

**ACUERDO 24/2009, DE 11 DE FEBRERO, DEL PLENO DEL CONSEJO DEL
AUDIOVISUAL DE CATALUÑA**

Resolución del Recurso potestativo de reposición formulado en nombre y representación de la entidad Otsanda Unic, SLU contra el Acuerdo 174/2008, de 7 de noviembre, del Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña de adjudicación del contrato de gestión indirecta del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia con carácter comercial

HECHOS

1. Mediante el Acuerdo 297/2007, de 19 de diciembre, el Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña aprobó la contratación, mediante el procedimiento abierto y sistema de concurso, de las concesiones en régimen de gestión indirecta para particulares para la explotación del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia reservadas para Cataluña, de acuerdo con lo que prevé el Real Decreto 964/2006, de 1 de septiembre, por el cual se aprueba el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora en Ondas Métricas con Modulación de Frecuencia. Asimismo, aprobó el Pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que debe regir la contratación y ordenó la publicación del anuncio de licitación del concurso en el DOGC.

La convocatoria de la licitación se hizo pública mediante Anuncio del Consejo insertado en el DOGC núm. 5034, de 21 de diciembre de 2007.

2. La entidad Otsanda Unic, SLU solicitó, dentro del plazo establecido, tomar parte en el referido proceso de adjudicación mencionado por lo que respecta a las frecuencias que constan detalladas en el anexo de este Acuerdo.

3. Mediante el Acuerdo 174/2008, de 7 de noviembre, el Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña adjudicó el citado contrato. Este Acuerdo se notificó a la entidad Otsanda Unic, SLU el 17 de noviembre de 2008 y se publicó en el DOGC núm. 5359, de 17 de noviembre de 2008.

4. El 17 de diciembre de 2008 tuvo entrada en el Registro del Consejo del Audiovisual de Cataluña un escrito de la señora Begoña Cendoya Ferrer mediante el cual, en nombre y representación de la entidad Otsanda Unic, SLU formula un Recurso potestativo de reposición contra el Acuerdo 174/2008, de 7 de noviembre, del Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña.

En concreto, la recurrente solicita que, en virtud de este Recurso, se declare la nulidad de pleno derecho del Acuerdo 174/2008, de 7 de noviembre, y que, en su defecto, se proceda a revisar las puntuaciones otorgadas por lo que respecta a las frecuencias solicitadas por Otsanda Unic, SLU.

5. El 23 de diciembre de 2008 el secretario general del Consejo informó a la representante de Otsanda Unic, SLU del plazo máximo para dictar y notificar la Resolución del Recurso y de los efectos del silencio administrativo, en cumplimiento de lo que prevé el apartado 4 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante LRJPAC).

6. Mediante un Oficio de 7 de enero de 2009 el Consejo comunicó la interposición de este Recurso a todas las entidades interesadas, para que, si así lo creían conveniente, pudiesen comparecer en calidad de interesados en la tramitación de este procedimiento. Transcurrido el plazo concedido, ninguna entidad no ha formulado alegaciones ni ha presentado documentación en defensa de sus intereses.

El 13 de enero de 2009 y el 9 de febrero de 2009 tuvieron entrada en el registro del Consejo dos escritos de los señores Rafael Martínez i Duarte y David José González López, en nombre y representación de M&M Infonet Associated, SL y Audiovisual Xtra, SLU, en los cuales manifiestan, respectivamente, la voluntad de estas entidades de comparecer en calidad de interesadas en la tramitación del Recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Análisis de los aspectos formales del Recurso

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las Resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, y producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos y a intereses legítimos, los interesados pueden interponer, según los casos, Recurso de alzada o potestativo de reposición.

De conformidad con el apartado 4 del artículo 3 de la Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña, los actos del Pleno del Consejo ponen fin a la vía administrativa. En consecuencia, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 116 de la LRJPAC, debe calificarse el Recurso como potestativo de reposición.

La interposición del Recurso de reposición ha sido respetuosa con los requisitos que establece el apartado 1 del artículo 110 de la LRJPAC y se ha efectuado dentro del plazo de un mes a contar desde la notificación del acto que se impugna, de conformidad con lo que prevé el artículo 117 de esta Ley.

El órgano competente para resolver el Recurso es el Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña, de conformidad con el apartado 1 del artículo 116 de la LRJPAC, en concordancia con el apartado 2 del artículo 42 del Estatuto orgánico y de funcionamiento del Consejo, aprobado por el Acuerdo 3/2001, de 28 de febrero, del Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña (en adelante el Estatuto del Consejo) y la Resolución, de 12 de diciembre, por la cual se delegan competencias, publicada en el DOGC núm. 5034, de 21 de diciembre de 2007.

En último término, la entidad recurrente está legitimada para formular el Recurso, de acuerdo con el artículo 107 de la LRJPAC, ya que tomó parte en el proceso de adjudicación del contrato. Asimismo, la persona que actúa en representación de la entidad mencionada ha acreditado debidamente la representación, en los términos que indica el artículo 32 de la LRJPAC.

Segundo. Análisis de los aspectos materiales del Recurso

Con anterioridad al análisis de la cuestión planteada, es necesario hacer alguna consideración sobre el régimen jurídico aplicable a la contratación objeto de este Recurso, debido a la reciente entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (en adelante LCSP).

El primer párrafo de la disposición transitoria primera de la LCSP establece lo siguiente: “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se rigen por la normativa anterior. A estos efectos se entiende que los expedientes de contratación han sido iniciados si se ha publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato [...]”

Y el segundo párrafo prevé lo siguiente: “Los contratos administrativos adjudicados antes de la entrada en vigor de esta Ley se rigen por lo que respecta a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

La convocatoria de la licitación de este contrato se hizo pública el 21 de diciembre de 2007, por lo tanto, con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP. En consecuencia, los aspectos relativos a la preparación y adjudicación del contrato permanecen sometidos al texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas (en adelante TRLCAP) y a la normativa que la desarrolla, en este caso, el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real decreto 1098/2001 (en adelante RD 1098/2001). Dicho esto, ahora es necesario entrar a analizar las diversas cuestiones de fondo planteadas en este Recurso.

1. Vulneración del derecho a la defensa

La recurrente esgrime que el Consejo del Audiovisual de Cataluña (en adelante el Consejo) ha vulnerado el apartado 5 del artículo 93 del TRLCAP y los artículos 35 y 37 de la LRJPAC y que, en consecuencia, ha lesionado su legítimo derecho a la defensa. Con este fin pone de relieve que el Consejo:

- Le ha privado el acceso a documentos esenciales de los procesos.
- Le ha entregado una documentación sobre el proceso no auténtica y escasamente motivada, sin baremos que acrediten las puntuaciones.
- Le ha obstruido el acceso al expediente mediante el requerimiento de la acreditación de la representación de la persona de confianza de la entidad.

1.1. Acceso al expediente de contratación: análisis del marco regulador y de las actuaciones llevadas a cabo por el Consejo

El 4 de diciembre de 2008 (registro de entrada núm. 3216/2008), la entidad recurrente solicitó al Consejo del Audiovisual de Cataluña el acceso a diversa documentación relativa al Acuerdo de adjudicación. Por su relevancia, a continuación, se reproduce, parcialmente, el tenor literal de la solicitud:

"[...] solicita que se le dé vista de los documentos incluidos en el expediente que a continuación se relacionan, exclusivamente en lo referente a cada una de las frecuencias en las cuales ha concurrido Otsanda Unic, SL [...] y en lo referente a todas las ofertas que han resultado ganadoras y a todas esas ofertas que hayan obtenido una mejor puntuación que la oferta realizada por Otsanda Unic, SLU

- Solicitud para participar en la convocatoria del concurso
- Documentación económica, administrativa y empresarial
- Oferta técnica y memoria
- Puntuación técnica obtenida
- Actos de calificación, Acuerdo y propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación
- Actos y Acuerdo de adjudicación del Pleno [...]"

A fin de fundamentar jurídicamente su solicitud, la recurrente cita de forma expresa el apartado 5 del artículo 93 del TRLCAP.

El apartado 5 del artículo 93 del TRLCAP, que constituye, en este caso, el marco jurídico de la notificación y la publicidad de las adjudicaciones de los contratos, prevé que el órgano de contratación debe comunicar a todos los candidatos o licitadores rechazados que lo soliciten formalmente los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y las características de la proposición del adjudicatario determinantes de la adjudicación a su favor.

Debido a esto, en una primera aproximación se puede afirmar que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato administrativo, los licitadores pueden ejercer su derecho a conocer

aspectos relativos a la proposición de la adjudicataria en los términos expuestos y los motivos del rechazo de su candidatura.

Dicho esto, el alcance de la solicitud, al pedir el acceso a información relativa a todas las licitadoras que han obtenido una puntuación más elevada, así como otra documentación administrativa relativa al procedimiento, suscita, a priori, algunas dudas jurídicas que conviene aclarar.

Para resolver la cuestión, más allá de la dicción literal del apartado 5 del artículo 93 del TRLCAP, cabe tener en cuenta otras referencias normativas que condicionan su aplicación.

Según el apartado 4 del artículo 93 del TRLCAP, en esta comunicación se puede omitir toda aquella información que constituya un obstáculo para la aplicación de la legislación, sea contraria al interés público, perjudique los intereses comerciales legítimos de las empresas públicas o privadas o pueda perjudicar la competencia leal entre estas empresas, justificando debidamente estas circunstancias en el expediente.

Por otro lado, el artículo 12 del RD 1098/2001 establece que el órgano de contratación tiene que respetar, en todo caso, el carácter confidencial de los datos facilitados por empresarios en relación con los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera, así como técnica o profesional.

En relación con la confidencialidad, el artículo 6 de la Directiva sobre contratación pública¹ establece que el poder adjudicador, conforme a la legislación nacional que lo rija, no tiene que divulgar la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial y añade que esta información incluye, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. Y el apartado 3 del artículo 41 prescribe que los poderes adjudicadores pueden decidir no comunicar determinados datos sobre la adjudicación de los contratos cuando su difusión pueda obstaculizar la aplicación de la Ley, sea contraria al interés público, pueda perjudicar los intereses comerciales legítimos de operadores económicos públicos o privados o pueda perjudicar la competencia leal entre estos operadores.

El principio de la confidencialidad obtiene el máximo reconocimiento en el ordenamiento jurídico comunitario al ser considerado como un derecho fundamental por el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que los presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión firmaron y proclamaron el 7 de diciembre de 2000, en ocasión del Consejo Europeo de Niza.

En último término, la LCSP ha reconocido, de forma taxativa (apartado 1 del artículo 124), el principio de confidencialidad, disponiendo lo siguiente:

“Sin perjuicio de las disposiciones de esta Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que se debe dar a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no pueden divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.”

Establecido el marco jurídico sectorial del acceso al expediente de contratación, conviene ahora revisar las disposiciones reguladoras en el ámbito de la normativa general de procedimiento administrativo común.

Así, la LRJPAC dispone (letra a del artículo 35) que los ciudadanos tienen derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los cuales tienen la condición de personas interesadas, y a obtener copias de los documentos que contienen. Por otro lado, la letra h de este precepto recoge el derecho de la ciudadanía a acceder a los

registros y archivos de las administraciones públicas en los términos previstos en la Constitución y en esta o en otras leyes.

El artículo 37 de este mismo cuerpo legal establece que el derecho de los ciudadanos a acceder a archivos y registros se limita a expedientes que correspondan a procedimientos acabados en la fecha de la solicitud, por lo cual no puede ser ejercido respecto a documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas, que están reservados a estas personas, ni respecto a expedientes relativos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial, entre otros.

Y el apartado 7 de este último precepto regula la forma de ejercer el derecho de acceso de los particulares a los archivos y registros, indicando que es necesario formular una petición individualizada de los documentos que se quieren consultar, sin que se pueda formular una solicitud genérica sobre una materia o un conjunto de materias. Y el apartado 8 reconoce que el derecho de acceso conlleva el derecho a obtener copias de los documentos el examen de los cuales sea autorizado por la Administración, con el pago previo, si se tercia, de las exacciones establecidas legalmente.

Respecto al eventual conflicto entre la aplicación en el acceso al expediente de contratación de la normativa general –LRJPAC– y la sectorial –TRLCAP–, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración del Estado³ se ha pronunciado estableciendo que prima la aplicación del apartado 5 del artículo 93 del TRLCAP sobre la de la letra a del artículo 35 de la LRJPAC, por tener esta última carácter supletorio, sin que, por otro lado, suscite ninguna dificultad interpretativa la aplicación del derecho de las personas interesadas a conocer el estado de la tramitación del expediente recogido en esta disposición.

En efecto, la disposición adicional séptima del TRLCAP prevé que la LRJPAC es de aplicación supletoria en materia de contratación administrativa.

Por lo tanto, una vez se haya adjudicado un contrato administrativo, el acceso al expediente de contratación se tiene que regir, con carácter preferente, por el apartado 5 del artículo 93 del TRLCAP en los términos expuestos. Como ya se ha dicho, este precepto no prevé como de obligado cumplimiento el acceso a otra documentación que la relativa a la valoración realizada de las ofertas de las entidades adjudicatarias, sin perjuicio de los condicionamientos y de las restricciones que, en cada uno de los casos, se consideren necesarios una vez ponderados los principios de transparencia y de confidencialidad que informan la contratación administrativa.

Dicho esto, el Consejo, para contestar a la petición de acceso al expediente de contratación instada por Otsanda Unic, SLU ha efectuado dos actuaciones diferenciadas.

En un primer momento, y con el cumplimiento estricto del mandato legal que prevé el apartado 5 del artículo 93 del TRLCAP, el Consejo citó al representante de la entidad recurrente, transcurridos escasos días de la presentación de su solicitud, para que compareciese en la sede del Consejo para comunicarle los motivos del rechazo de las candidaturas de Otsanda Unic, SLU, así como las características de las proposiciones de las adjudicatarias que habían sido determinantes en la adjudicación en su favor. Esta comparecencia tuvo lugar el 16 de diciembre de 2008.

En este acto las personas asistentes en representación de la recurrente obtuvieron una copia de una parte del informe técnico de las ofertas presentadas en la licitación del contrato, suscrito por los servicios técnicos del Consejo el 30 de octubre de 2008, el cual sirve de apoyo a la propuesta de adjudicación formulada por la Mesa de contratación y, a su vez, fundamenta la decisión de adjudicación del contrato por parte del órgano de contratación.

En concreto, se les entregó la parte del informe mencionado correspondiente a las ofertas de Otsanda Unic, SLU y de las entidades que han sido adjudicatarias en las frecuencias solicitadas por esta entidad. En concreto, el informe entregado contiene los aspectos siguientes:

- Las puntuaciones generales y desglosadas obtenidas por cada una de las partes que conforman la oferta así como por cada uno de los criterios de adjudicación fijados en la cláusula 18 del Pliego de cláusulas administrativas particulares.
- Las motivaciones o las justificaciones de la atribución de estas puntuaciones.

La entrega de esta documentación se ilustró con una breve exposición por parte de técnicos del Consejo, con conocimiento y experiencia en las funciones de valoración desarrolladas en el marco del concurso.

b) Mediante un Oficio de 19 de diciembre de 2008 el Consejo dio respuesta a la petición de acceso de la recurrente por lo que respecta a aquellos aspectos no contenidos en el apartado 5 del artículo 93 del TRLCAP. En concreto, el Consejo contestó en el sentido siguiente:

- Que no era procedente el acceso a la documentación administrativa y empresarial de las licitadoras, de acuerdo con el artículo 12 del RD 1098/2001.
- Que, en aplicación del artículo 124 de la LCSP y del artículo 6 de la Directiva sobre contratos del sector público (Directiva 2004/18/CE), el Consejo había instado a las entidades adjudicatarias para que manifestaran los aspectos o las partes de sus ofertas que consideraban que tenían carácter confidencial y que, una vez adoptada la decisión oportuna, se notificaría lo más pronto posible.
- Que ponía a su disposición los actos de la Mesa de contratación y el Acuerdo y la adjudicación del órgano de contratación.

En definitiva, delante de las acusaciones de oscurantismo aducidas por la recurrente, las actuaciones llevadas a cabo por el Consejo evidencian una clara voluntad de transparencia y colaboración respecto a las demandas de información relativas al proceso instadas por personas interesadas. Como apoyo a lo anterior, cabe poner de manifiesto que el Consejo ha resuelto la petición de la recurrente y también las correspondientes a todas las licitadoras que han ejercido este derecho en un sentido favorable, sin perjuicio de los condicionantes y las restricciones que se haya podido adoptar, siempre de forma motivada, con el objeto de salvaguardar los derechos coexistentes de todas las empresas que han tomado parte en el concurso.

Asimismo, la reacción del Consejo a la solicitud mencionada debe ser calificada de eficiente, con la condición de que se ha atendido con la celeridad debida, y en cualquier caso dentro del plazo de 15 días que establece el TRLCAP, para que la recurrente pudiera conocer con la anticipación necesaria los aspectos que considerase esenciales del procedimiento para que pudiera preparar su defensa, en el marco de eventuales impugnaciones.

1.2. Falta de autenticidad de la documentación entregada

El derecho que asiste a las personas interesadas en los procedimientos administrativos a obtener copias o certificados de los documentos el examen de los cuales sea autorizado por la Administración, de acuerdo con lo que establece la letra a del artículo 35 y el apartado 8 del artículo 37 de la LRLPAC, es un derecho de carácter informativo que no incluye la obtención automática de copias auténticas de los documentos públicos o privados que conforman los expedientes administrativos.

Las copias auténticas, de acuerdo con el artículo 46 de la LRJPAC, como documento público expedido por fedatario público, tienen idéntica validez e idéntica eficacia que la documentación original que conforma los expedientes administrativos. Con este fin, las copias auténticas se

expiden a solicitud de las personas interesadas y, con carácter general, cuando estas deben tener plenos efectos probatorios en una esfera jurídica ajena a la administrativa en cuestión (apartado 1 del artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil).

En este contexto, el Consejo entregó a la recurrente, y con carácter general a todas las licitadoras que ejercieron el derecho que prevé el apartado 5 del artículo 93 del TRLCAP, una copia de toda la documentación acreditativa de los aspectos que contiene el precepto mencionado, con carácter meramente informativo y sin ninguna otra virtualidad que la de trasladar los datos necesarios en relación con la valoración de las ofertas, así como la de las entidades adjudicatarias.

Toda la documentación entregada a la recurrente en el trámite mencionado constituye una reproducción fiel de la parte del informe técnico de las ofertas presentadas en la licitación del contrato, de 30 de octubre de 2008. En consecuencia, llama la atención, por su gravedad y falta de rigor, la calificación que la recurrente efectúa de esta documentación en el sentido de que se trata de un “extracto” o un resumen alterado con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Por todo lo que se ha expuesto, cabe concluir que la falta de expedición de copias auténticas de la documentación que el Consejo facilitó a la recurrente, en el marco de la comparecencia efectuada el 16 de diciembre de 2008, solo es atribuible a su propia conducta, ya que no hizo uso del derecho que la asistía a obtener este tipo de acreditación de autenticidad, si así lo creía conveniente.

1.3. Ausencia de baremos y escasa motivación de las puntuaciones otorgadas

El artículo 86 del TRLCAP establece que los criterios objetivos de adjudicación de los contratos, así como su ponderación o valoración relativa, se tienen que indicar debidamente en los Pliegos de cláusulas administrativas. Esta exigencia tiene como finalidad asegurar una actuación objetiva de la Administración en la selección del contratista así como la igualdad de trato de los licitadores.

El Pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la contratación fija los criterios objetivos (cláusula 18) que tienen que servir de base para la adjudicación en las proposiciones más ventajosas, y detalla, para cada uno, los parámetros o elementos generales de calificación a seguir para el otorgamiento de la puntuación.

Estos y no otros son los criterios que el Consejo, de forma objetiva y transparente, ha aplicado en el momento de efectuar el análisis de las propuestas presentadas por los licitadores en el informe técnico de las ofertas presentadas en la licitación del contrato y, en consecuencia, constituyen la base o la garantía de la motivación de la propuesta de adjudicación formulada por la Mesa de contratación y, a la vez, a la decisión de adjudicación del contrato efectuada por el órgano de contratación.

En este sentido, la actuación del Consejo ha sido adecuada y coherente con los pronunciamientos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³ y con la opinión de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa⁴ respecto a la adopción de subcriterios y su inclusión en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares.

En cuanto a la ausencia de motivación de las puntuaciones otorgadas, cabe insistir en que el informe de valoración de las ofertas presentadas en la licitación del contrato, parcialmente entregado a la recurrente, contiene las puntuaciones debidamente desglosadas por cada uno de los criterios de adjudicación con las justificaciones correspondientes, de acuerdo con los criterios o elementos cualitativos que figuran en el Pliego de cláusulas administrativas particulares y, en cualquier caso, con el rigor y el detalle necesarios para que los licitadores

puedan conocer los motivos o las circunstancias de la adjudicación en favor de la proposición más ventajosa.

Respecto a la motivación de las Resoluciones administrativas de adjudicación, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que las Resoluciones no conllevan necesariamente un razonamiento exhaustivo y cuidadoso de todos los aspectos y perspectivas, las cuales permanecen suficientemente motivadas en el caso de que contengan las razones que permitan conocer los criterios esenciales que fundamentan la toma de decisión, permitiendo a los interesados apreciar la corrección o la incorrección jurídica de esta Resolución a fin de una eventual impugnación posterior (entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1995 y de 11 de febrero de 1998).

Con este fin, la jurisprudencia también ha matizado que resulta suficientemente motivada la Resolución que acoja de forma íntegra la propuesta de Resolución que incorpore el contenido de los informes o dictámenes pero no requiera su transcripción. Por lo tanto, sirve de motivación de la adjudicación la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa de contratación acompañada de los informes que haya solicitado para ponderar las ofertas de conformidad con los criterios establecidos en el Pliego de cláusulas administrativas particulares (entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1983 y de 28 de julio de 1996).

Por lo tanto, la Administración tiene que expresar los motivos por los cuales una proposición determinada resulta más ventajosa y este juicio tiene que estar sometido al control jurisdiccional, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 106 de la Constitución española. Y en este sentido las Resoluciones que no tienen motivación incurren en arbitrariedad, que no discrecionalidad, al no expresar las condiciones de la oferta que permiten calificarla como más ventajosa que las restantes.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, el contenido del informe de valoración de las ofertas presentadas en la licitación del contrato, suscrito por los servicios técnicos el 30 de octubre de 2008, acredita debidamente las puntuaciones otorgadas, con expresión suficiente de los motivos esenciales de la adjudicación en favor de las proposiciones más ventajosas, sobre la base de los criterios objetivos fijados en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, motivación que se debe hacer extensiva a la propuesta de adjudicación formulada por la Mesa de contratación y la decisión de adjudicación del contrato por parte del órgano de contratación.

1.4. Obstrucción en el acceso al expediente

De conformidad con las normas de derecho privado, las personas jurídicas tienen que actuar mediante su órgano de representación y administración. Así, por lo que respecta a las sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 62 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, atribuye la representación de la sociedad a los administradores. En el caso de administrador único, la letra a del apartado 2 de este precepto le atribuye de forma íntegra la responsabilidad de la sociedad. Asimismo, es indispensable la constancia del nombramiento del cargo en el Registro Mercantil, de acuerdo con lo que establece el punto 4 del apartado 1 del artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real decreto 1784/1996, de 19 de julio.

También es admisible en derecho la llamada *representación voluntaria de las personas jurídicas* o *representación a través de apoderamiento*, que consiste en el poder que el órgano de administración de una sociedad otorga en favor de un determinado sujeto, persona física o jurídica. Los poderes generales, así como su modificación, revocación y sustitución son de inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, mientras que los poderes generales para pleitos así como los otorgados para un caso concreto no son de obligatoria inscripción, de conformidad con lo que prescribe el punto 5 del apartado 1 del artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil.

Por otro lado, la regulación de la representación de las personas interesadas en los procedimientos administrativos está contenida en el artículo 32 de la LRJPAC, de aplicación supletoria en los procedimientos de contratación administrativa. Esta disposición prevé la posibilidad de que las personas interesadas con capacidad de obrar actúen por medio de representante, con el cual se tienen que llevar a cabo las actuaciones administrativas, salvo manifestación en contra de la persona interesada.

El apartado 3 de este precepto establece que para formular solicitudes, entablar Recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, se debe acreditar la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna de ello, o mediante una declaración en una comparecencia del interesado o de la interesada.

En último término, el apartado 3 del artículo 32 *in fine* de la LRJPAC prescribe que para los actos y las gestiones de trámite se presume la representación. En este sentido, las personas que lleven a cabo este tipo de gestiones o actuaciones en nombre y representación de las personas interesadas en los procedimientos administrativos no deben acreditar debidamente la representación.

Dicho esto, el señor Josep Maria Benet Ferran subscribió las solicitudes de participación en el proceso de adjudicación que nos ocupa en representación de la recurrente, el 14 de febrero de 2008. Y, para dar cumplimiento al requerimiento establecido en la cláusula 12.2.2. del Pliego de cláusulas administrativas particulares, acreditó, en tiempo oportuno, la representación de la sociedad mediante el nombramiento a su favor del cargo de administrador único, por tiempo indefinido, según consta en la escritura pública otorgada por la notaría con residencia en Barcelona, señora Immaculada Domper Crespo, el 30 de enero de 2008, con el número 171 de su protocolo, inscrita en el Registro Mercantil.

En el caso objeto de análisis, delante de la imposibilidad de la asistencia del representante de Otsanda Unic SLU a la comparecencia para implementar el apartado 5 del artículo 93.5 del TRLCAP, el Consejo recordó a la persona que asistiría en sustitución de la anterior que tenía que acreditar la representación a través de alguno de los medios admitidos en derecho, antes examinados.

Respecto a la eventual infracción del artículo 32.2 de la LRJPAC, en el supuesto planteado, la comparecencia en la sede del Consejo, en virtud del apartado 5 del artículo 93 del TRLCAP, no puede ser calificada como un acto de trámite. Con este fin, es relevante destacar que se trata de un acto posterior y complementario a la adjudicación del contrato, que es el acto central que pone fin al procedimiento contractual, mediante el cual, como ya se ha determinado, el Consejo facilita información a las licitadoras solicitantes sobre la valoración de sus proposiciones así como sobre las proposiciones formuladas por otras empresas que han participado en el concurso.

De acuerdo con lo que se ha expuesto más arriba, el Consejo ha requerido la acreditación de la representación de las personas asistentes a este acto, siempre que esta circunstancia no constase debidamente acreditada en el expediente administrativo, con el objeto de no efectuar una divulgación indiscriminada de la información del proceso en favor de meros mandatarios de las empresas, y, en definitiva, para salvaguardar los derechos y los intereses legítimos coexistentes de las entidades que han tomado parte en el proceso.

Como apoyo a esta interpretación, la doctrina científica ha interpretado favorablemente la necesidad de acreditar la representación en el supuesto de comparecencias delante de las administraciones públicas, siempre y cuando la relevancia de la actuación a realizar así lo requiera⁵.

Las consideraciones realizadas llevan a considerar que la intención de esta institución, lejos de entorpecer y/o dificultar el ejercicio legítimo de los derechos de la recurrente, ha sido la de

conjugar la transparencia en el procedimiento con otros derechos también coexistentes de las empresas licitadoras y/o adjudicatarias.

2. Infracción total y absoluta del procedimiento establecido en el Acuerdo 3/2001, de 28 de febrero, por el cual se aprueba el Estatuto orgánico y de funcionamiento del Consejo del Audiovisual de Cataluña

2.1. Irregularidades en la convocatoria de la sesión del órgano de contratación correspondiente a la adjudicación del contrato

La recurrente aduce la nulidad de pleno derecho del Acuerdo 174/2008, de 7 de noviembre, de acuerdo con la causa prevista en la letra e del apartado 1 del artículo 62 de la LRJPAC, al considerar que la convocatoria de la sesión del Pleno del Consejo de 7 de noviembre de 2008 infringe el régimen de funcionamiento de este órgano colegiado establecido en el Estatuto del Consejo.

El régimen jurídico de los órganos colegiados lo contienen los artículos 22 a 29 de la LRJPAC.

Por otro lado, el Estatuto del Consejo contiene las particularidades del régimen organizativo de su órgano de gobierno y de decisión, el Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña, en los términos que contiene el apartado 1 del artículo 22 de la LRJPAC. En concreto, el artículo 4 del Estatuto del Consejo, dedicado a las convocatorias y al orden del día, prevé textualmente lo siguiente:

“[...] Ninguna sesión podrá empezar sin que la convocatoria, con el orden del día y la documentación necesaria para pronunciarse en ella, haya sido entregada a los miembros del Consejo con una antelación mínima de dos días.”

No obstante, el artículo 4.2 del Estatuto del Consejo prevé la posibilidad de que la convocatoria prescinda, de manera excepcional y “en casos de urgencia debidamente motivada por el presidente”, del orden del día específico y de la documentación necesaria para pronunciarse en ella, sin perjuicio que sea necesaria la ratificación posterior de la convocatoria y de la decisión de la urgencia por la mayoría simple de los miembros del Pleno, en el inicio de la sesión, en un sentido similar a lo que prevé el apartado 3 del artículo 26 de la LRJPAC.

De la dicción literal de este precepto se desprende que queda admitida la posibilidad de que el presidente del Consejo convoque sesiones por razón de urgencia, sin convocatoria formal y sin el plazo de 48 horas para estudiar los temas a tratar, siempre y cuando todos los miembros del órgano colegiado después lo ratifiquen formalmente por mayoría simple en el momento de iniciarse la sesión correspondiente.

Como apoyo a la anterior posibilidad, se pueden citar las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1998, en las que se indica lo siguiente en relación con la convocatoria de sesiones extraordinarias urgentes:

“[...] que no hay exigencia de lapso temporal previo alguno, salvo el que naturalmente sea preciso para posibilitar la asistencia material de los concejales [...]” Y, en un sentido idéntico, las SSTs de 23 de noviembre de 1990 y de 26 de noviembre de 1997.

Por lo tanto, el artículo 4.2 del Estatuto del Consejo es el precepto que fundamenta la convocatoria del presidente del Consejo para la sesión del Pleno del Consejo de 7 de noviembre de 2008, convocatoria que, es necesario insistir, fue plenamente ratificada o avalada por todos los miembros del órgano colegiado.

Asimismo, está claro que la determinación de los motivos de urgencia de la convocatoria pertenece al ámbito de discrecionalidad, primero del presidente del Consejo y después de los miembros del Pleno, mediante su ratificación.

De acuerdo con lo que se ha expuesto, no suscita ninguna duda jurídica que la convocatoria de la sesión de 7 de noviembre de 2008 del órgano de contratación, con el objeto de deliberar y, si se tercia, de adjudicar el contrato, es conforme y se adecua al marco jurídico de aplicación, en concreto, a los requerimientos que establece la LRJPAC, por lo que respecta a las reglas esenciales de formación de la voluntad de los órganos colegiados, así como a las previsiones en el Estatuto del Consejo en relación con el régimen de funcionamiento del Pleno del Consejo.

2.2. Recurso a profesionales externos

Otsanda Unic, SLU cuestiona el hecho de que el Consejo, en el proceso de adjudicación del contrato, haya recurrido a profesionales externos para que realicen funciones de valoración de las propuestas de los licitadores, sin que esta circunstancia conste debidamente motivada en el procedimiento. Asimismo, muestra su discrepancia respecto a la designación por parte del Consejo de estos profesionales ya que, en su opinión, no ha sido respetuosa con los principios de publicidad y concurrencia que informan la contratación administrativa.

El artículo 81 del TRLCAP prescribe que la Mesa de contratación es un órgano técnico la función del cual es, de forma exclusiva, examinar las proposiciones y formular la propuesta al órgano de contratación del candidato a la adjudicación del contrato. Su composición y la designación de sus miembros la regula el artículo 79 del RD 1098/01.

Asimismo, según establece el apartado 2 del artículo 81 del TRLCAP, para el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación puede obtener el asesoramiento técnico que consideren adecuado.

En este contexto normativo, la cláusula 15 del Pliego de cláusulas administrativas particulares recoge la composición de la Mesa de contratación (apartado 1) y establece sus funciones (apartado 2).

En uso de la facultad establecida en el artículo 81.2 del TRLCAP, los miembros de la Mesa de contratación, en sesión de 9 de abril de 2008, acordaron encargar a los servicios técnicos del Consejo la realización de las tareas de apoyo necesarias para el análisis técnico de las ofertas del concurso, con el auxilio externo necesario, por razón de la complejidad y/o especialidad en la materia de expertos de capacidad profesional probada.

De acuerdo con el artículo 16 del Estatuto del Consejo, la administración del Consejo es una organización a su servicio y al de sus miembros para ejercer las funciones que legalmente tiene atribuidas. Y, tal y como establece el artículo 17 del Estatuto mencionado, el personal de administración accede a su lugar de trabajo al Consejo mediante selección previa regida por los principios de publicidad, méritos y capacidad, en aplicación del artículo 103 de la Constitución.

Por lo tanto, la independencia y la objetividad de la actuación de las personas de los servicios técnicos del Consejo que han intervenido en la elaboración del informe técnico de las ofertas presentadas en la licitación del contrato, que sirve de fundamento a la propuesta de adjudicación formulada por la Mesa de contratación y, a su vez, al Acuerdo objeto de impugnación, queda plenamente garantizada.

En favor de la adecuación de la actuación de la Mesa de contratación, al recurrir a la estructura administrativa interna del Consejo para realizar la valoración técnica de las ofertas, resulta determinante la Sentencia¹ aducida por la recurrente, en defensa de sus intereses, que pone de relieve lo siguiente:

"[...] Esos informes técnicos cumplen, pues, una función de asesoramiento que está destinada a contribuir a formar la voluntad que ha de plasmarse en el acto de la adjudicación, ofreciendo a los órganos administrativos que intervienen en la adopción de esa decisión unos conocimientos especializados que no poseen y les son imprescindibles [...]"

Por idéntica razón debe asimismo afirmarse que los informes técnicos que recabe la Mesa de contratación deben ser realizados por los propios servicios técnicos con que cuenta la Administración y, solo en los casos en que quede acreditado que tales servicios no existen o son insuficientes, podría acudir a asesoramientos externos. Entenderlo de otra forma sería desnaturalizar la propia existencia de la Administración constitucionalmente concebida para servir con objetividad los intereses generales en la forma que se contiene en el art. 103 CE."

Respecto a la eventual infracción de los principios de concurrencia y publicidad en la designación de profesionales externos para desarrollar tareas de valoración de las ofertas, es necesario hacer las observaciones siguientes.

El encargo a profesionales externos se ha efectuado en el marco de dos Acuerdos de colaboración suscritos con instituciones públicas, una universidad y un colegio profesional, de reconocido prestigio en algunas de las materias que conforman las ofertas técnicas, de conformidad con el Pliego de cláusulas administrativas particulares.

Estos convenios de colaboración se adecuan a la letra c del artículo 3.1 del TRLCAP, por razón de su cuantía, en los dos casos inferior a 60.000 euros y, en cualquier caso, al importe que establece la letra c del apartado 2 del artículo 203 del TRLCAP.

Es necesario poner de manifiesto, asimismo, que la voluntad del Consejo en el momento de suscribir los convenios de colaboración mencionados ha sido dotarse de los recursos idóneos para la obtención del apoyo necesario en el desarrollo de las tareas de valoración por parte de los servicios técnicos del Consejo, debido a la insuficiencia de recursos internos para la valoración de determinadas materias.

Así, el alcance del objeto de las colaboraciones hace patente que, en ningún caso, conlleva, ni siquiera de una manera parcial, una dejadez de las funciones legalmente atribuidas a la Mesa de contratación en favor de entidades externas. Como prueba de ello, los profesionales externos que han colaborado en las tareas de valoración como consecuencia de los convenios de colaboración mencionados se han integrado en el grupo de trabajo constituido con este fin y han actuado siempre bajo las instrucciones y el control de los técnicos del Consejo que han coordinado la realización de estas tareas.

En definitiva, dichas colaboraciones se adecuan y son conformes a la normativa de contratación pública, y responden al ejercicio legítimo por parte de la Mesa de contratación de una facultad establecida legalmente en su favor, que ha contribuido a incrementar el grado de calidad del informe técnico de las ofertas presentadas en la licitación del contrato y, en consecuencia, a la formación de su voluntad.

3. Vulneración de los principios de actuación del Consejo del Audiovisual de Cataluña

3.1. Actuación parcial y subjetiva del presidente del Consejo

La recurrente alega que la actuación del presidente del Consejo en el marco del proceso de adjudicación del contrato infringe el artículo 28 de la LRJPAC y el apartado 2 del artículo 4 y el artículo 6 de la Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña. El fundamento de esta infracción, en opinión de la recurrente, está en su vinculación con el Arzobispado de Barcelona, a quien pertenece la entidad adjudicataria Fundació Missatge Humà i Cristià (fundación mensaje humano y cristiano).

La objetividad de las actuaciones administrativas en un procedimiento de contratación con la intención de garantizar la no ingerencia de intereses privados en el interés público, la resuelve el artículo 20 del TRLCAP, que recoge las causas de prohibición de contratar con la Administración.

El artículo 20 del TRLCAP contiene una serie de prohibiciones y restricciones a la contratación con las administraciones públicas basadas en presupuestos de naturaleza diversa que pueden afectar a los empresarios, como por ejemplo la imposición de sanciones penales o administrativas, el incumplimiento de previsiones de la normativa de contratación administrativa, las situaciones de insolvencia y, en último término, la *incursión en un supuesto legal de incompatibilidades*.

Según ha afirmado la doctrina, las causas de prohibición de contratar tienen como finalidad evitar que ciertas situaciones personales del administrado lleguen a tener acceso al contrato y, en consecuencia, eliminar riesgos en la fase de admisión de interesados en el procedimiento de contratación. Se trata, pues, de una cautela con el objeto de garantizar el cumplimiento moral y leal del contrato². En una línea similar, se puede destacar, entre otros, el Dictamen núm. 830/1995, de 13 de julio, del Consejo de Estado.

Sin embargo, la causa que cabe examinar ahora es la que contiene la letra e del artículo 20 del TRLCAP:

“e) Que la persona física o los administradores de la persona jurídica estén incluidos en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado; de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, o que se trate de cualquiera de los cargos electivos que regula la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, en los términos que establece la misma Ley.”

El régimen de incompatibilidades de los miembros del Consejo está contenido en el apartado 2 del artículo 6 de la Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña, que establece que están sujetos al régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración de la Generalitat.

El artículo 3 de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades al servicio de la Generalitat establece que:

“Los altos cargos al servicio de la Generalitat deben ejercer sus funciones con dedicación plena y absoluta y no pueden compatibilizar su actividad con el ejercicio de ningún otro sitio, cargo, representación, profesión o actividad mercantil, profesional o industrial, de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, salvo las excepciones que establece esta Ley, o las autorizadas por el Gobierno, por razón de especial interés público.”

No obstante, la letra e del artículo 8 de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, dispone que el ejercicio de las funciones de un alto cargo al servicio de la Administración de la Generalidad es compatible con la participación en entidades sin ánimo de lucro.

En último término, el apartado 3 del artículo 6 de la Ley 2/2000, de 4 de mayo, prescribe que los miembros del Consejo no pueden tener intereses en empresas audiovisuales ni ejercer actividades profesionales de ningún tipo, salvo la docencia, si no se presta en régimen de dedicación exclusiva.

La Fundació Missatge Humà i Cristià es una fundación pía autónoma, creada de acuerdo con el artículo 1.303/1 del Código de derecho canónico vigente entonces en el ámbito territorial del Arzobispado de Barcelona, erigida por el Decreto del arzobispo de Barcelona de 3 de febrero de

1987, que se elevó a escritura pública, la cual fue autorizada por el notario de Barcelona, señor Modesto Ventura Benages, el 5 de febrero de 1988, con el número 121 de su protocolo, modificada por otra, también autorizada por el notario, de 17 de mayo de 1989. En cumplimiento de lo que prevé el Real decreto 589/1984, de 8 de febrero, sobre fundaciones religiosas de la Iglesia católica, la Fundació consta debidamente inscrita en el Registro de entidades religiosas del Ministerio de Justicia.

La Fundació está regida y gobernada, según el artículo 6 de sus Estatutos, por un Patronato conformado por un máximo de 10 patrones, que designa el cardenal arzobispo de Barcelona, y que intervienen en régimen paritario en todo lo que afecta al régimen y a la administración de la Fundació.

De una revisión de los nombres y apellidos de las personas que conforman actualmente el patronato de la Fundació, en virtud del nombramiento efectuado por el Decreto 17/2005, de 19 de abril, del arzobispo de Barcelona, anotado en el Registro de entidades religiosas del Ministerio de Justicia, así como de las personas designadas anteriormente mediante el acto constitutivo, se constata que no figura en él el señor Carbonell i Abelló. Este extremo permite afirmar que el presidente del órgano de contratación no ejerce ni ha ejercido con anterioridad el cargo de patrón de la Fundació Missatge Humà i Cristià. Asimismo, también se puede afirmar que no mantiene ningún tipo de relación de parentesco con las personas que ejercen o han ejercido el cargo mencionado.

Cabe negar, pues, en contra de los argumentos de la recurrente, que el presidente del órgano de contratación mantenga o haya mantenido con la Fundació Missatge Humà i Cristià un vínculo o relación jurídica que pueda ser calificada como una incompatibilidad o ingerencia de los intereses privados en la esfera pública, en este caso, representada por la decisión administrativa de la adjudicación del contrato.

En definitiva, la actuación del señor Carbonell i Abelló en el proceso de adjudicación contractual mencionado ha sido regida por los principios que inspiran la actuación del personal al servicio de las administraciones públicas, en especial, con plena adecuación a la normativa de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración de la Generalitat y al régimen de actuación de los miembros del Consejo del Audiovisual de Cataluña.

3.2. Infracción del principio de pluralismo y libre concurrencia

A criterio de la recurrente, el Acuerdo impugnado infringe los principios básicos de actuación del Consejo, establecidos en el artículo 29 del Estatuto del Consejo, así como los contenidos en los artículos 9 y la letra d del artículo 10 de la Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña, en relación con los principios de pluralismo y de libre concurrencia en el sector audiovisual. A modo de ejemplo, hace referencia a la zona de servicio Puigcerdà-Gréixer, en la que dos de las tres frecuencias objeto de adjudicación se han adjudicado a la entidad Radiocat XXI, SLU. Según afirma, esta situación se tendría que hacer extensiva a siete demarcaciones más.

La pluralidad de servicios de comunicación audiovisual y, en consecuencia, de servicios de radiodifusión sonora, tiene un carácter instrumental respecto a la libertad de expresión, consagrada en el artículo 20 de la Constitución española, como el máximo reconocimiento a la expresión y la difusión libre de ideas, opiniones y pensamientos y, en otro sentido finalista, como formación libre de la opinión pública en una sociedad democrática y preferente para el correcto funcionamiento del sistema.

En este contexto, la disposición adicional sexta de la Ley del Estado 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones (en adelante LOT), que es norma básica, en la redacción dada por la Ley del Estado 10/2005, de 14 de junio, de medidas urgentes para

el impulso de la televisión digital terrestre, de liberalización de la televisión por cable y de fomento del pluralismo, establece literalmente, y por lo que aquí afecta, lo siguiente:

"1. Para poder ser titular de una concesión de algún servicio público de radiodifusión sonora, se deberán reunir los requisitos siguientes: [...]"

d) Una misma persona física o jurídica no puede controlar, en ningún caso, directa o indirectamente, más del cincuenta por ciento de las concesiones administrativas del servicio de radiodifusión sonora terrestre que coincide sustancialmente en su ámbito de cobertura.

En todo caso, una misma persona física o jurídica no puede controlar más de cinco concesiones en un mismo ámbito de cobertura.

En una misma comunidad autónoma ninguna persona física o jurídica puede controlar más del cuarenta por ciento de las concesiones existentes en ámbitos en los que solo tenga cobertura una concesión.

Ninguna persona física o jurídica puede controlar directa o indirectamente más de un tercio del conjunto de las concesiones administrativas del servicio de radiodifusión sonora terrestre con cobertura total o parcial en el conjunto del territorio del Estado.

Con el objeto de limitar el número de concesiones el control de las cuales se puede simultanear, en el momento de contabilizar estos límites no se computan las emisoras de radiodifusión sonora gestionadas de forma directa por entidades públicas.

A los efectos que prevé este apartado, se entiende por control los supuestos a los cuales se refiere el artículo 42 del Código de comercio.

e) Los límites anteriores se aplican de forma independiente a las concesiones para la emisión con tecnología digital y a las concesiones para la emisión con tecnología analógica [...]"

Por lo que respecta a la normativa catalana, la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual (en adelante LCA) fija los límites a la concentración de los medios de comunicación. Así, el capítulo II de su título IV establece que el Consejo del Audiovisual de Cataluña, en el ejercicio de sus funciones de ordenación de la actividad audiovisual en Cataluña, debe garantizar el principio de pluralismo de la comunicación audiovisual³. Este pluralismo conlleva la diversidad en la oferta de los servicios de comunicación audiovisual y, por lo tanto, la existencia de una pluralidad de medios de comunicación, en este caso, servicios de radiodifusión sonora autónomos, que ponen a disposición de la ciudadanía una oferta de contenidos diversa y otorga al Consejo del Audiovisual de Cataluña la facultad de garantía del pluralismo en el conjunto de la comunicación audiovisual en Cataluña.

Con este fin, y según dispone la letra a del artículo 39 de la LCA, la concentración de medios de comunicación audiovisual se define como "la posición de dominio o influencia dominante en el sector de la comunicación audiovisual de Cataluña o en alguna de sus demarcaciones de acuerdo con lo que establece esta Ley".

Por su parte, el artículo 40 de la LCA establece los instrumentos de garantía del pluralismo y efectúa en el apartado tercero una remisión a la Ley básica estatal:

"[...] 3. Son criterios principales de determinación del límite de las concentraciones de medios de comunicación audiovisual, además de los establecidos por el apartado 2, el número de títulos habilitantes y la participación del operador en otras empresas que ejerzan la actividad de comunicación y los otros criterios que determine la legislación básica estatal [...]"

Finalmente, el artículo 43 de la LCA considera que existe una posición de influencia dominante “cuando un prestador de servicios de comunicación audiovisual controla un servicio de televisión o radio, o más de uno, que totaliza más de un 25% de la oferta en el área de difusión en la que sus servicios de comunicación audiovisual son accesibles al público”.

Dicho esto, el informe técnico de las ofertas presentadas en la licitación del contrato efectúa un análisis y una valoración de la incidencia de los límites en la concentración para cada uno de los 83 códigos administrativos incorporados como anexo 1 en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, de conformidad con los límites a la concentración de los servicios de radiodifusión sonora, recogidos en el apartado 3 del artículo 40 de la LCA.

De acuerdo con el informe mencionado, la aplicación individualizada de estos límites en relación con los códigos administrativos y las frecuencias objeto de concurso conlleva que ninguno de los licitadores propuestos en primer lugar no pueda infringir, en una zona de servicio, los límites a la concentración de los servicios de radiodifusión sonora, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 40 de la LCA.

Y, en particular, en relación con el centro emisor Puigcerdà-Gréixer, citado por la recurrente a título de ejemplo, la aplicación de estos límites, de acuerdo con lo que establece el Plan técnico nacional de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencias, aprobado por el Real decreto 964/2006, de 1 de septiembre, conlleva que la adjudicación de dos frecuencias a la entidad Radiocat XXI, SLU no infrinja los límites de la concentración de los servicios de radiodifusión sonora.

En consecuencia, el Acuerdo 174/2008, de 7 de noviembre, del Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña garantiza los límites de concentración de los servicios de radiodifusión sonora, de acuerdo con la normativa de aplicación y, por lo tanto, reconoce en las frecuencias adjudicadas el derecho a la libertad de expresión entendida como el derecho a expresar y difundir libremente ideas, opiniones y pensamientos y, en otro sentido finalista, como formación libre de la opinión pública en una sociedad democrática y preferente para el funcionamiento correcto del sistema.

4. Irregularidades en la aplicación de los criterios de valoración

4.1. Criterios de adjudicación discrecionales y subjetivos

La recurrente considera que en el proceso de adjudicación se han utilizado unos criterios discrecionales y subjetivistas con total ausencia de imparcialidad y neutralidad, por lo cual solicita una revisión de las ofertas presentadas y una nueva valoración ajustada a los principios que rigen los procedimientos de concesión administrativa, por lo que respecta a la totalidad de las frecuencias solicitadas por la entidad recurrente.

Respecto a la discrecionalidad y la subjetividad de los criterios de adjudicación que han servido de base para adjudicar el contrato, es necesario hacer una remisión a las consideraciones efectuadas en el apartado 1.3 de este fundamento de derecho.

Sin embargo, es necesario añadir que la recurrente y el resto de entidades que han tomado parte en la licitación conocían, con carácter previo a la preparación de sus propuestas, las razones técnicas, económicas y descriptivas que tenían que motivar la adopción del Acuerdo de adjudicación por parte del órgano de contratación. Y, como prueba de ello, consta en el expediente administrativo la aceptación incondicionada por parte de todas las licitadoras y, en especial, por parte del representante de Otsanda Unic, SLU, del contenido del Pliego de cláusulas administrativas particulares. Asimismo, la entidad recurrente no impugnó el Pliego mencionado en el plazo que legalmente se concedió con este fin.

La jurisprudencia mayoritaria se ha pronunciado en el sentido de no admitir los Recursos instados por empresas licitadoras que no han resultado adjudicatarias de un contrato cuando esgrimen irregularidades en los Pliegos de condiciones.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 28 de junio de 2004, afirma lo siguiente:

“A) Puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico.

Las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, en cuanto no sean oportunamente impugnadas, han de considerarse aceptadas.

B) La naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios [...]

C) Es extraño que se pongan reparos de legalidad a la figura misma del contrato o al contenido de las cláusulas por quien había pretendido su adjudicación.”

En otro orden de consideraciones, la recurrente, para avalar su argumentación, utiliza, de forma reiterada, los conceptos de *discrecionalidad* y *arbitrariedad*, en un sentido claramente crítico respecto a la actuación del Consejo en el proceso que se examina. Es necesario, pues, realizar una serie de observaciones para determinar el alcance de estos conceptos desde una perspectiva jurídica.

En relación con el control de la discrecionalidad técnica en la adjudicación de los contratos, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han destacado que, si bien es cierto que la Administración tiene potestades parcialmente discrecionales para satisfacer los intereses públicos, esta discrecionalidad no está exenta de límites. Así, en el sistema de concurso, la elección de la oferta más ventajosa se debe regir por los criterios establecidos en el Pliego de condiciones, y es imprescindible que la Resolución sea motivada, extremo que permite su control en sede jurisdiccional. Así ha sido reconocido de manera reiterada por la doctrina y la jurisprudencia, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero, 27 de marzo, 2 de abril y 11 de junio de 1999.

A fin de distinguir la discrecionalidad de la arbitrariedad de la actividad de las administraciones públicas, prohibida por el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución española, resulta ilustrativa la Sentencia de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 25 de enero de 2002, que fija lo siguiente:

“En la actuación administrativa es imprescindible un cierto grado de discrecionalidad para la mejor satisfacción de los intereses públicos. No obstante, no debe llegar al extremo de arbitrariedad y, por lo tanto, la facultad de elección de la Administración entre las varias soluciones justas, no es totalmente libre, ya que toda actuación administrativa debe realizarse inspirándose en los principios constitucionalmente proclamados de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y, muy especialmente, sirviendo con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE). Ello matiza esa libertad de elección de soluciones, en el sentido que solo aquella que mejor satisfaga los intereses públicos es la que debe ser seleccionada por la Administración.

De esta forma, la discrecionalidad en los concursos para la contratación pública resulta delimitada, por una parte, por la necesidad de que entre las distintas ofertas presentadas solo pueda elegirse aquella que, reuniendo los demás requisitos exigidos, resulte más ventajosa no para la Administración sino para el interés público que se trata satisfacer.

La motivación de la Resolución administrativa discrecional es imprescindible para que los órganos jurisdiccionales puedan ejercitar su actividad de control.

En consecuencia, en lo que se refiere a los concursos para la adjudicación de los contratos públicos, en los que, como se ha dicho, se atorga cierto grado de discrecionalidad al órgano de contratación, deberá valorarse la suficiencia de la motivación en la elección efectuada para conocer exactamente las razones por las que se considera la oferta seleccionada la más ventajosa frente a otras también presentadas.”

De acuerdo con lo anterior, el proceso de adjudicación contractual que nos ocupa ha garantizado plenamente la objetividad, la igualdad de trato y la imparcialidad, mediante la incorporación, objetiva y rigurosa, de las razones o las motivaciones de las puntuaciones en el informe técnico de las ofertas presentadas en la licitación del contrato, con referencia a los criterios objetivos de adjudicación, fijados en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos del artículo 86 del TRLCAP, conocidos con carácter previo por todos los licitadores.

4.2. Irregularidades en la aplicación de los criterios de valoración

La recurrente alega que la información que se desprende de la documentación que el Consejo le ha entregado evidencia una serie de incongruencias que pueden alterar sustancialmente la valoración efectuada y que podrían haber afectado al resultado final de las concesiones adjudicadas. En concreto, cuestiona la valoración efectuada en aplicación de algunos de los criterios de adjudicación en general y, en particular, respecto a algunas frecuencias.

4.2.1. Aportaciones realizadas a la programación de la radiodifusión sonora en Cataluña (cláusula 18.2.3.1.5. del Pliego)

Respecto a este criterio, la recurrente manifiesta que las empresas adjudicatarias han obtenido la puntuación máxima de 40 puntos, sin que consten debidamente acreditados ni la cantidad ni los tipos de las aportaciones que estas entidades han llevado a cabo. Asimismo, cuestiona el hecho de que empresas de nueva creación hayan obtenido puntuación en la valoración de este criterio.

Según establece la cláusula 18.2.3.1.5. del Pliego, uno de los criterios que se valoran en la parte relativa a la programación ofrecida por las licitadoras, dentro de la llamada memoria descriptiva, son las aportaciones de la persona licitadora realizadas en la programación de la radiodifusión sonora en Cataluña. Con este fin, el apartado 2.2.3.d de las prescripciones técnicas del Pliego determina que las personas licitadoras tenían que especificar y acreditar, si procedía, las aportaciones realizadas a la programación de la radiodifusión sonora en Cataluña, así como el número de emisoras que gestionan en Cataluña como concesionarias, o otras con las que estén asociadas o tengan relación en virtud de alguna fórmula similar.

La revisión de las puntuaciones otorgadas en este criterio de adjudicación evidencia que las manifestaciones de la recurrente no tienen ningún tipo de apoyo por los motivos siguientes:

De las 72 frecuencias solicitadas por Otsanda Unic, SLU, se ha constatado que 52 de las ofertas que han resultado adjudicatarias han obtenido la máxima puntuación, es decir, 40 puntos en este criterio de adjudicación. No obstante las otras 20 ofertas ganadoras, es decir, más de una cuarta parte de las ofertas, han obtenido una puntuación inferior.

La distribución de la puntuación obtenida en este criterio de adjudicación entre las 22 entidades que han sido adjudicatarias en las 72 frecuencias solicitadas por la recurrente es la siguiente:

Puntuación	Adjudicatarias
------------	----------------



40:	7: RM Radio, SA; Sistema Català de Radiodifusió, SL; Radio Tele Taxi FM de Radiodifusió, SA; Radiocat XXI, SLU; Sociedad Española de Radiodifusión, SA; Rkor Ràdio, SLU, y Uniprex, SAU
30:	2: Ens de Comunicacions, SL y Fundació Missatge Humà i Cristià
25:	1: Ràdio Terra Ferma de Lleida, SA
15:	2: D-9 Comunicació, SL y La Veu de l'Ebre, SL
10:	1: Llegeix, Escriu i Escolta Català, SL
6:	1: La Seva Llar, El Seu Món, SL
5:	4: Emissores Catalanes Audiovisuals de Proximitat, SL; Edicions Intercomarcals, SA; Premsa d'Osona, SA, y Cadena Pirenaica de Ràdio i Televisió, SL
0:	4: Publicacions Penedès, SA; Metropolitana Audiovisuals, SL; Mola TV, SL, y Grupo Simalro, SL

Así, de las 22 entidades que han sido adjudicatarias, 7 han obtenido 40 puntos y, en cambio, 15 han obtenido una puntuación inferior, que va de 30 puntos (2 adjudicatarias) a 0 puntos (4 adjudicatarias). De esta información se desprende que la valoración de las aportaciones realizadas no se ha efectuado de una forma arbitraria o aleatoria, como pretende demostrar la recurrente, sino de una manera proporcional en función de los datos objetivos relativos a las aportaciones realizadas por cada una de las empresas.

Por otro lado, es cierto que empresas de nueva creación han obtenido puntuación en este criterio de adjudicación. Con este fin, cabe tener en cuenta que, como criterio general, se ha considerado el concepto de *persona licitadora* de acuerdo con criterios empresariales, en concreto, de conformidad con los supuestos de control social mayoritario que se establecen en el artículo 42 del Código de comercio.

De acuerdo con lo anterior, Otsanda Unic, SLU, aunque es una empresa de nueva creación y no ha realizado directamente aportaciones a la radiodifusión sonora en Cataluña, ha obtenido puntuación en este criterio ya que se han valorado las aportaciones realizadas por Mediaproducción, SL, sociedad que forma parte del mismo grupo empresarial.

4.2.2. Interés específico para la zona de servicio (cláusula 18.2.3.2. del Pliego)

La recurrente cuestiona el hecho de que una oferta que no contiene programación específica ni emisiones en la zona de servicio pueda ser singular para la zona de servicio. En particular, cuestiona el hecho de que Radiocat XXI, SLU, en la zona de servicio correspondiente a Sant Pere de Ribes-Montgròs, haya resultado adjudicataria de una frecuencia cuando ofrecía un producto especializado musical y, en cambio, Otsanda Unic, SLU no lo haya sido, cuando ofrecía un producto generalista “que tiene más interés específico e industria en la zona de servicio”.

Según el Pliego, la valoración del apartado de la Memoria descriptiva “Interés específico para la zona de servicio” incluye tres criterios de adjudicación, que se reproducen a continuación:

“18.2.3.2.1. Programación de interés específico para la zona de servicio, hasta 40 puntos

Este apartado se valorará de acuerdo con el contenido de la programación adaptado a los intereses y las particularidades de la zona de servicio, en función, entre otros, del tipo de programas, de los colectivos a los cuales se dirigen y de la participación de agentes externos.

18.2.3.2.2. Emisiones e industria en la zona de servicio, hasta 30 puntos



Se valorará el tiempo de emisión de producción propia de la emisora.

18.2.3.2.3. Singularidad en la zona de servicio, hasta 30 puntos

Se tendrá en cuenta el carácter singular de la oferta radiofónica al servicio de una mayor diversificación de los formatos radiofónicos y de una mayor pluralidad y diversidad de la programación dentro del ámbito de la zona de servicio.”

Dicho esto, los dos primeros criterios de adjudicación reproducidos conllevan la valoración de la oferta de una programación específica para la zona de servicio y del tiempo de emisión de producción propia en la zona de servicio, respectivamente. En consecuencia, los elementos de calificación de estos criterios tienen un carácter marcadamente cuantitativo, de forma que solo han obtenido puntuación aquellas ofertas que han incluido una programación específica para la zona de servicio, o bien que esta se ha podido desprender claramente.

Sin embargo, el tercer criterio de adjudicación, singularidad en la zona de servicio, contiene elementos de valoración más cualitativos, siempre con el referente de la oferta radiofónica existente en la zona de servicio.

Así, según el Pliego, aunque el fundamento de la puntuación otorgada en este criterio de adjudicación puede atribuirse al hecho de que una oferta incluya programación específica para la zona de servicio, eso no es estrictamente necesario. En este sentido, el Pliego introduce otros elementos de valoración, como puede ser la introducción de elementos nuevos o singulares en la oferta radiofónica existente en aquella zona de servicio, aunque sin programación específica, especialmente, “al servicio de una diversificación más grande de los formatos radiofónicos y de una mayor pluralidad y diversidad de la programación”. A modo de ejemplo: la introducción de una fórmula musical en una zona de servicio donde esta tipología radiofónica escasea.

Los tres criterios de adjudicación, antes examinados, encuentran su fundamento en elementos diferentes que no se predeterminan entre ellos y, en consecuencia, su valoración ha sido independiente. En este sentido, los parámetros calificativos fijados en el Pliego para valorar la singularidad de la oferta en la zona de servicio permiten valorar cada una de las ofertas ponderando la oferta radiofónica existente en la zona de servicio y, por lo tanto, tomando en consideración las carencias concretas de la oferta radiofónica de una determinada zona de servicio.

Se presenta, asimismo, como apoyo de lo anterior, el análisis efectuado respecto a la zona de servicio Sant Pere de Ribes-Montgròs, con referencia a las concesiones anteriores al proceso que nos ocupa (3 concesiones que emiten una programación generalista), sobre las 7 frecuencias ofrecidas en el concurso de referencia.

Antes del proceso que se examina, este centro emisor tenía una presencia única de radios, con concesión previa, de tipología generalista. En cambio, después del concurso, del total de las 10 frecuencias, la tipología radiofónica queda distribuida en 5 generalistas y 5 especializadas.

En definitiva, en contra de las alegaciones esgrimidas por la recurrente, la valoración efectuada de este criterio de adjudicación responde a los parámetros fijados en el Pliego.

4.2.3. Estrategia financiera, hasta 30 puntos (cláusula 18.2.2.5.), zona de servicio Vic-Collspina, frecuencias 93.2 MHz y 105.9 MHz

La recurrente cuestiona las puntuaciones obtenidas por Sistema Català de Radiodifusió, SL en este criterio de adjudicación (10 puntos, en la 93.2 MHz y 20 puntos en la 105.9 MHz). En concreto, no entiende por qué esta entidad ha podido obtener puntuaciones diferentes, en aplicación de este criterio, en las diversas ofertas que ha presentado.

Los elementos que se valoran en este criterio, según establece la cláusula 18.2.2.5. del Pliego, son los siguientes: “La adecuación del plan financiero a las necesidades de inversiones y previsiones de resultados, la solvencia financiera y el compromiso de inversión de los socios y la autonomía de la financiación.”

En este sentido, se ha otorgado una puntuación más elevada cuando la evolución de los datos financieros durante el periodo previsto era favorable.

No obstante, la valoración de este criterio, y del resto de criterios de adjudicación, responde a los elementos introducidos por cada una de las ofertas presentadas por las licitadoras de forma que las valoraciones de las ofertas de un mismo licitador, en ocasiones, no son coincidentes porque responden a información diversa incluida en cada una de las ofertas presentadas.

De acuerdo con lo anterior, en el caso de la entidad y de las frecuencias cuestionadas por la recurrente, cabe destacar que el hecho de que esta entidad presente a sus ofertas productos diversos ha tenido su incidencia en los datos financieros incluidos en ambas ofertas y, en consecuencia, en su valoración.

4.2.4. Sant Pere de Ribes-Montgròs, 91.2 MHz

Plan de calidad, continuidad y mantenimiento, hasta 40 puntos (cláusula 18.2.1.2.)

La recurrente cuestiona la motivación de las puntuaciones que se le han otorgado en este criterio de adjudicación (33 puntos). En concreto, manifiesta la incongruencia del hecho de que se considere que la descripción del plan de mantenimiento es completa y, en cambio, se considere incompleta en algún aspecto.

Según la cláusula 18.2.1.2. del Pliego, los elementos que se tienen que calificar en este criterio de adjudicación son el plan de calidad, el sistema de alertas de fallos y el mantenimiento de las emisiones para garantizar la calidad y la continuidad de la oferta.

De la revisión de la oferta formulada por Otsanda Unic, SLU se constata que, en efecto, el plan de mantenimiento que propone contiene la descripción de todos y cada uno de los elementos mencionados: calidad, continuidad y mantenimiento. No obstante, cuando se analiza la descripción de estos elementos se observa que hay una falta de concreción de algunos aspectos. Por este motivo, en el informe técnico se expresa que “la descripción de este plan es poco concreta”.

Se presentan, a modo de ejemplo de ambigüedad o de falta de concreción, las expresiones contenidas en la oferta de la recurrente que se reproducen a continuación: “Nia subcontratará la totalidad del mantenimiento correctivo a la empresa Unitecnic, que pertenece al grupo de empresas de Mediapro con reconocido prestigio” o “El mantenimiento correctivo se montará sobre la base de servicio al tipo ‘próximo día’, con el tiempo de respuesta máximo de ocho horas desde la notificación fehaciente del tique de avería”.

En este sentido, por lo que respecta al mantenimiento correctivo, la oferta de la recurrente habría obtenido una mayor puntuación en el caso de que hubiera efectuado una descripción mínima de la empresa que asumiría el mantenimiento correctivo (campo de actuación de la empresa, experiencia, medios de los que dispondrá y/o necesarios previstos para afrontar las posibles averías, etc.). En caso de averías, tampoco se especifican las actuaciones que se realizarían, o las previsiones para la continuidad del servicio, cuando se limita a afirmar que “debido a que el audio se encuentra disponible en cualquier punto, el cambio de estudios de las

señales es prácticamente inmediato”, sin que se entienda qué quiere decir “el cambio de estudios de las señales”.

En definitiva, la ambigüedad y la falta de concreción de algunos de los aspectos de la descripción de los elementos que se deben calificar en ella han tenido su reflejo en la valoración de este criterio de adjudicación.

b) Estrategia productiva (cláusula 18.2.2.1.)

Otsanda Unic, SLU señala que, en este criterio, se le han otorgado 39,8 puntos sobre 60, mientras que en la oferta de la adjudicataria se le han otorgado 39,7 puntos. Y cuestiona la diferencia entre las justificaciones de las valoraciones de ambas ofertas, debido a que, según constata, en la oferta de la recurrente se hace constar que los lugares de trabajo son estables y de excelente calidad, mientras que en la oferta de la adjudicataria se hace constar que no se especifica si los lugares de trabajo son estables o no.

De acuerdo con la cláusula 18.2.2.1. del Pliego, los elementos que se deben valorar en este criterio de adjudicación son los siguientes: “La adecuación del plan de producción a las previsiones de la programación y los equipamientos disponibles, la producción propia de la persona licitadora en la zona de servicio y, si procede, en el ámbito de Cataluña, así como la creación y la calidad de puestos de trabajo y el impulso indirecto de la industria y los servicios”.

Por lo que respecta al plan de producción, en el apartado correspondiente de las prescripciones técnicas del Pliego (cláusula 2.2.2.a.1.) entre la documentación requerida para su valoración se incluyen los Acuerdos de suministro de contenidos y/o de colaboración con otras empresas o entidades.

Dicho esto, de un análisis comparativo entre las justificaciones de las puntuaciones otorgadas a Otsanda Unic, SLU y las relativas a la oferta de la adjudicataria, se constata que, globalmente, se ha considerado que ambas ofertas proponen una estrategia productiva muy buena y que el impulso indirecto de la industria y los servicios es correcto. Sin embargo, a diferencia de lo que manifiesta la recurrente, entre las justificaciones de las valoraciones de ambas ofertas se aprecian otras divergencias que las manifestadas hacia la calificación de la creación y la calidad de lugares de trabajo.

En este sentido, cabe destacar lo siguiente:

- La oferta de la entidad adjudicataria especifica Acuerdos de suministro, con un detalle y una calidad buenos; en cambio, la oferta de la recurrente no especifica Acuerdos de suministro.
- Por lo que respecta a la producción propia, mientras que la adjudicataria especifica que será toda producida en el ámbito de Cataluña, la oferta de la recurrente pone de relieve que una parte se hará a escala estatal, una parte en el ámbito de Cataluña y una parte en la zona de servicio.

Por lo tanto, las diferencias señaladas entre los elementos que configuran ambas ofertas (Acuerdos de suministro y origen de la producción) sirven de apoyo a la diferencia evidente entre las puntuaciones otorgadas a ambas ofertas.

4.2.5 Sant Pere de Ribes-Montgròs, 90.6 MHz

Singularidad en la zona de servicio, hasta 30 puntos (18.2.3.2.3.)

Respecto a los elementos que se deben calificar en este criterio de adjudicación, cabe remitirlos a las consideraciones realizadas respecto a la valoración del interés específico para la zona de servicio.

En opinión de la recurrente, las puntuaciones entre la oferta de Otsanda Unic, SLU y la oferta de la entidad adjudicataria difieren en 10 puntos, mientras que las justificaciones de ambas ofertas son exactamente las mismas.

Si bien es cierto que las puntuaciones otorgadas a ambas ofertas en este criterio de adjudicación difieren en 10 puntos, no se puede decir lo mismo respecto a las justificaciones especificadas por las puntuaciones de estas ofertas.

Así, la justificación de la puntuación otorgada a la oferta de la adjudicataria pone de relieve que la “programación propuesta por la licitadora contiene muchos elementos de singularidad que incrementan la pluralidad y la diversidad de las programaciones dentro del ámbito concreto de la zona de servicio” y por este motivo se le otorgan 20 puntos.

Sin embargo, en el caso de la oferta de Otsanda Unic, SLU, el texto de la justificación de la puntuación otorgada (10 puntos) es el siguiente: “La programación propuesta por la licitadora contiene pocos elementos de singularidad que incrementan la pluralidad y la diversidad de las programaciones dentro del ámbito concreto de la zona de servicio”.

b) Programación de interés específico, hasta 40 puntos (cláusula 18.2.3.1.)

Según la recurrente, en este criterio de adjudicación Otsanda Unic, SLU ha obtenido 13 puntos respecto a los 22 otorgados a la oferta ganadora, cuando los motivos de la valoración de su oferta son más extensos y beneficiosos que los explicitados por la oferta ganadora.

La cláusula 18.2.3.2.1. del Pliego establece, aunque de una forma no exhaustiva, tres parámetros calificadores para la valoración del criterio programación de interés específico: la tipología de la programación, los colectivos a los que se dirige y la participación de agentes externos.

Una vez revisadas las justificaciones de las puntuaciones otorgadas a ambas ofertas, se observa que la oferta de la adjudicataria presenta varios elementos que se constituyen en un valor añadido a su oferta, respecto a la de la recurrente, y que, en cualquier caso, acreditan la diferencia de puntuación otorgada.

En este sentido, la oferta de la entidad adjudicataria prevé programas con la participación de agentes externos y de las personas oyentes en la zona de servicio, la promoción de la igualdad de oportunidades, en los términos indicados en el apartado 2.2.3.b.2. de las prescripciones técnicas del Pliego, y de otros programas sobre la zona de servicio.

De acuerdo con las consideraciones realizadas, es necesario calificar las manifestaciones de la recurrente para poner de relieve incoherencias en la valoración de las ofertas en el marco de este proceso de adjudicación contractual, de inconsistentes y no susceptibles de hacer prosperar una demanda de revisión de las puntuaciones otorgadas.

Asimismo, cabe concluir que la decisión de adjudicación del contrato, lejos de poder ser calificada de arbitraria y poco objetiva, queda perfectamente legitimada ya que se ha adoptado en base a criterios de racionalidad y de buena administración, con las garantías suficientes de objetividad, igualdad de trato y imparcialidad, con la incorporación de la motivación de las puntuaciones otorgadas en el informe técnico de las ofertas presentadas en la licitación del contrato, de acuerdo con los criterios objetivos fijados en el Pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por todo lo expuesto, de conformidad con lo que dispone la Resolución, de 12 de diciembre, por la cual se delegan competencias, publicada en el DOGC núm. 5034, de 21 de diciembre de 2007, el Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña adopta los siguientes



ACUERDOS

1. Desestimar el Recurso potestativo de reposición formulado en nombre y representación de la entidad Otsanda Unic, SLU contra el Acuerdo 174/2008, de 7 de noviembre, del Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña de adjudicación del contrato de gestión indirecta del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia con carácter comercial.

2. Notificar este Acuerdo a las personas interesadas.

Barcelona, 11 de febrero de 2009

Ramon Font Bové
Presidente

Santiago Ramentol i Massana
Consejero secretario



ANEXO

Relación de frecuencias solicitadas por Otsanda Unic, SLU

Contrato de gestión indirecta del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia con carácter comercial

Códi go	Localidad	F-MHz
1	Cabrils-Montcabrer	90.200
5	Manresa-Bufalvent	95.200
6	Manresa-Bufalvent	100.600
7	Manresa-Bufalvent	106.800
8	Manresa-Montserrat	88.500
9	Manresa-Montserrat	99.800
10	Manresa-Montserrat	104.800
11	Sant Pere de Ribes- Montgròs	89.000
12	Sant Pere de Ribes- Montgròs	90.600
13	Sant Pere de Ribes- Montgròs	91.200
14	Sant Pere de Ribes- Montgròs	96.800
15	Sant Pere de Ribes- Montgròs	98.800
16	Sant Pere de Ribes- Montgròs	100.900
17	Sant Pere de Ribes- Montgròs	101.900
18	Terrassa-Martines	89.400
19	Vic-Colluspina	89.600
20	Vic-Colluspina	91.800
21	Vic-Colluspina	93.200
22	Vic-Colluspina	98.400
23	Vic-Colluspina	101.200
24	Vic-Colluspina	105.900
25	Vic-Tavèrnoles	92.800
26	Vic-Tavèrnoles	105.300
27	Castell d'Aro	89.600



Códi go	Localidad	F-MHz
28	Castell d'Aro	95.600
29	Castell d'Aro	99.900
30	Castell d'Aro	101.900
31	Girona-Rocacorba	97.400
32	Girona-Rocacorba	98.900
33	Girona-Rocacorba	100.700
34	Girona-Rocacorba	105.100
35	Girona-Rocacorba	106.800
36	Lloret de Mar	87.600
37	Olot	92.100
38	Olot	94.200
39	Olot	95.500
40	Olot	100.300
41	Puigcerdà-Gréixer	87.700
42	Puigcerdà-Gréixer	91.400
43	Puigcerdà-Gréixer	106.600
44	Puigcerdà-Tossa d'Alp	89.100
45	Puigcerdà-Tossa d'Alp	90.300
46	Puigcerdà-Tossa d'Alp	93.300
47	Puigcerdà-Tossa d'Alp	96.100
48	Puigcerdà-Tossa d'Alp	99.100
59	Puigcerdà-Tossa d'Alp	104.400
50	Ripoll	87.700
51	Ripoll	94.900
52	Ripoll	97.600
53	Ripoll	105.000
56	Lleida-Alpicat	91.500
57	Lleida-Alpicat	99.700



Códi go	Localidad	F-MHz
58	Lleida-Alpicat	102.200
59	Lleida-Alpicat	102.700
60	Lleida-Alpicat	103.600
61	Lleida-Alpicat	104.100
62	Lleida-Alpicat	104.500
63	Lleida-Alpicat	105.200
64	La Seu d'Urgell	92.900
71	Vielha-Vaquèira	99.300
72	Vielha-Eth Aro	97.200
73	Vielha-Eth Aro	103.000
74	Tarragona-La Mussara	89.300
75	Tarragona-La Mussara	90.400
76	Tarragona-La Mussara	92.900
77	Tarragona-La Mussara	100.600
78	Tarragona-La Mussara	102.700
79	Tortosa-Coll Redó	89.100
80	Tortosa-Coll Redó	90.100
81	Tortosa-Coll Redó	94.200