de juicio de que dispuso.

Por consiguiente, procede rechazar este motivo de recurso y, por añadidura, el propio recurso, al haber contemplado los pliegos impugnados la marginación



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

justificada de la licitación de operadores económicos aun habilitados legalmente para la prestación objeto del contrato, concluyendo así que no se ha restringido de forma discriminatoria la concurrencia; de ahí que deban adverbarse la letra y cláusulas transcritas de los pliegos, así como cualesquiera otras concordantes con las anteriores, pudiendo el órgano de contratación, reanudar la tramitación del procedimiento de contratación.

Por último, habida cuenta de la solidez en la argumentación de la postura de cada parte, así como de que la cuestión controvertida puede ser objeto de más de una interpretación, como ha quedado de manifiesto, este Tribunal concluye que en modo alguno puede considerarse que el presente recurso haya sido interpuesto temerariamente o con mala fe.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por mayoría de sus miembros, adopta el siguiente

### III. ACUERDO

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso especial presentado en nombre y representación de la “ASOCIACIÓN GENERAL DE EMPRESAS DE PUBLICIDAD”, frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Acuerdo Marco para la contratación de la compra de espacios en medios de comunicación para la inserción de las campañas de publicidad institucional de ámbito provincial de la Diputación Provincial de Zaragoza», promovido por dicha entidad local.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**SEGUNDO.-** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación dictada en virtud de la Resolución 7/2020, de 22 de junio, de la Presidencia de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

**TERCERO.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe en la interposición del recurso.

**CUARTO.-** Notificar el presente Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

El presente Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 49.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de dicha norma jurisdiccional, todo ello de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 59 de la LCSP.