



**ACORD 24/2009, D'11 DE FEBRER, DEL PLE DEL CONSELL DE
L'AUDIOVISUAL DE CATALUNYA**

Resolució del recurs potestatiu de reposició formulat en nom i representació de l'entitat OTSANDA UNIC, SLU, contra l'Acord 174/2008, de 7 de novembre, del Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya d'adjudicació del contracte de gestió indirecta del servei públic de radiodifusió sonora en ones mètriques amb modulació de freqüència amb caràcter comercial

FETS

1. Mitjançant Acord 297/2007, de 19 de desembre, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya va aprovar la contractació, per mitjà del procediment obert i sistema de concurs, de les concessions en règim de gestió indirecta per particulars per a l'explotació del servei públic de radiodifusió sonora en ones mètriques amb modulació de freqüència reservades per a Catalunya, d'acord amb el que preveu el Reial decret 964/2006, d'1 de setembre, pel qual s'aprova el Pla tècnic nacional de radiodifusió sonora en ones mètriques amb modulació de freqüència. Així mateix, va aprovar el Plec de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques que ha de regir la contractació i va ordenar la publicació de l'anunci de licitació del concurs al Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

La convocatòria de la licitació es va fer pública mitjançant Anunci del Consell inserit en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5034, de 21.12.2007.

2. L'entitat OTSANDA UNIC, SLU va sol·licitar, dins del termini establert, prendre part en el referit procés d'adjudicació esmentat pel que fa a les freqüències que consten detallades en l'annex d'aquest Acord.

3. Mitjançant Acord 174/2008, de 7 de novembre, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, va adjudicar el citat contracte. Aquest Acord es va notificar a l'entitat OTSANDA UNIC, SLU el 17 de novembre de 2008 i es va publicar en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5359, de 17.11.2008.

4. El 17 de desembre de 2008, va tenir entrada en el Registre del Consell de l'Audiovisual de Catalunya un escrit de la senyora Begoña Cendoya Ferrer mitjançant el qual, en nom i representació de l'entitat OTSANDA UNIC, SLU, formula un recurs potestatiu de reposició contra l'Acord 174/2008, de 7 de novembre, del Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya.

En concret, la recurrent sol·licita que, en virtut d'aquest recurs, es declari la nul·litat de ple dret de l'Acord 174/2008, de 7 de novembre, i que, en el seu defecte, es procedeixi a revisar les puntuacions atorgades pel que a les freqüències sol·licitades per OTSANDA UNIC, SLU.

5. El 23 de desembre de 2008, el secretari general del Consell va informar a la representant d'OTSANDA UNIC, SLU del termini màxim per dictar i notificar la resolució del recurs i dels efectes del silenci administratiu, en compliment d'allò que preveu l'apartat 4 de l'article 42 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (en endavant, LRJPAC).

6. Mitjançant un ofici de 7 de gener de 2009, el Consell va comunicar la interposició d'aquest recurs a totes les entitats interessades, per tal que, si ho així ho creien convenient, poguessin comparèixer en qualitat d'interessats en la tramitació d'aquest procediment. Transcorregut el termini concedit, cap entitat no ha formulat al·legacions ni ha presentat documentació en defensa dels seus interessos.

El 13 de gener de 2009 i el 9 de febrer de 2009, van tenir entrada en el Registre del Consell dos escrits dels senyors Rafael Martínez i Duarte i de David José González López, que en nom i representació d'M&M Infonet Associated, SL, i Audiovisual Xtra, SLU, en els quals manifesten, respectivament, la voluntat d'aquestes entitats de comparèixer en qualitat d'interessades en la tramitació del recurs.

FONAMENTS DE DRET

Primer. Anàlisi dels aspectes formals del recurs

L'article 107 de la LRJPAC estableix que contra les resolucions i els actes de tràmit, si aquests últims decideixen directament o indirectament el fons de l'assumpte, determinen la impossibilitat de continuar el procediment, i produeixen indefensió o perjudici irreparable a drets i a interessos legítims, els interessats poden interposar, segons els casos, recurs d'alçada o potestatiu de reposició.

De conformitat amb l'apartat 4 de l'article 3 de la Llei 2/2000, de 4 de maig, del Consell de l'Audiovisual de Catalunya els actes del Ple del Consell posen fi a la via administrativa. En conseqüència, d'acord amb l'apartat 1 de l'article 116 de la LRJPAC, cal qualificar el recurs com a potestatiu de reposició.

La interposició del recurs de reposició ha estat respectuosa amb els requisits de forma que estableix l'apartat 1 de l'article 110 de la LRJPAC i s'ha efectuat dins del termini d'un mes a comptar des de la notificació de l'acte que s'impugna, de conformitat amb allò que preveu l'article 117 d'aquesta Llei.

L'òrgan competent per a resoldre el recurs és el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, de conformitat amb l'apartat 1 de l'article 116 de la LRJPAC, en concordança amb l'apartat 2 de l'article 42 de l'Estatut orgànic i de funcionament del Consell, aprovat per l'Acord 3/2001, de 28 de febrer, del Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya (en endavant, l'Estatut del Consell) i la Resolució, de 12 de desembre, per la qual es deleguen competències, publicada en el Diari Oficial de la Generalitat núm. 5034, de 21.12.2007.

En darrer terme, l'entitat recurrent està legitimada per a formular el recurs, d'acord amb l'article 107 de la LRJPAC, ja que va prendre part en el procés d'adjudicació del contracte. Així mateix, la persona que actua en representació de l'entitat esmentada, ha acreditat degudament la representació, en els termes que indica l'article 32 de la LRJPAC.

Segon. Anàlisi dels aspectes materials del recurs

Amb anterioritat a l'anàlisi de la qüestió plantejada, cal fer alguna consideració sobre el règim jurídic aplicable a la contractació objecte d'aquest recurs, atesa la recent entrada en vigor de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP).

El primer paràgraf de la disposició transitòria primera de la LCSP estableix que "Els expedients de contractació iniciats abans de l'entrada en vigor d'aquesta Llei es regeixen per la normativa anterior. A aquests efectes s'entén que els expedients de contractació han estat iniciats si s'ha publicat la corresponent convocatòria del procediment d'adjudicació del contracte [...]"

I, el segon paràgraf, preveu que "Els contractes administratius adjudicats abans de l'entrada en vigor d'aquesta Llei es regeixen quant als seus efectes, compliment i extinció, inclosa la seva durada i règim de pròrrogues, per la normativa anterior."

La convocatòria de la licitació d'aquest contracte es va fer pública el 21 de desembre de 2007, per tant, amb anterioritat a l'entrada en vigor de la LCSP. En conseqüència, els aspectes

relatius a la preparació i adjudicació del contracte resten sotmesos al text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (en endavant, TRLCAP) i a la normativa que la desenvolupa, en aquest cas, el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001 (en endavant, RD 1098/2001). Dit això, ara cal entrar a analitzar les diverses qüestions de fons plantejades en aquest recurs.

1. Vulneració del dret a la defensa.

La recurrent esgrimeix que el Consell de l'Audiovisual de Catalunya (en endavant, el Consell) ha vulnerat l'apartat 5 de l'article 93 del TRLCAP i els articles 35 i 37 de la LRJPAC i, que, en conseqüència, ha lesionat el seu legítim dret a la defensa. A aquest efecte, posa en relleu que el Consell:

- Li ha privat l'accés a documents essencials dels processos.
- Li ha lliurat una documentació sobre el procés no autèntica i escassament motivada, sense barems que acreditin les puntuacions.
- Li ha obstruït l'accés a l'expedient, mitjançant el requeriment de l'acreditació de la representació de la persona de confiança de l'entitat.

1.1 Accés a l'expedient de contractació: anàlisi del marc regulador i de les actuacions dutes a terme pel Consell.

El 4 de desembre de 2008 (registre d'entrada núm. 3216/2008), l'entitat recurrent va sol·licitar al Consell de l'Audiovisual de Catalunya l'accés a diversa documentació relativa a l'Acord d'adjudicació. Per la seva rellevància, a continuació, es reproduïx, parcialment, el tenor literal de la sol·licitud:

"[...] sol·licita que se li doni vista dels documents inclosos a l'expedient que a continuació es relacionen, exclusivament en allò referent a cadascuna de les freqüències a les quals ha concorregut OTSANDA UNIC, SL (...) i en allò referent a totes les ofertes que han resultat guanyadores i a totes aquelles ofertes que hagin obtingut una millor puntuació que l'oferta realitzada per OTSANDA UNIC, SLU

- Sol·licitud per participar en la convocatòria del concurs
- Documentació econòmica, administrativa i empresarial.
- Oferta tècnica i memòria.
- Puntuació tècnica obtinguda.
- Actes de qualificació, acord i proposta d'adjudicació de la mesa de contractació.
- Actes i acord d'adjudicació del ple [...]"

A l'efecte de fonamentar jurídicament la seva sol·licitud, la recurrent cita de forma expressa l'apartat 5 de l'article 93 del TRLCAP.

L'apartat 5 de l'article 93 del TRLCAP que constitueix, en aquest cas, el marc jurídic de la notificació i la publicitat de les adjudicacions dels contractes, preveu que l'òrgan de contractació ha de comunicar a tot candidat o licitador rebutjat que ho sol·liciti formalment, els motius del rebuig de la seva candidatura o de la seva proposició i les característiques de la proposició de l'adjudicatari determinants de l'adjudicació al seu favor.

Atès això, en una primera aproximació, es pot afirmar que, amb posterioritat a l'adjudicació d'un contracte administratiu, els licitadors poden exercir el seu dret a conèixer aspectes relatius a la proposició de l'adjudicatària en els termes exposats, i els motius del rebuig de la seva candidatura.

Dit això, l'abast de la sol·licitud, en demanar l'accés a informació relativa a totes les licitadores que han obtingut una puntuació més elevada, així com altra documentació administrativa relativa al procediment, suscita, *a priori*, alguns dubtes jurídics que convé aclarir.

Per tal de resoldre la qüestió, més enllà de la dicció literal de l'apartat 5 de l'article 93 del TRLCAP, cal tenir en compte altres referències normatives que en condicionen l'aplicació:

Segons l'apartat 4 de l'article 93 del TRLCAP, en aquesta comunicació, es pot ometre tota aquella informació que constitueixi un obstacle per a l'aplicació de la legislació, sigui contrària a l'interès públic, perjudiqui els interessos comercials legítims de les empreses públiques o privades o pugui perjudicar la competència lleial entre aquestes empreses, tot justificant degudament aquestes circumstàncies a l'expedient.

D'altra banda, l'article 12 del RD 1098/2001 estableix que l'òrgan de contractació ha de respectar, en tot cas, el caràcter confidencial de les dades facilitades pels empresaris en relació amb els mitjans d'acreditació de la solvència econòmica i financera, així com tècnica o professional.

En relació amb la confidencialitat, l'article 6 de la Directiva sobre contractació pública¹, estableix que el poder adjudicador, conforme a la legislació nacional que el regeixi, no ha de divulgar la informació facilitada pels operadors econòmics que aquests hagin designat com a confidencial i afegeix que aquesta informació inclou, en particular, els secrets tècnics o comercials i els aspectes confidencials de les ofertes. I, l'apartat 3 de l'article 41 prescriu que els poders adjudicadors poden decidir no comunicar determinades dades sobre l'adjudicació dels contractes quan la seva difusió pugui obstaculitzar l'aplicació de la llei, sigui contrària a l'interès públic, o pugui perjudicar els interessos comercials legítims d'operadors econòmics públics o privats, o perjudicar la competència lleial entre aquests operadors.

El principi de la confidencialitat obté el màxim reconeixement en l'ordenament jurídic comunitari en ser considerat com un dret fonamental per l'article 41 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea, que els presidents del Parlament Europeu, el Consell i la Comissió van signar i proclamar el 7 de desembre de 2000, amb ocasió del Consell Europeu de Niça.

En darrer terme, la LCSP ha reconegut, de forma taxativa (apartat 1 de l'article 124), el principi de confidencialitat, tot disposant el següent:

"Sens perjudici de les disposicions d'aquesta Llei relatives a la publicitat de l'adjudicació i a la informació que s'ha de donar als candidats i al licitadors, els òrgans de contractació no poden divulgar la informació facilitada pels empresaris que aquests hagin designat com a confidencial; aquest caràcter afecta, en particular, els secrets tècnics o comercials i els aspectes confidencials de les ofertes."

Establert el marc jurídic sectorial de l'accés a l'expedient de contractació, convé ara revisar les disposicions reguladores en l'àmbit de la normativa general de procediment administratiu comú.

Així, la LRJPAC disposa (lletra a de l'article 35) que els ciutadans tenen dret a conèixer, en qualsevol moment, l'estat de la tramitació dels procediments en els quals tenen la condició de persones interessades, i a obtenir còpies dels documents que contenen. D'altra banda, la lletra h d'aquest precepte recull el dret de la ciutadania a accedir als registres i arxius de les administracions públiques en els termes previstos en la Constitució i en aquesta o en altres lleis.

L'article 37 d'aquest mateix cos legal estableix que el dret dels ciutadans a accedir a arxius i registres es limita a expedients que corresponguin a procediments acabats en la data de la

¹ Directiva 2004/18/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministraments i de serveis

sol·licitud, per la qual cosa no pot ser exercit respecte documents que continguin dades referents a la intimitat de les persones, que estan reservats a aquestes persones, ni respecte d'expedients relatius a matèries protegides pel secret comercial o industrial, entre d'altres.

L'apartat 7 d'aquest darrer precepte regula la manera d'exercir el dret d'accés dels particulars als arxius i registres, tot indicant que cal formular una petició individualitzada dels documents que es volen consultar, sense que es pugui formular una sol·licitud genèrica sobre una matèria o un conjunt de matèries. I, l'apartat 8è reconeix que el dret d'accés comporta el dret d'obtenir còpies dels documents l'examen dels quals sigui autoritzat per l'Administració, amb el pagament previ, si s'escau, de les exaccions establertes legalment.

Respecte de l'eventual conflicte entre l'aplicació a l'accés a l'expedient de contractació de la normativa general –LRJPAC– i la sectorial –TRLCAP–, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Administració de l'Estat² s'ha pronunciat tot establint que prima l'aplicació de l'apartat 5 de l'article 93 del TRLCAP sobre la de la lletra a de l'article 35 de la LRJPAC, per tenir aquesta darrera caràcter supletori, sense que, d'altra banda, susciti cap dificultat interpretativa l'aplicació del dret de les persones interessades a conèixer l'estat de la tramitació de l'expedient recollit en aquesta disposició.

En efecte, la disposició addicional setena del TRLCAP preveu que la LRJPAC és d'aplicació supletòria en matèria de contractació administrativa.

Per tant, una vegada s'ha adjudicat un contracte administratiu, l'accés a l'expedient de contractació s'ha de regir, amb caràcter preferent, per l'apartat 5 de l'article 93 del TRLCAP en els termes exposats. Com ja s'ha dit, aquest precepte no preveu com d'obligat compliment l'accés a una altra documentació que la relativa a la valoració realitzada de les ofertes de les entitats adjudicatàries, sens perjudici dels condicionaments i de les restriccions que, en cadascun dels casos, es considerin necessaris un cop ponderats els principis de transparència i de confidencialitat que informen la contractació administrativa.

Dit això, el Consell, per tal de contestar la petició d'accés a l'expedient de contractació instada per OTSANDA UNIC, SLU ha efectuat dues actuacions diferenciades:

a) En una primer moment, i amb el compliment estricte del mandat legal que preveu l'apartat 5 de l'article 93 del TRLCAP, el Consell va citar el representant de l'entitat recurrent, transcorreguts escassos dies de la presentació de la seva sol·licitud, a fi que comparegués a la seu del Consell per tal de comunicar-li els motius del rebuig de les candidatures d'OTSANDA UNIC, SLU, així com les característiques de les proposicions de les adjudicatàries que havien esdevingut determinants en l'adjudicació a llur favor. Aquesta compareixença va tenir lloc el 16 de desembre de 2008.

En aquest acte, les persones assistents en representació de la recurrent van obtenir una còpia d'una part de l'informe tècnic de les ofertes presentades en la licitació del contracte, subscrit pels serveis tècnics del Consell el 30 d'octubre de 2008, el qual serveix de suport a la proposta d'adjudicació formulada per la Mesa de contractació, i al seu torn, fonamenta la decisió d'adjudicació del contracte per part de l'òrgan de contractació.

En concret, se'ls va lliurar la part de l'informe esmentat corresponent a les ofertes d'OTSANDA UNIC, SLU i de les entitats que han esdevingut adjudicatàries a les freqüències sol·licitades per aquesta entitat. En concret, l'informe lliurat conté els aspectes següents:

² Informe núm. 40/1996, de 22 de juliol, sobre petició d'informe sobre un recurs ordinari i vista a un expedient.

- les puntuacions generals i desglossades obtingudes, per cadascuna de les parts que conformen l'oferta així com per cadascun dels criteris d'adjudicació fixats a la clàusula 18 del Plec de clàusules administratives particulars;
- les motivacions o les justificacions de l'atribució d'aquestes puntuacions.

El lliurament d'aquesta documentació es va il·lustrar amb una breu exposició per part de tècnics del Consell, amb coneixement i experiència en les funcions de valoració desenvolupades en el marc del concurs.

b) Mitjançant ofici de 19 de desembre de 2008, el Consell va donar resposta a la petició d'accés de la recurrent pel que fa a aquells aspectes no continguts a l'article l'apartat 5 de l'article 93 del TRLCAP. En concret, el Consell va contestar en el sentit següent:

- que no era procedent l'accés a la documentació administrativa i empresarial de les licitadores, d'acord amb l'article 12 del RD 1098/2001;
- que, en aplicació de l'article 124 de la LCSP i de l'article 6 de la Directiva sobre contractes del sector públic (Directiva 2004/18/CE), el Consell havia instat les entitats adjudicatàries per tal que manifestessin els aspectes o les parts de llurs ofertes que consideraven tenien caràcter confidencial, i que un cop adoptada la decisió oportuna, es notificaria, el més aviat possible;
- que posava a la seva disposició les actes de la Mesa de contractació i l'acord i l'adjudicació de l'òrgan de contractació.

En definitiva, davant les acusacions d'obscurantisme adduïdes per la recurrent, les actuacions dutes a terme pel Consell evidencien una clara voluntat de transparència i col·laboració respecte a les demandes d'informació relatives al procés instades per persones interessades. Com a recolzament de l'anterior, cal palesar que el Consell ha resolt la petició de la recurrent i també les corresponents a totes les licitadores que han exercit aquest dret en un sentit favorable, sens perjudici dels condicionants i les restriccions que s'hagi pogut adoptar, sempre de forma motivada, amb l'objecte de salvaguardar els drets coexistents de totes les empreses que han pres part en el concurs.

Així mateix, la reacció del Consell a la sol·licitud esmentada ha de ser qualificada d'eficient, amb el benentès que s'ha atès amb la celeritat deguda, i en qualsevol cas dins del termini de 15 dies que estableix el TRLCAP, a fi que la recurrent pogués conèixer amb l'anticipació necessària els aspectes que considerés essencials del procediment per tal que pogués preparar la seva defensa, en el marc d'eventuals impugnacions.

1.2. Manca d'autenticitat de la documentació lliurada.

El dret que assisteix les persones interessades en els procediments administratius d'obtenir còpies o certificats dels documents l'examen dels quals sigui autoritzat per l'Administració, d'acord amb el que estableix la lletra a de l'article 35 i l'apartat 8 de l'article 37 de la LRLPAC, és un dret de caràcter informatiu que no inclou l'obtenció automàtica de còpies autèntiques dels documents públics o privats que conformen els expedients administratius.

Les còpies autèntiques, d'acord amb l'article 46 de la LRJPAC, com a document públic expedit per fedatari públic, tenen idèntica validesa i idèntica eficàcia que la documentació original que conforma els expedients administratius. A aquests efectes, les còpies autèntiques s'expedeixen a sol·licitud de les persones interessades i, amb caràcter general, quan aquestes han de tenir plens efectes provatoris en una esfera jurídica aliena a l'administrativa en qüestió (apartat 1 de l'article 319 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil).

En aquest context, el Consell va lliurar a la recurrent i, amb caràcter general, a totes les licitadores que van exercir el dret que preveu l'apartat 5 de l'article 93 del TRLCAP, una còpia de tota la documentació acreditativa dels aspectes que conté el precepte esmentat, amb

caràcter merament informatiu i sense cap altra virtualitat que la de traslladar les dades necessàries en relació amb la valoració de les ofertes, així com la de les entitats adjudicatàries.

Tota la documentació lliurada a la recurrent en el tràmit esmentat constitueix una reproducció fidel de la part de l'informe tècnic de les ofertes presentades en la licitació del contracte, de 30 d'octubre de 2008. En conseqüència, crida l'atenció, per la seva gravetat i manca de rigor, la qualificació que la recurrent efectua d'aquesta documentació en el sentit que es tracta "d'un extracte" o un resum alterat amb posterioritat a l'adjudicació del contracte.

Per tot el que s'ha exposat, cal concloure que la manca d'expedició de còpies autèntiques de la documentació que el Consell va facilitar a la recurrent, en el marc de la compareixença efectuada el 16 de desembre de 2008, només és atribuïble a la seva pròpia conducta, atès que no va fer ús del dret que l'assistia a obtenir aquest tipus d'acreditació d'autenticitat, si és que així ho creia convenient.

1.3. Absència de barems i escassa motivació de les puntuacions atorgades.

L'article 86 del TRLCAP estableix que els criteris objectius d'adjudicació dels contractes així com la seva ponderació o valoració relativa s'han d'indicar degudament en els plecs de clàusules administratives. Aquesta exigència té com a finalitat assegurar una actuació objectiva de l'Administració en la selecció del contractista així com la igualtat de tracte dels licitadors.

El Plec de clàusules administratives particulars que regeix la contractació fixa els criteris objectius (clàusula 18) que han de servir de base per a l'adjudicació a les proposicions més avantatjoses, i detalla, per a cada un, els paràmetres o els elements generals de qualificació a seguir per a l'atorgament de la puntuació.

Aquests, i no uns altres, són els criteris que el Consell, de forma objectiva i transparent, ha aplicat a l'hora d'efectuar l'anàlisi de les propostes presentades pels licitadors en l'informe tècnic de les ofertes presentades en la licitació del contracte i, en conseqüència, constitueixen la base o la garantia de la motivació de la proposta d'adjudicació formulada per la Mesa de contractació, i alhora, a la decisió d'adjudicació del contracte efectuada per l'òrgan de contractació.

En aquest sentit, l'actuació del Consell ha estat adequada i coherent amb els pronunciaments de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees³ i amb el parer de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa⁴ respecte de l'adopció de subcriteris i la seva inclusió en els plecs de clàusules administratives particulars.

Quant a l'absència de motivació de les puntuacions atorgades, cal insistir en el fet que l'Informe de valoració de les ofertes presentades en la licitació del contracte, parcialment lliurat a la recurrent, conté les puntuacions degudament desglossades per cadascun dels criteris d'adjudicació amb les justificacions corresponents, d'acord amb els criteris o els elements qualitius que figuren en el Plec de clàusules administratives particulars i, en qualsevol cas, amb el rigor i el detall necessaris per tal que els licitadors puguin conèixer els motius o les circumstàncies de l'adjudicació en favor de la proposició més avantatjosa.

³ Sentència del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea de 24 de novembre de 2005 (Assumpte C-331/04, ATI EAC Srl Viaggio di Maio Snc, EAC Srl, Viaggi di Maio Snc i ACTV Venezia, SpA, Provincia di Venezia, Comune di Venezia).

⁴ Informe 7/2002, de 12 de juliol. Assumpte: Criteris d'actuació per a la selecció de l'empresa contractista en el procediment d'adjudicació obert.

Recomanació 4/2005, de 12 de desembre. Assumpte: Mesures a adoptar en l'àmbit de la contractació administrativa.

Respecte de la motivació de les resolucions administratives d'adjudicació, la jurisprudència s'ha pronunciat en el sentit que les resolucions no comporten necessàriament un raonament exhaustiu i acurat de tots els aspectes i perspectives, les quals resten suficientment motivades en el cas que continguin les raons que permetin conèixer els criteris essencials fonamentadors de la presa de decisió, tot permetent als interessats apreciar la correcció o la incorrecció jurídica d'aquesta resolució a l'efecte d'una eventual impugnació posterior (entre d'altres, les sentències del Tribunal Suprem de 31 d'octubre de 1995 i d'11 de febrer de 1998).

A aquest efecte, la jurisprudència també ha matisat que resulta prou motivada la resolució que aculli de forma íntegra la proposta de resolució que incorpori el contingut dels informes o dictàmens, però no en requereix la transcripció. Per tant, serveix de motivació de l'adjudicació la proposta d'adjudicació efectuada per la Mesa de contractació acompanyada dels informes que hagi sol·licitat per ponderar les ofertes de conformitat amb els criteris establerts en el Plec de clàusules administratives particulars (entre d'altres, les sentències del Tribunal Suprem de 31 de gener de 1983 i de 28 de juliol de 1996).

Per tant, l'Administració ha d'expressar els motius pels quals una proposició determinada resulta més avantatjosa i aquest judici ha d'estar sotmès al control jurisdiccional, d'acord amb l'apartat 1 de l'article 106 de la Constitució espanyola. I, en aquest sentit, les resolucions que manquen de motivació incorren en arbitrarietat, que no discrecionalitat, en no expressar les condicions de l'oferta que permeten qualificar-la com més avantatjosa que les restants.

D'acord amb les consideracions anteriors, el contingut de l'Informe de valoració de les ofertes presentades en la licitació del contracte, subscrit pels serveis tècnics el 30 d'octubre de 2008, acredita degudament les puntuacions atorgades, amb expressió suficient dels motius essencials de l'adjudicació en favor de les proposicions més avantatjoses, sobre la base dels criteris objectius fixats en el Plec de clàusules administratives particulars, motivació que cal fer extensiva a la proposta d'adjudicació formulada per la Mesa de contractació i a la decisió d'adjudicació del contracte per part de l'òrgan de contractació.

1.4. Obstrucció a l'accés a l'expedient

De conformitat amb les normes de dret privat, les persones jurídiques han d'actuar mitjançant el seu òrgan de representació i administració. Així, pel que fa a les societats de responsabilitat limitada, l'article 62 de la Llei 2/1995, de 23 de març, de societats de responsabilitat limitada, atribueix la representació de la societat als administradors. En el cas d'administrador únic, la lletra a de l'apartat 2 d'aquest precepte li atribueix de forma íntegra la responsabilitat de la societat. Així mateix, és indispensable la constància del nomenament del càrrec en el Registre Mercantil, d'acord amb el que estableix el punt 4 de l'apartat 1 de l'article 94 del Reglament del Registre Mercantil, aprovat pel Reial decret 1784/1996, de 19 de juliol.

També és admissible en dret l'anomenada *representació voluntària de les persones jurídiques o representació a través d'apoderament*, que consisteix en el poder que l'òrgan d'administració d'una societat atorga en favor d'un determinat subjecte, persona física o jurídica. Els poders generals, així com la seva modificació, revocació i substitució són d'inscripció obligatòria en el Registre Mercantil, mentre que els poders generals per a plets així com els atorgats per a un cas concret no són d'obligatòria inscripció, de conformitat amb allò que prescriu l'article el punt 5 de l'apartat 1 de l'article 94 del Reglament del Registre Mercantil.

D'altra banda, la regulació de la representació de les persones interessades en els procediments administratius està continguda en l'article 32 de la LRJPAC, d'aplicació supletòria en els procediments de contractació administrativa. Aquesta disposició preveu la possibilitat que les persones interessades amb capacitat d'obrar actuïn per mitjà de representant, amb el qual s'han de dur a terme les actuacions administratives, llevat de manifestació en contra de la persona interessada.

L'apartat 3 d'aquest precepte estableix que per formular sol·licituds, entaular recursos, desistir d'accions i renunciar a drets en nom d'una altra persona, s'ha d'acreditar la representació per qualsevol mitjà vàlid en dret que en deixi constància fidedigna, o per mitjà d'una declaració en una compareixença de l'interessat o la interessada.

En darrer terme, l'apartat 3 de l'article 32 *in fine* de la LRJPAC prescriu que per als actes i les gestions de tràmit es presumeix la representació. En aquest sentit, les persones que duguin a terme aquest tipus de gestions o d'actuacions en nom i representació de les persones interessades en els procediments administratius no han d'acreditar degudament la representació.

Dit això, el senyor Josep Maria Benet Ferran va subscriure les sol·licituds de participació en el procés d'adjudicació que ens ocupa en representació de la recurrent, el 14 de febrer de 2008. I, per tal de donar compliment al requeriment establert a la clàusula 12.2.2 del Plec de clàusules administratives particulars, va acreditar, en temps oportú, la representació de la societat mitjançant el nomenament al seu favor del càrrec d'administrador únic, per temps indefinit, segons consta a l'escriptura pública atorgada per la notària amb residència a Barcelona, senyora Immaculada Domper Crespo, el 30 de gener de 2008, amb el número 171 del seu protocol, inscrita en el Registre Mercantil.

En el cas objecte d'anàlisi, davant la impossibilitat de l'assistència del representant d'OTSANDA UNIC SLU a la compareixença per implementar l'apartat 5 de l'article 93.5 del TRLCAP, el Consell va recordar a la persona que hi assistiria en substitució de l'anterior que havia d'acreditar la representació a través d'algun dels mitjans admesos en dret, abans examinats.

Respecte l'eventual infracció de l'article 32.2 de la LRJPAC, en el supòsit plantejat, la compareixença a la seu del Consell, en virtut de l'apartat 5 de l'article 93 del TRLCAP, no pot ser qualificada com un acte de tràmit. A aquest efecte, és rellevant destacar que es tracta d'un acte posterior i complementari a l'adjudicació del contracte, que és l'acte central que posa fi al procediment contractual, mitjançant el qual, com ja s'ha determinat, el Consell facilita informació a les licitadores sol·licitants sobre la valoració de les seves proposicions així com sobre les proposicions formulades per altres empreses que han participat en el concurs.

D'acord amb el que s'ha exposat més amunt, el Consell ha requerit l'acreditació de la representació de les persones assistents a aquest acte, sempre que aquesta circumstància no constés degudament acreditada a l'expedient administratiu, amb l'objecte de no efectuar una divulgació indiscriminada de la informació del procés en favor de mers mandataris de les empreses, i, en definitiva, per tal de salvaguardar els drets i els interessos legítims coexistents de les entitats que han pres part en el procés.

Com a suport d'aquesta interpretació, la doctrina científica ha interpretat favorablement la necessitat d'acreditar la representació en el supòsit de compareixences davant les administracions públiques, sempre que la rellevància de l'actuació a realitzar així ho requereix.⁵

Les consideracions realitzades mouen a considerar que la intenció d'aquesta institució, lluny d'entorpir i/o dificultar l'exercici legítim dels drets de la recurrent, ha estat la de conjugar la transparència en el procediment amb altres drets també coexistents de les empreses licitadores i/o adjudicatàries.

2. Infracció total i absoluta del procediment establert a l'Acord 3/2001, de 28 de febrer, pel qual s'aprova l'Estatut orgànic i de funcionament del Consell de l'Audiovisual de Catalunya.

⁵ Memento Práctico. Francis Lefebvre. Administrativo 2008, núm. 3533, pàg. 444., per referència a Serrano de Toledo.

2.1. Irregularitats en la convocatòria de la sessió de l'òrgan de contractació corresponent a l'adjudicació del contracte.

La recurrent addueix la nul·litat de ple dret de l'Acord 174/2008, de 7 de novembre, d'acord amb la causa prevista a la lletra e de l'apartat 1 de l'article 62 de la LRJPAC, en considerar que la convocatòria de la sessió del Ple del Consell de 7 de novembre de 2008, infringeix el règim de funcionament d'aquest òrgan col·legiat establert a l'Estatut del Consell.

El règim jurídic dels òrgans col·legiats, el contenen els articles 22 a 29 de la LRJPAC.

D'altra banda, l'Estatut del Consell conté les particularitats del règim organitzatiu del seu òrgan de govern i de decisió, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, en els termes que conté l'apartat 1 de l'article 22 de la LRJPAC. En concret, l'article 4 de l'Estatut del Consell, dedicat a les convocatòries i a l'ordre del dia, preveu textualment el següent:

"[...]Cap sessió no podrà començar sense que la convocatòria, amb l'ordre del dia i la documentació necessària per a pronunciar-s'hi, hagi estat lliurada als membres del Consell amb una antelació mínima de dos dies. "

Això no obstant, l'article 4.2 de l'Estatut del Consell preveu la possibilitat que la convocatòria prescindeixi, de manera excepcional i "en casos d'urgència degudament motivada pel president", de l'ordre del dia específic i de la documentació necessària per pronunciar-s'hi, sens perjudici que esdevingui necessària la ratificació posterior de la convocatòria i de la decisió de la urgència per la majoria simple dels membres del Ple, en la inici de la sessió, en un sentit similar d'allò que preveu l'apartat 3 de l'article 26 de la LRJPAC.

De la dicció literal d'aquest precepte es desprèn que resta admesa la possibilitat que el president del Consell convoqui sessions per raó d'urgència, sense convocatòria formal i sense el termini de 48 hores per a estudiar els temes a tractar, sempre que tots els membres de l'òrgan col·legiat després ho ratifiquin formalment per majoria simple en el moment d'iniciar-se la sessió corresponent.

Com a suport de l'anterior possibilitat, es poden citar les sentències del Tribunal Suprem de 20 de maig de 1998, en què s'assenyala en relació amb les convocatòria de sessions extraordinàries urgents:

"(...) que no hay exigencia de lapso temporal previo alguno, salvo el que naturalmente sea preciso para posibilitar la asistencia material de los concejales (...)" I, en un sentit idèntic, les SSTS de 23 de novembre de 1990 i de 26 de novembre de 1997.

Per tant, l'article 4.2 de l'Estatut del Consell és el precepte que fonamenta la convocatòria del president del Consell per a la sessió del Ple del Consell de 7 de novembre de 2008, convocatòria, que cal insistir, va ser plenament ratificada o avalada per tots els membres de l'òrgan col·legiat.

Així mateix, és clar que la determinació dels motius d'urgència de la convocatòria pertany a l'àmbit de discrecionalitat, primer del president del Consell, i després, dels membres del Ple, mitjançant la seva ratificació.

D'acord amb el que s'ha exposat, no suscita cap dubte jurídic que la convocatòria de la sessió de 7 de novembre de 2008 de l'òrgan de contractació, amb l'objecte de deliberar i, si s'escau, d'adjudicar el contracte, és conforme i s'adequa al marc jurídic d'aplicació, en concret, als requeriments que estableix la LRJPAC, pel que fa a les regles essencials de formació de la voluntat dels òrgans col·legiats, així com a les previsions a l'Estatut del Consell en relació amb el règim de funcionament del Ple del Consell.

2.2.. Recurs a professionals externs.

OTSANDA UNIC, SLU qüestiona el fet que el Consell, en el procés d'adjudicació del contracte, hagi recorregut a professionals externs perquè realitzin funcions de valoració de les propostes dels licitadors, sense que aquesta circumstància consti degudament motivada en el procediment. Així mateix, mostra la seva discrepància respecte a la designació per part del Consell d'aquests professionals, ja que, al seu parer, no ha estat respectuosa amb els principis de publicitat i concurrència que informen la contractació administrativa.

L'article 81 del TRLCAP prescriu que la Mesa de contractació és un òrgan tècnic la funció del qual és, de forma exclusiva, examinar les proposicions i formular la proposta a l'òrgan de contractació del candidat a l'adjudicació del contracte. La seva composició i la designació del seus membres, la regula l'article 79 del RD 1098/01.

Així mateix, segons estableix l'apartat 2 de l'article 81 del TRLCAP, per a l'exercici de les seves funcions, la mesa de contractació pot obtenir l'assessorament tècnic que considerin adient.

En aquest context normatiu, la clàusula 15 del Plec de clàusules administratives particulars recull la composició de la Mesa de contractació (apartat 1) i n'estableix les funcions (apartat 2).

En ús de la facultat establerta a l'article 81.2 del TRLCAP, els membres de la Mesa de contractació, en sessió de 9 d'abril de 2008, van acordar encarregar als serveis tècnics del Consell la realització de les tasques de suport necessàries per a l'anàlisi tècnica de les ofertes del concurs, amb l'auxili extern necessari, per raó de la complexitat i/o especialitat en la matèria d'experts de capacitat professional provada.

D'acord amb l'article 16 de l'Estatut del Consell, l'administració del Consell és una organització creada al seu servei i al dels seus membres, per tal d'exercir les funcions que legalment té atribuïdes. I, tal com estableix l'article 17 de l'Estatut esmentat, el personal d'administració accedeix al seu lloc de treball al Consell mitjançant selecció prèvia regida pels principis de publicitat, mèrits i capacitat, en aplicació de l'article 103 de la Constitució.

Per tant, la independència i l'objectivitat de l'actuació de les persones dels serveis tècnics del Consell que han intervingut en l'elaboració de l'informe tècnic de les ofertes presentades en la licitació del contracte, que serveix de fonamentació a la proposta d'adjudicació formulada per la Mesa de contractació, i al seu torn, a l'Acord objecte d'impugnació, resta plenament garantida.

En favor de l'adequació de l'actuació de la Mesa de contractació, en recórrer a l'estructura administrativa interna del Consell per realitzar la valoració tècnica de les ofertes, resulta determinant la Sentència⁶ adduïda per la recurrent, en defensa dels seus interessos, que posa en relleu el següent:

"[...] 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

⁶ Sentència de 5 de desembre de 2008, de la Sala Contenciosa Administrativa, Secció Cinquena, del Tribunal Superior de Justícia de Canàries, en el recurs contenciós administratiu núm. 866/2007, interposat contra l'Acord del Govern de Canàries, pel qual s'aprova el Decret 377/2007, de 16 d'octubre, pel qual s'adjudiquen les concessions per a l'explotació de canals digitals del servei de televisió digital terrestre d'àmbit local amb cobertura municipal o insular en règim de gestió indirecta en la comunitat autònoma de Canàries.

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. "

Respecte de l'eventual infracció dels principis de concurrència i publicitat en la designació de professionals externs per desenvolupar tasques de valoració de les ofertes, cal fer les observacions següents:

L'encàrrec a professionals externs s'ha efectuat en el marc de dos acords de col·laboració subscrits amb institucions públiques, una universitat i un col·legi professional, de reconegut prestigi en algunes de les matèries que conformen les ofertes tècniques, de conformitat amb el Plec de clàusules administratives particulars.

Aquests convenis de col·laboració s'adeqüen a la lletra c de l'article 3.1 del TRLCAP, per raó de la seva quantia, en tots dos casos inferior a 60.000 euros, i en qualsevol cas, a l'import que estableix la lletra c de l'apartat 2 de l'article 203 del TRLCAP.

Cal palesar, així mateix, que la voluntat del Consell a l'hora de subscriure els convenis de col·laboració esmentats ha estat dotar-se dels recursos idonis per a l'obtenció del suport necessari en el desenvolupament de les tasques de valoració per part dels serveis tècnics del Consell, atesa la insuficiència de recursos interns per a la valoració de determinades matèries.

Així, l'abast de l'objecte de les col·laboracions posa de manifest que, en cap cas, comporta, ni tant sols d'una manera parcial, una deixadesa de les funcions legalment atribuïdes a la Mesa de contractació en favor d'entitats externes. En prova d'això, els professionals externs que han col·laborat en les tasques de valoració com a conseqüència dels convenis de col·laboració esmentats s'han integrat en el grup de treball constituït a aquest efecte i han actuat sempre sota les instruccions i el control dels tècnics del Consell que han coordinat la realització d'aquestes tasques.

En definitiva, dites col·laboracions s'adeqüen i són conformes a la normativa de contractació pública, i responen a l'exercici legítim per part de la Mesa de contractació d'una facultat establerta legalment en el seu favor, que ha contribuït a incrementar el grau de qualitat de l'informe tècnic de les ofertes presentades en la licitació del contracte, i, en conseqüència, a la formació de la seva voluntat.

3. Vulneració dels principis d'actuació del Consell de l'Audiovisual de Catalunya.

3.1. Actuació parcial i subjectiva del president del Consell.

La recurrent al·lega que l'actuació del president del Consell en el marc del procés d'adjudicació del contracte infringeix l'article 28 de la LRJPAC i l'apartat 2 de l'article 4 i l'article 6 de la Llei 2/2000, de 4 de maig, del Consell de l'Audiovisual de Catalunya. El fonament d'aquesta infracció, a parer de la recurrent, rau en la seva vinculació amb l'Arquebisbat de Barcelona, a qui pertany l'entitat adjudicatària FUNDACIÓ MISSATGE HUMÀ I CRISTIÀ.

L'objectivitat de les actuacions administratives en un procediment de contractació amb la intenció de garantir la no-ingrència d'interessos privats en l'interès públic, la resol l'article 20 del TRLCAP, que recull les causes de prohibició de contractar amb l'Administració.

L'article 20 del TRLCAP conté un seguit de prohibicions i restriccions a la contractació amb les administracions públiques basades en pressupòsits de naturalesa diversa que poden afectar els empresaris, com ara la imposició de sancions penals o administratives, l'incompliment de previsions de la normativa de contractació administrativa, les situacions d'insolvència, i, en darrer terme, la *incursió en un supòsit legal d'incompatibilitats*.

Segons ha afirmat la doctrina, les causes de prohibició de contractar tenen com a finalitat evitar que certes situacions personals de l'administrat arribin a tenir accés al contracte i, en conseqüència, eliminar riscos en la fase d'admissió d'interessats en el procediment de contractació. Es tracta, doncs, d'una cautela amb l'objecte de garantir el compliment moral i lleial del contracte⁷. En una línia similar, es pot destacar, entre d'altres, el Dictamen núm. 830/1995, de 13 de juliol, del Consell d'Estat.

Tanmateix, la causa que cal examinar ara és la que conté la lletra e de l'article 20 del TRLCAP:

“e) Que la persona física o els administradors de la persona jurídica estiguin inclosos en algun dels supòsits de la Llei 12/1995, d'11 de maig, d'incompatibilitats dels membres del Govern de la Nació i dels alts càrrecs de l'Administració General de l'Estat; de la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques, o que es tracti de qualsevol dels càrrecs electius que regula la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, en els termes que estableix la mateixa Llei.”

El règim d'incompatibilitats dels membres del Consell està contingut a l'apartat 2 de l'article 6 de la Llei 2/2000, de 4 de maig, del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, que estableix que estan subjectes al règim d'incompatibilitats dels alts càrrecs de l'Administració de la Generalitat.

L'article 3 de la Llei 13/2005, de 27 de desembre, del règim d'incompatibilitats al servei de la Generalitat estableix que:

“Els alts càrrecs al servei de la Generalitat han d'exercir llurs funcions amb dedicació plena i absoluta i no poden compatibilitzar llur activitat amb l'exercici de cap altre lloc, càrrec, representació, professió o activitat mercantil, professional o industrial, de caràcter públic o privat, per compte propi o aliè, llevat de les excepcions que estableix aquesta llei, o les autoritzades pel Govern, per raó d'especial interès públic.”

Ara bé, la lletra e de l'article 8 de la Llei 13/2005, de 27 de desembre, disposa que l'exercici de les funcions d'un alt càrrec al servei de l'Administració de la Generalitat és compatible amb la participació en entitats sense ànim de lucre.

En darrer terme, l'apartat 3 de l'article 6 de la Llei 2/2000, de 4 de maig, prescriu que els membres del Consell no poden tenir interessos en empreses audiovisuals ni exercir activitats professionals de cap mena, llevat de la docència, si no es presta en règim de dedicació exclusiva.

La Fundació Missatge Humà i Cristià és una fundació pia autònoma, creada d'acord amb l'article 1.303/1 del Codi de dret canònic vigent aleshores en l'àmbit territorial de l'Arquebisbat de Barcelona, erigida pel Decret de l'arquebisbe de Barcelona de 3 de febrer de 1987, que es va elevar a escriptura pública, la qual fou autoritzada pel notari de Barcelona, senyor Modesto Ventura Benages, el 5 de febrer de 1988, amb el número 121 del seu protocol, modificada per una altra, també autoritzada pel notari, de 17 de maig de 1989. En compliment del que preveu el Reial decret 589/1984, de 8 de febrer, sobre fundacions religioses de l'Església catòlica, la Fundació consta degudament inscrita en el Registre d'entitats religioses del Ministeri de Justícia.

La Fundació està regida i governada, segons l'article 6 dels seus Estatuts, per un Patronat conformat per un màxim de 10 patrons, que designa el cardenal arquebisbe de Barcelona, i que intervenen en règim paritari en tot allò que afecta el règim i l'administració de la Fundació.

D'una revisió dels noms i cognoms de les persones que conformen actualment el patronat de la Fundació, en virtut del nomenament efectuat pel Decret 17/2005, de 19 d'abril, de l'arquebisbe

⁷ “Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas”. Ariño y Asociados. Ed.Comares (pàg. 94 del Tom II)

de Barcelona, anotat en el Registre d'entitats religioses del Ministeri de Justícia, així com de les persones designades anteriorment mitjançant l'acte constitutiu, es constata que no hi figura el senyor Carbonell i Abelló. Aquest extrem permet afirmar que el president de l'òrgan de contractació no exerceix ni ha exercit amb anterioritat el càrrec de patró de la Fundació Missatge Humà i Cristià. Així mateix, també es pot afirmar que no manté cap tipus de relació de parentiu amb les persones que exerceixen o han exercit el càrrec esmentat.

Cal negar, doncs, en contra dels arguments de la recurrent, que el president de l'òrgan de contractació mantingui o hagi mantingut amb la Fundació Missatge Humà i Cristià un vincle o relació jurídica que pugui ser qualificada com a una incompatibilitat o ingerència dels interessos privats en l'esfera pública, en aquest cas, representada per la decisió administrativa de l'adjudicació del contracte.

En definitiva, l'actuació del senyor Carbonell i Abelló en el procés d'adjudicació contractual esmentat ha estat regida pels principis que inspiren l'actuació del personal al servei de les administracions públiques, en especial, amb plena adequació a la normativa d'incompatibilitats dels alts càrrecs de l'Administració de la Generalitat i al règim d'actuació dels membres del Consell de l'Audiovisual de Catalunya.

3.2. Infracció del principi de pluralisme i lliure concurrència.

A criteri de la recurrent, l'Acord impugnat infringeix els principis bàsics d'actuació del Consell, establerts a l'article 29 de l'Estatut del Consell, així com els continguts als articles 9 i la lletra d de l'article 10 de la Llei 2/2000, de 4 de maig, del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, en relació amb els principis de pluralisme i de lliure concurrència al sector audiovisual. A tall d'exemple, fa referència a la zona de servei Puigcerdà-Grèixer, en què dues de les tres freqüències objecte d'adjudicació, s'han adjudicat a l'entitat RADIOCAT XXI, SLU. Segons afirma, aquesta situació s'hauria de fer extensiva a set demarcacions més.

La pluralitat de serveis de comunicació audiovisual i, en conseqüència, de serveis de radiodifusió sonora, té un caràcter instrumental respecte de la llibertat d'expressió, consagrada en l'article 20 de la Constitució espanyola, com el màxim reconeixement a l'expressió i la difusió lliure d'idees, opinions i pensaments i, en un altre sentit finalista, com a formació lliure de l'opinió pública en una societat democràtica i preferent per al correcte funcionament del sistema.

En aquest context, la disposició addicional sisena de la Llei de l'Estat 31/1987, de 18 de desembre, d'ordenació de les telecomunicacions (en endavant, LOT), que és norma bàsica, en la redacció donada per Llei de l'Estat 10/2005, de 14 de juny, de mesures urgents per a l'impuls de la televisió digital terrestre, de liberalització de la televisió per cable i de foment del pluralisme, estableix literalment, i pel que aquí afecta, el següent:

"1. Per poder ser titular d'una concessió d'algun servei públic de radiodifusió sonora, caldrà reunir els requisits següents: [...]

d) Una mateixa persona física o jurídica no pot controlar, en cap cas, directament o indirectament més del cinquanta per cent de las concessions administratives del servei de radiodifusió sonora terrestre que coincideix substancialment en el seu àmbit de cobertura.

En tot cas, una mateixa persona física o jurídica no pot controlar més de cinc concessions en un mateix àmbit de cobertura.

En una mateixa comunitat autònoma cap persona física o jurídica pot controlar més del quaranta per cent de las concessions existents en àmbits en què només tingui cobertura una concessió.

Cap persona física o jurídica pot controlar directament o indirectament més d'un terç del conjunt de les concessions administratives del servei de radiodifusió sonora terrestre amb cobertura total o parcial en el conjunt del territori del Estat.

Amb l'objecte de limitar el nombre de concessions el control de les quals es pot simultaniejar, a l'hora de comptabilitzar aquests límits no es computen les emissores de radiodifusió sonora gestionades de forma directa per entitats públiques.

Als efectes que preveu aquest apartat, s'entén per control els supòsits als quals es refereix l'article 42 del Codi de comerç.

e) Els límits anteriors s'apliquen de forma independent a les concessions per a l'emissió amb tecnologia digital i a les concessions per a l'emissió amb tecnologia analògica [...]"

Pel que fa a la normativa catalana, la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual (en endavant, LCA) fixa els límits a la concentració dels mitjans de comunicació. Així, el capítol II del seu títol IV, estableix que el Consell de l'Audiovisual de Catalunya, en l'exercici de les seves funcions d'ordenació de l'activitat audiovisual a Catalunya, ha de garantir el principi de pluralisme de la comunicació audiovisual⁸. Aquest pluralisme comporta la diversitat en l'oferta dels serveis de comunicació audiovisual i, per tant, l'existència d'una pluralitat de mitjans de comunicació, en aquest cas, serveis de radiodifusió sonora autònoms, que posen a la disposició de la ciutadania una oferta de continguts diversa i atorga al Consell de l'Audiovisual de Catalunya la facultat de garantia del pluralisme en el conjunt de la comunicació audiovisual a Catalunya.

A aquest efecte, i segons disposa la lletra a) de l'article 39 de la LCA, la concentració de mitjans de comunicació audiovisual es defineix com "la posició de domini o influència dominant en el sector de la comunicació audiovisual de Catalunya o en alguna de les seves demarcacions d'acord amb el que estableix aquesta llei".

Per la seva banda, l'article 40 de la LCA estableix els instruments de garantia del pluralisme i efectua en l'apartat tercer, una remissió a la llei bàsica estatal:

" [...] 3. Són criteris principals de determinació del límit de les concentracions de mitjans de comunicació audiovisual, a més dels establerts per l'apartat 2, el nombre de títols habilitants i la participació de l'operador en altres empreses que exerceixin l'activitat de comunicació i els altres criteris que determini la legislació bàsica estatal [...]."

Finalment, l'article 43 de la LCA considera que existeix una posició d'influència dominant "quan un prestador de serveis de comunicació audiovisual controla un servei de televisió o ràdio, o més d'un, que totalitza més d'un 25% de l'oferta en l'àrea de difusió en què els seus serveis de comunicació audiovisual són accessibles al públic.

Dit això, l'informe tècnic de les ofertes presentades en la licitació del contracte efectua una anàlisi i valoració de la incidència dels límits en la concentració per cadascun dels 83 codis administratius incorporats com a annex 1 en el Plec de clàusules administratives particulars, de conformitat amb els límits a la concentració dels serveis de radiodifusió sonora, recollits a l'apartat 3 de l'article 40 de la LCA.

D'acord amb l'informe esmentat, l'aplicació individualitzada d'aquests límits en relació amb els codis administratius i les freqüències objecte de concurs comporta que cap dels licitadors proposats en primer lloc no pugui infringir, en una zona de servei, els límits a la concentració dels serveis de radiodifusió sonora, d'acord amb l'apartat 3 de l'article 40 de la LCA.

⁸ Article 38 de la LCA.

I, en particular, en relació amb el centre emissor Puigcerdà-Gréixer, citat per la recurrent a títol d'exemple, l'aplicació d'aquests límits, d'acord amb el que estableix el Pla tècnic nacional de radiodifusió sonora en ones mètriques amb modulació de freqüències, aprovat pel Reial decret 964/2006, d'1 de setembre, comporta que l'adjudicació de dues freqüències a l'entitat RADIOCAT XXI, SLU, no infringeixi els límits de la concentració dels serveis de radiodifusió sonora.

En conseqüència, l'Acord 174/2008, de 7 de novembre, del Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya garanteix els límits de concentració dels serveis de radiodifusió sonora, d'acord amb la normativa d'aplicació, i, per tant, reconeix en les freqüències adjudicades el dret a la llibertat d'expressió entesa com el dret a expressar i difondre lliurement idees, opinions i pensaments i, en un altre sentit finalista, com a formació lliure de l'opinió pública en una societat democràtica i preferent per al funcionament correcte del sistema.

4. Irregularitats en l'aplicació del criteris de valoració

4.1. Criteris d'adjudicació discrecionals i subjectius

La recurrent considera que en el procés d'adjudicació *s'han utilitzat uns criteris discrecionals i subjectivistes amb total absència d'imparcialitat i neutralitat, per la qual sol·licita una revisió de les ofertes presentades i una nova valoració ajustada als principis que regeixen els procediments de concessió administrativa, pel que fa a la totalitat de les freqüències sol·licitades per l'entitat recurrent.*

Respecte de la discrecionalitat i la subjectivitat dels criteris d'adjudicació que han servit de base per a adjudicar el contracte, cal fer una remissió a les consideracions efectuades en l'apartat 1.3 d'aquest fonament de dret.

Tanmateix, esdevé necessari afegir que la recurrent i la resta d'entitats que han pres part en la licitació coneixien, amb caràcter previ a la preparació de les seves propostes, les raons tècniques, econòmiques i descriptives, que havien de motivar l'adopció de l'acord d'adjudicació per part de l'òrgan de contractació. I, en prova d'això, consta en l'expedient administratiu l'acceptació incondicionada per part de totes les licitadores i, en especial, per part del representant d'OTSANDA UNIC, SLU, del contingut del Plec de clàusules administratives particulars. Així mateix, l'entitat recurrent no va impugnar el Plec esmentat, en el termini que legalment es va concedir a aquest efecte.

La jurisprudència majoritària s'ha pronunciat en el sentit de no admetre els recursos instats per empreses licitadores que no han resultat adjudicatàries d'un contracte quan esgrimeixen irregularitats en el plec de condicions.

En aquest sentit, el Tribunal Suprem, en la Sentència de 28 de juny de 2004 afirma el següent:

“ 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 argumentado 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 un altre ordre de consideracions, la recurrent per tal d'avaluar la seva argumentació, utilitza, de forma reiterada, els conceptes de *discrecionalitat* i *arbitrarietat*, en un sentit clarament crític

respecte de l'actuació del Consell en el procés que s'examina. Esdevé necessari, doncs, realitzar un seguit d'observacions per tal de determinar l'abast d'aquests conceptes des d'una perspectiva jurídica.

En relació amb el control de la discrecionalitat tècnica en l'adjudicació dels contractes, la doctrina i la jurisprudència majoritària han destacat que si bé és cert que l'Administració té potestats parcialment discrecionals per a satisfer els interessos públics, aquesta discrecionalitat no està exempta de límits. Així, en el sistema de concurs, l'elecció de l'oferta més avantatjosa s'ha de regir pels criteris establerts en el Plec de condicions, i és imprescindible que la resolució sigui motivada, extrem que en permet el control en seu jurisdiccional. Així ha estat reconegut de manera reiterada per la doctrina i la jurisprudència, entre d'altres, a les sentències del Tribunal Suprem d'11 de febrer, 27 de març, 2 d'abril i 11 de juny de 1999.

A l'efecte de distingir la discrecionalitat de l'arbitrarietat de l'activitat de les administracions públiques, prohibida per l'apartat 3 de l'article 9 de la Constitució espanyola, resulta il·lustrativa la Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears de 25 de gener de 2002, que fixa el següent:

“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 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 de 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. “

D'acord amb l'anterior, el procés d'adjudicació contractual que ens ocupa ha garantit plenament l'objectivitat, la igualtat de tracte i la imparcialitat, mitjançant la incorporació, objectiva i rigorosa, de les raons o les motivacions de les puntuacions en l'informe tècnic de les ofertes presentades a la licitació del contracte, amb referència als criteris objectius d'adjudicació, fixats en el Plec de clàusules administratives particulars, en els termes de l'article 86 del TRLCAP, coneguts amb caràcter previ per tots els licitadors.

4.2. Irregularitats en l'aplicació dels criteris de valoració

La recurrent al·lega que la informació que es desprèn de la documentació que el Consell li ha lliurat evidencia un seguit d'incongruències que poden alterar substancialment la valoració efectuada *i que podrien haver afectat el resultat final de les concessions adjudicades*. En concret, qüestiona la valoració efectuada en aplicació d'alguns dels criteris d'adjudicació, en general, i, en particular, respecte d'algunes freqüències:

4.2.1. Aportacions realitzades a la programació de la radiodifusió sonora a Catalunya (clàusula 18.2.2.3.1.5 del Plec).

Respecte d'aquest criteri, la recurrent manifesta que les empreses adjudicatàries han obtingut la puntuació màxima de 40 punts, sense que constin degudament acreditats ni la quantitat ni els tipus de les aportacions que aquestes entitats han dut a terme. Així mateix, qüestiona el fet que empreses de nova creació hagin obtingut puntuació en la valoració d'aquest criteri.

Segons estableix la clàusula 18.2.3.1.5 del Plec, un dels criteris que es valoren en la part relativa a la programació oferta per les licitadores, dins de l'anomenada memòria descriptiva són les aportacions de la persona licitadora realitzades en la programació de la radiodifusió sonora a Catalunya. A aquest efecte, l'apartat 2.2.3.d de les prescripcions tècniques del Plec determina que les persones licitadores havien d'especificar i d'acreditar, si s'escau, les aportacions realitzades a la programació de la radiodifusió sonora a Catalunya, així com, el nombre d'emissores que gestionen a Catalunya com a concessionàries, o altres amb les quals estiguin associades o hi tinguin relació en virtut d'alguna fórmula similar.

La revisió de les puntuacions atorgades en aquest criteri d'adjudicació evidencia que les manifestacions de la recurrent no tenen cap tipus de suport, pels motius següents:

De les 72 freqüències sol·licitades per OTSANDA UNIC, SLU, s'ha constatat que 52 de les ofertes que han resultat adjudicatàries han obtingut la màxima puntuació, és a dir, 40 punts en aquest criteri d'adjudicació. Tanmateix, les altres 20 ofertes guanyadores, és a dir, més d'una quarta part de les ofertes, han obtingut una puntuació inferior.

La distribució de la puntuació obtinguda en aquest criteri d'adjudicació entre les 22 entitats que han esdevingut adjudicatàries en les 72 freqüències sol·licitades per la recurrent, és la següent:

Puntuació	Adjudicatàries
40:	7: RM Radio, SA, Sistema Català de Radiodifusió, SL, Radio Tele Taxi FM de Radiodifusión, SA, Radiocat XXI, SLU, Sociedad Española de Radiodifusión, SA, Rkor Ràdio, SLU i Uniprex, SAU.
30:	2: Ens de Comunicacions, SL i Fundació Missatge Humà i Cristià.
25:	1: Ràdio Terra Ferma de Lleida, SA.
15:	2: D-9 Comunicació, SL i 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 i Cadena Pirenaica de Ràdio i Televisió, SL.
0:	4: Publicacions Penedès, SA, Metropolitana Audiovisuals, SL, Mola TV, SL i Grupo Simalro, SL.

Així, de les 22 entitats que n'han esdevingut adjudicatàries, 7 han obtingut 40 punts i, en canvi, 15 han obtingut una puntuació inferior, que va de 30 punts (2 adjudicatàries) a 0 punts (4 adjudicatàries). D'aquesta informació es desprèn que la valoració de les aportacions realitzades no s'ha efectuat d'una forma arbitrària o aleatòria, com pretén demostrar la recurrent, sinó d'una manera proporcional en funció de les dades objectives relatives a les aportacions realitzades per cadascuna de les empreses.

D'altra banda, és cert que empreses de nova creació han obtingut puntuació en aquest criteri d'adjudicació. A aquest efecte, cal tenir en compte que, com a criteri general, s'ha considerat el concepte de "persona licitadora" d'acord amb criteris empresarials, en concret, de conformitat amb els supòsits de control social majoritari que s'estableixen a l'article 42 del Codi de comerç.

D'acord amb l'anterior, OTSANDA UNIC, SLU, tot i que és una empresa de nova creació i no ha realitzat directament aportacions a la radiodifusió sonora a Catalunya, ha obtingut puntuació en aquest criteri atès que s'han valorat les aportacions realitzades per Mediaproducció, SL, societat que forma part del mateix grup empresarial.

4.2.2. Interès específic per a la zona de servei (clàusula 18.2.3.2 del Plec).

La recurrent qüestiona el fet que una oferta que no conté programació específica ni emissions en la zona de servei, pugui ser singular per a la zona de servei. En particular, qüestiona el fet que RADIOCAT XXI, SLU, en la zona de servei corresponent a Sant Pere de Ribes-Montgròs, hagi resultat adjudicatària d'una freqüència quan oferia un producte especialitzat musical i, en canvi, OTSANDA UNIC, SLU no ho hagi esdevingut, quan oferia un producte generalista "que tiene más interés específico e industria en la zona de servicio".

Segons el Plec, la valoració de l'apartat de la *Memòria descriptiva, Interès específic per a la zona de servei* inclou tres criteris d'adjudicació, que es reproduïxen a continuació:

" 18.2.3.2.1. Programació d'interès específic per a la zona de servei, fins a 40 punts.

Aquest apartat es valorarà d'acord amb el contingut de la programació adaptat als interessos i les particularitats de la zona de servei, en funció, entre d'altres, del tipus de programes, dels col·lectius als quals s'adrecen i de la participació d'agents externs.

18.2.3.2.2. Emissions i indústria en la zona de servei, fins a 30 punts.

Es valorarà el temps d'emissió de producció pròpia de l'emissora.

18.2.3.2.3. Singularitat en la zona de servei, fins a 30 punts.

Es tindrà en compte el caràcter singular de l'oferta radiofònica al servei d'una diversificació més gran dels formats radiofònics i d'una major pluralitat i diversitat de la programació dins de l'àmbit de la zona de servei".

Dit això, els dos primers criteris d'adjudicació reproduïts comporten la valoració de l'oferta d'una programació específica per a la zona de servei i del temps d'emissió de producció pròpia a la zona de servei, respectivament. En conseqüència, els elements de qualificació d'aquests criteris tenen un caràcter marcadament quantitatiu, de forma que només han obtingut puntuació aquelles ofertes que han inclòs una programació específica per a la zona de servei, o bé que aquesta s'ha pogut desprendre clarament.

Tanmateix, el tercer criteri d'adjudicació, *Singularitat en la zona de servei*, conté elements de valoració més qualitatius, sempre amb el referent de l'oferta radiofònica existent en la zona de servei.

Així, segons el Plec, tot i que el fonament de la puntuació atorgada en aquest criteri d'adjudicació pot atribuir-se al fet que una oferta inclogui programació específica per a la zona de servei, això no esdevé estrictament necessari. En aquest sentit, el Plec introdueix altres elements de valoració, com pot ser la introducció d'elements nous o singulars en l'oferta radiofònica existent en aquella zona de servei, encara que sense programació específica, especialment, "al servei d'una diversificació més gran dels formats radiofònics i d'una major

pluralitat i diversitat de la programació". A tall d'exemple: la introducció d'una fórmula musical en una zona de servei on aquesta tipologia radiofònica escasseja.

Els tres criteris d'adjudicació, abans examinats, troben el seu fonament en elements diferents que no es predeterminen entre ells i, en conseqüència, llur valoració ha estat independent. En aquest sentit, els paràmetres qualificatius fixats en el Plec per tal de valorar la singularitat de l'oferta en la zona de servei permeten valorar cadascuna de les ofertes tot ponderant l'oferta radiofònica existent a la zona de servei i, per tant, tot prenent en consideració les mancances concretes de l'oferta radiofònica d'una determinada zona de servei.

Es presenta, així mateix, com a suport de l'anterior, l'anàlisi efectuada respecte de la zona de servei Sant Pere de Ribes-Montgròs, amb referència a les concessions anteriors al procés que ens ocupa, (3 concessions que emeten una programació generalista), sobre les 7 freqüències ofertes en el concurs de referència.

Abans del procés que s'examina, aquest centre emissor tenia una presència única de ràdios, amb concessió prèvia, amb tipologia generalista. En canvi, després del concurs, del total de les 10 freqüències, la tipologia radiofònica resta distribuïda en 5 de generalistes i 5 d'especialitzades.

En definitiva, en contra de les al·legacions esgrimides per la recurrent, la valoració efectuada d'aquest criteri d'adjudicació respon als paràmetres fixats en el Plec.

4.2.3. *Estratègia financera, fins a 30 punts* (clàusula 18.2.2.5), zona de servei Vic-Colluspina, freqüències 93.2 MHz i 105.9 MHz.

La recurrent qüestiona les puntuacions obtingudes per SISTEMA CATALÀ DE RADIODIFUSIÓ, SL en aquest criteri d'adjudicació, (10 punts, a la 93.2 MHz i 20 punts a la 105.9 MHz). En concret, no entén perquè aquesta entitat ha pogut obtenir puntuacions diferents, en aplicació d'aquest criteri, en les diverses ofertes que ha presentat.

Els elements que es valoren en aquest criteri, segons estableix la clàusula 18.2.2.5. del Plec, són els següents: "l'adequació del pla financer a les necessitats d'inversions i previsions de resultats, la solvència financera i el compromís d'inversió dels socis i l'autonomia de finançament".

En aquest sentit, s'ha atorgat una puntuació més elevada quan l'evolució de les dades financeres durant el període previst era favorable.

Això no obstant, la valoració d'aquest criteri, i de la resta de criteris d'adjudicació, respon als elements introduïts per cadascuna de les ofertes presentades per les licitadores de manera que les valoracions de les ofertes d'un mateix licitador, en ocasions, no són coincidents perquè responen a informació diversa inclosa en cadascuna de les ofertes presentades.

D'acord amb l'anterior, en el cas de l'entitat i de les freqüències qüestionades per la recurrent, cal destacar que el fet que aquesta entitat presenti a les seves ofertes productes diversos ha tingut la seva incidència en les dades financeres incloses en ambdues ofertes i, en conseqüència, en llur valoració.

4.2.4. *Sant Pere de Ribes-Montgròs, 91.2 MHz.*

a) *Pla de qualitat, continuïtat i manteniment, fins a 40 punts* (clàusula 18.2.1.2)

La recurrent qüestiona la motivació de les puntuacions que se li han atorgat en aquest criteri d'adjudicació (33 punts). En concret, manifesta la incongruència del fet que es consideri que la descripció del pla de manteniment és completa i, en canvi, es consideri incompleta en algun aspecte.

Segons la clàusula 18.2.1.2 del Plec, els elements que s'han de qualificar en aquest criteri d'adjudicació són el pla de qualitat, el sistema d'alertes de fallades i el manteniment de les emissions per tal de garantir la qualitat i la continuïtat de l'oferta.

De la revisió de l'oferta formulada per OTSANDA UNIC, SLU, se'n constata que, en efecte, el pla de manteniment que proposa conté la descripció de tots i cadascun dels elements esmentats: qualitat, continuïtat i manteniment. Ara bé, quan s'analitza la descripció d'aquests elements, s'observa que hi ha una mancança de concreció d'alguns aspectes. Per aquest motiu, en l'informe tècnic s'expressa que "la descripció d'aquest pla és poc concreta".

Es presenten, a tall d'exemple d'ambigüitat o de manca de concreció, les expressions contingudes en l'oferta de la recurrent que tot seguit es reproduïxen: "NIA subcontractarà la totalitat del manteniment correctiu a l'empresa UNITECNIC que pertany al grup d'empreses de Mediapro amb reconegut prestigi", o "El manteniment correctiu es muntarà sobre la base de servei al tipus "pròxim dia", amb el temps de resposta màxim de vuit hores des de la notificació fefaent del tiquet d'avaría".

En aquest sentit, pel que fa al manteniment correctiu, l'oferta de la recurrent hauria obtingut una major puntuació en el cas que hagués efectuat una descripció mínima de l'empresa que assumiria el manteniment correctiu (camp d'actuació de l'empresa, experiència, mitjans de què disposarà i/o necessaris previstos per fer front a les possibles avaries, etc). En el cas d'avaries, tampoc no s'especifiquen les actuacions que es realitzarien, o les previsions per a la continuïtat del servei, quan es limita a afirmar que "Atès que l'àudio es troba disponible en qualsevol punt, el canvi d'estudis dels senyals és pràcticament immediat", sense que s'entengui què vol dir "el canvi d'estudis dels senyals".

En definitiva, l'ambigüitat i la manca de concreció d'alguns dels aspectes de la descripció dels elements que s'hi han de qualificar han tingut el seu reflex en la valoració d'aquest criteri d'adjudicació.

b) Estratègia productiva (clàusula 18.2.2.1)

OTSANDA UNIC, SLU assenyala que, en aquest criteri, se li han atorgat 39,8 punts sobre 60, mentre que a l'oferta de l'adjudicatària se li han atorgat 39,7 punts. I qüestiona la diferència entre les justificacions de les valoracions d'ambdues ofertes, atès que, segons constata, en l'oferta de la recurrent es fa constar que els llocs de treball són estables i d'excel·lent qualitat, mentre que en l'oferta de l'adjudicatària es fa constar que no s'especifica si els llocs de treball són o no estables.

D'acord amb la clàusula 18.2.2.1 del Plec, els elements que s'han de valorar en aquest criteri d'adjudicació són els següents: "l'adequació del pla de producció a les previsions de la programació i els equipaments disponibles, la producció pròpia de la persona licitadora a la zona de servei i, si s'escau, a l'àmbit de Catalunya; així com la creació i la qualitat de llocs de treball i l'impuls indirecte de la indústria i els serveis."

Pel que fa al pla de producció, en l'apartat corresponent de les prescripcions tècniques del Plec (clàusula 2.2.2., a.1), entre la documentació requerida per a la seva valoració s'hi inclouen els acords de subministrament de continguts i/o de col·laboració amb altres empreses o entitats.

Dit això, d'una anàlisi comparativa entre les justificacions de les puntuacions atorgades a OTSANDA UNIC, SLU i les relatives a l'oferta de l'adjudicatària, es constata que, globalment,

s'ha considerat que ambdues ofertes proposen una estratègia productiva molt bona i que l'impuls indirecte de la indústria i els serveis és correcte. Això no obstant, a diferència del que manifesta la recurrent, entre les justificacions de les valoracions d'ambdues ofertes s'aprecien altres divergències que les manifestades envers la qualificació de la creació i la qualitat de llocs de treball.

En aquest sentit, cal destacar que:

- L'oferta de l'entitat adjudicatària especifica acords de subministrament, amb un detall i una qualitat bons, en canvi, l'oferta de la recurrent no especifica acords de subministrament.
- Pel que fa a la producció pròpia, mentre que l'adjudicatària especifica que serà tota produïda en l'àmbit de Catalunya, l'oferta de la recurrent posa en relleu que una part es farà a escala estatal, una part en l'àmbit de Catalunya, i una part a la zona de servei.

Per tant, les diferències assenyalades entre els elements que configuren ambdues ofertes (acords de subministrament i origen de la producció) serveixen de suport a la diferència palesa entre les puntuacions atorgades a ambdues ofertes.

4.2.5 *Sant Pere de Ribes-Montgròs, 90.6 MHz.*

a) Singularitat en la zona de servei, fins a 30 punts (18.2.3.2.3)

Respecte dels elements que s'han de qualificar en aquest criteri d'adjudicació, cal remetre'ls a les consideracions realitzades respecte de la valoració de *l'Interès específic per a la zona de servei*.

A parer de la recurrent, les puntuacions entre l'oferta d'OTSANDA UNIC, SLU i l'oferta de l'entitat adjudicatària difereixen en 10 punts, mentre que les justificacions d'ambdues ofertes són exactament les mateixes.

Si bé és cert que les puntuacions atorgades a ambdues ofertes en aquest criteri d'adjudicació, difereixen en 10 punts, no es pot dir el mateix respecte de les justificacions especificades per les puntuacions d'aquestes ofertes.

Així, la justificació de la puntuació atorgada a l'oferta de l'adjudicatària posa de relleu que la "programació proposada per la licitadora conté molts elements de singularitat que incrementen la pluralitat i la diversitat de les programacions dins l'àmbit concret de la zona de servei" i per aquest motiu, se li atorguen 20 punts.

Tanmateix, en el cas de l'oferta d'OTSANDA UNIC, SLU, el text de la justificació de la puntuació atorgada (10 punts) és el següent: "La programació proposada per la licitadora conté pocs elements de singularitat que incrementen la pluralitat i la diversitat de les programacions dins de l'àmbit concret de la zona de servei".

b) Programació d'interès específic, fins a 40 punts (clàusula 18.2.3.1)

Segons la recurrent, en aquest criteri d'adjudicació, OTSANDA UNIC, SLU ha obtingut 13 punts envers els 22 atorgats a l'oferta guanyadora, quan els motius de la valoració de la seva oferta són més extensos i beneficiosos que els explicitats per l'oferta guanyadora.

La clàusula 18.2.3.2.1 del Plec estableix, tot i que d'una forma no exhaustiva, tres paràmetres qualificadors per a la valoració del criteri *Programació d'interès específic*: la tipologia de la programació, els col·lectius a què s'adreça i la participació d'agents externs.

Un cop revisades les justificacions de les puntuacions atorgades a ambdues ofertes, s'observa que l'oferta de l'adjudicatària presenta diversos elements que es constitueixen en un valor afegit

a la seva oferta, respecte de la de la recurrent, i que, en qualsevol cas, acrediten la diferència de puntuació atorgada.

En aquest sentit, l'oferta de l'entitat adjudicatària preveu programes amb la participació d'agents externs i de les persones oients a la zona de servei, la promoció de la igualtat d'oportunitats, en els termes indicats a l'apartat 2.2.3.b.2 de les prescripcions tècniques del Plec, i d'altres programes sobre la zona de servei.

D'acord amb les consideracions realitzades, cal qualificar les manifestacions de la recurrent per tal de posar en relleu incoherències en la valoració de les ofertes en el marc d'aquest procés d'adjudicació contractual, d'inconsistents i no susceptibles de fer prosperar una demanda de revisió de les puntuacions atorgades.

Així mateix, cal concloure que la decisió d'adjudicació del contracte, lluny de poder ser qualificada d'arbitrària i poc objectiva, resta perfectament legitimada ja que s'ha adoptat en base a criteris de racionalitat i de bona administració, amb les garanties suficients d'objectivitat, igualtat de tracte i imparcialitat, amb la incorporació de la motivació de les puntuacions atorgades en l'informe tècnic de les ofertes presentades en la licitació del contracte, d'acord amb els criteris objectius fixats en el Plec de clàusules administratives particulars.

Per tot l'exposat, de conformitat amb el que disposa la Resolució, de 12 de desembre, per la qual es deleguen competències, publicada en el Diari Oficial de la Generalitat núm. 5034, de 21.12.2007, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya adopta els següents,

ACORDS

1. Desestimar el recurs potestatiu de reposició formulat en nom i representació de l'entitat OTSANDA UNIC, SLU, contra l'Acord 174/2008, de 7 de novembre, del Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya d'adjudicació del contracte de gestió indirecta del servei públic de radiodifusió sonora en ones mètriques amb modulació de freqüència amb caràcter comercial.

2. Notificar aquest Acord a les persones interessades.

Barcelona, 11 de febrer de 2009

Ramon Font Bové
El president

Santiago Ramentol i Massana
El conseller secretari

ANNEX

Relació de freqüències sol·licitades per OTSANDA UNIC, SLU

Contracte de gestió indirecta del servei públic de radiodifusió sonora en ones mètriques amb modulació de freqüència amb caràcter comercial

Codi	Localitat	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
28	Castell d'Aro	95.600



Codi	Localitat	F-MHz
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
58	Lleida-Alpicat	102.200



Codi	Localitat	F-MHz
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