

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau, 12 -3a planta
46001 VALÈNCIA
Tel.: 961 613072
Correu: secretaria Jsca@gva.es

Ref.: SUB/SCC/mvt-asm
Assumpte: Informe 12/2018

INFORME 12/2018, DE 22 D'OCTUBRE DE 2018. IMPOSSIBILITAT LEGAL D'EXIGIR AIS LICITADORS EL COMPLIMENT DE REQUISITS D'ARRELAMENT TERRITORIAL O LA DISPONIBILITAT DE TÍTOLS HABILITADORS QUE NO SIGUEN NECESSARIS PER A L'ACTIVITAT OBJECTE D'UN CONTRACTE. RÈGIM JURÍDIC DE LA CORPORACIÓ VALENCIANA DE MITJANS DE COMUNICACIÓ DESPRÉS DE L'ENTRADA EN VIGOR DE LA LLEI 9/2017, DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC.

ANTECEDENTS

En data 24 de setembre de 2018 ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe de la Corporació Valenciana de Mitjans de Comunicació, mitjançant la qual formula consulta que literalment diu:

“Antecedents normatius

La Llei 6/2016, de 15 de juliol de la Generalitat, del servei públic de radiotelevisió d'àmbit autonòmic de titularitat de la Generalitat, en l'art. 9, relatiu a la cooperació i formació, estableix:

“1. Per a la millor consecució de les funcions de servei públic encomanades, la Corporació i les seues societats podran subscriure convenis de col·laboració amb altres entitats de ràdio, de televisió i de notícies; especialment, si es crea una agència valenciana de notícies, una xarxa de televisions i ràdios comarcals i un espai per a la radiotelevisió educativa i cultural. Així mateix, podran subscriure convenis o altres acords amb les administracions públiques i els seus organismes i amb altres entitats nacionals o internacionals.

2. La Corporació i la seua Societat impulsaran el sector audiovisual, educatiu i cultural de la Comunitat Valenciana mitjançant convenis de col·laboració, amb els límits establits en la legislació vigent.

Especialment, impulsaran l'intercanvi de continguts, la producció conjunta d'informatius i obres audiovisuals, així com la col·laboració en retransmissions amb les altres entitats de serveis públics de ràdio, de televisió i de notícies, per a facilitar sinergies en la generació de continguts que puguen integrar la programació en general o bé conformar la programació d'un segon canal de proximitat que reflectisca la pluralitat i fomenta el coneixement i la vertebració territorial de la Comunitat Valenciana.”

L'art. 28 d'aquesta norma, precepte en el qual es determinen les pautes generals de producció audiovisual, dedica l'apartat tercer a la col·laboració amb els prestadors de ràdio i televisió local, i indica el següent:

“La corporació i les seues societats propiciaren la subscripció de convenis específics de col·laboració amb els prestadors dels serveis de ràdio i televisió locals de la Comunitat Valenciana, públics i privats que vulguen acollir-se, per a aprofitar sinergies, reduir costos i oferir més continguts, serveis i qualitat als usuaris dels serveis audiovisuals en la Comunitat Valenciana. En aquest sentit, la corporació elaborarà un pla de col·laboració amb aquestes entitats que inclourà la programació pressupostària pluriennal a destinar.”

El contracte programa, document en el qual es fixen els objectius generals i de programació continguts en el mandat marc, va ser aprovat pel Consell de la Generalitat el passat dia 27 d'abril de 2018, i subscrit per la representació del Consell i de la Corporació el dia 31 de maig, estableix, dins de la clàusula tercera, com a objectiu específic, la cooperació amb els operadors de ràdio i televisió amb llicències d'emissió atorgades per la Generalitat Valenciana en els termes següents:

“A la Comunitat Valenciana s'han atorgat un conjunt de llicències per a l'emissió de televisió digital terrestre de proximitat, en les díhuit demarcacions que preveu el Pla tècnic nacional de televisió digital terrestre d'àmbit local, així com altres llicències per a les emissions de radiodifusió en freqüència modulada en determinades demarcacions i municipis, conforme al Pla tècnic nacional de radiodifusió sonora en ones de freqüència modulada, tant a operadors privats com a ajuntaments, la cobertura dels quals comprén la quasi totalitat el nostre territori.

Aquestes ràdios i televisions, d'àmbit local i comarcal, públiques i privades, presten un servei de proximitat als ciutadans proporcionant-los informació que difícilment pot tindre cabuda en televisions d'àmbit geogràfic superior. La seua proximitat i el seu coneixement de l'àmbit en el qual es troben els permet tindre accés preferent a la informació que es produeix en el seu territori. Seria desitjable la col·laboració amb aquestes emissores de proximitat per a permetre conjuminar sinergies i contribuir a la millora de la informació a tots els ciutadans.

L'existència d'una estructura que agrupe les diferents ràdios i televisions de proximitat i municipals seria un instrument necessari per a una relació fluida amb aquestes que permeta la col·laboració.

La Corporació i la SAMC promouran la subscripció de convenis específics de col·laboració amb els prestadors dels serveis de ràdio i televisió locals de la Comunitat Valenciana, públics i privats, que vulguen acollir-se, garantint l'estàndard de qualitat d'À Punt i els valors de servei públic; tot això, per a aprofitar sinergies, reduir costos i oferir més continguts, serveis i qualitat als valencians (art. 28.3 Llei 6/16), tenint en compte les limitacions que s'estableixen en els articles 9.2 i 26.4 de la Llei de creació. A aquest efecte, la Corporació i la SAMC donaren suport a la creació d'una xarxa de col·laboració per a l'intercanvi, i si escau coproducció de continguts, amb les ràdios i televisions d'àmbit local i comarcal de la Comunitat Valenciana.”

En la clàusula desena, dins de l'apartat relatiu als compromisos amb la producció audiovisual dedica un paràgraf final a fixar el següent:

“La subscripció de convenis amb universitats i altres entitats públiques, així com la subscripció d'acords amb els operadors de ràdio en freqüència modulada i televisió de proximitat de la Comunitat Valenciana, amb la corresponent llicència atorgada per la Generalitat Valenciana, per a col·laborar en les activitats de producció i desenvolupament de projectes audiovisuals podrà assolir el 5% del pressupost de la Corporació. El percentatge referit haurà d'adaptar-se en funció de les



necessitats que la Corporació i la seua societat puguen tindre per al desenvolupament dels projectes que requerisquen la col·laboració dels mitjans de comunicació de la Comunitat Valenciana."

El consell rector va acordar, a proposta de la direcció general, un model col·laboratiu entre À Punt i mitjans locals (TDTs i emissores municipals). En aquest document s'analitzava la situació dels mitjans de comunicació local i s'establien com a àmbits de col·laboració l'intercanvi de continguts de ràdio i televisió; la producció conjunta i emissió coordinada d'informatius amb les emissores de ràdio d'àmbit municipal; la producció conjunta i emissió conjunta d'esdeveniments i, finalment, la producció conjunta d'obres audiovisuals i continguts específics per a web.

Posteriorment, la Llei 10/2018, de 18 de maig, de la Generalitat Valenciana, de creació del Consell de l'Audiovisual de la Comunitat Valenciana, en l'apartat 2. a) de l'art. 5, dins de les funcions del Consell de l'Audiovisual, disposa que li correspon:

"Vetlar perquè es desenvolupen sinergies de col·laboració entre la Corporació Valenciana de Mitjans de Comunicació (CVMC) i la xarxa de prestadors públics locals i comarcals, per a la millor consecució de les funcions de servei públic encomanades, mitjançant convenis de col·laboració públic privats que permeten dinamitzar amb inversions públiques el sector audiovisual valencià local en el seu conjunt i afavorir l'intercanvi de continguts i la producció conjunta d'informatius i obres audiovisuals, amb l'objectiu d'oferir més continguts, serveis i qualitat als usuaris amb el consegüent estalvi en costos de producció de continguts."

Aplicació dels mandats normatius a l'actuació d'À Punt

El conjunt de textos normatius desprén una política pública que expressa la rellevància de dotar d'estabilitat el mapa de televisions digitals de proximitat. L'experiència de l'anterior procés d'adjudicació de llicències TDT va portar al fet que bona part de les adjudicatàries no arribaren a emetre. L'objectiu inicial de construir una estructura que donara informació de proximitat no es va arribar a aconseguir.

Les TDT locals són mitjans de comunicació que contribueixen a la vertebració del territori de la Comunitat Valenciana, aproximant-se a les realitats comarcals i locals.

La col·laboració entre els mitjans públics autonòmics i les llicenciatàries d'àmbit local o comarcal permetrien projectar al conjunt de la Comunitat Valenciana informació que d'una altra forma difícilment seria divulgada fora de l'àmbit territorial local. L'evolució de l'audiovisual, tant a la Comunitat Valenciana com en la resta d'Espanya i a escala global, ha portat a un canvi de paradigma, conseqüència de l'aparició de nous actors i el canvi dels hàbits de consum de la ciutadania, especialment de les persones més joves. En el model d'audiovisual que s'està desenvolupant són necessàries importants inversions, tant en els continguts com en equipament tecnològic. La col·laboració entre les diferents entitats pot ser l'única opció de viabilitat de la xarxa de prestadors locals i comarcals de les TDT i fins i tot el dels prestadors públics d'aquest servei en el conjunt de les comunitats autònomes. En processos anteriors d'adjudicació de llicències de TDT, l'absència de mecanismes per a construir projectes estables va donar lloc al fet que les emissores locals i comarcals tingueren una vida efímera, tenint com a conseqüència la destrucció de llocs de treball i impossibilitant la creació d'una estructura bàsica de comunicació audiovisual en el conjunt de la Comunitat Valenciana.

En les normes ressenyades la cerca d'una estabilitat en la xarxa de prestadores audiovisuals locals i comarcals s'ha projectat en l'impuls de la col·laboració entre elles i també amb la CVMC, establint com a instrument la realització de convenis.

Els convenis com a instruments de col·laboració

La Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, en l'article 48 i següents regula els convenis, i els defineix com "els acords amb efectes jurídics adoptats per les administracions públiques, els organismes públics i entitats de dret públic vinculats o dependents o les universitats públiques entre si o amb subjectes de dret privat per a un fin comuna."

La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es traslladen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, disposa en l'art. 6 l'exclusió de l'àmbit d'aplicació d'aquesta llei dels convenis que subscriuen les entitats del sector públic amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, sempre que el seu contingut no estiga comprés en el dels contractes regulats en aquesta llei o en normes administratives especials.

En aquestes circumstàncies la subscripció de convenis previstos en la Llei de creació del Consell de l'Audiovisual de la Comunitat Valenciana permet l'intercanvi de prestacions sense contraprestació econòmica. Aquest és el model que s'ha seguit en altres comunitats autònomes, pot citar-se com a exemple el cas de Catalunya en el qual mitjançant el conveni marc de col·laboració entre la Xarxa Audiovisual Local, SL, i la Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals s'estableixen unes condicions de col·laboració per a l'intercanvi de continguts audiovisuals sobre informació general i esportiva d'actualitat sense contraprestació econòmica. Així s'estableix en el clausulat que són objecte d'intercanvi els continguts d'actualitat informativa i esportiva amb una antiguitat no superior a 48 hores (informatius) i 72 hores (esportius), des de la seua producció. Transcorregut aqueix període de temps queden fora de l'objecte del conveni i el seu intercanvi es regeix per les vies comercials de compra i venda de les respectives entitats. Es poden excloure continguts de la cessió quan es vulguen reservar l'exclusivitat.

El desenvolupament d'aquest model requereix l'existència d'un sistema que permeta l'intercanvi de notícies entre les entitats participants. En aquests moments no hi ha una entitat que agrupe totes les concessionàries de televisions digitals locals o comarcals, el que fa inviable aquesta solució.

A això s'afeg la necessitat d'una infraestructura tecnològica que integre les llicenciatàries d'àmbit local o comarcal de manera que es pugui realitzar l'intercanvi de les notícies de la qual aquestes manquen.

L'alternativa a l'absència d'una entitat que agrupe les TDT seria la subscripció de convenis individuals amb cadascuna de les entitats titulars d'una llicència per a l'intercanvi de continguts en els quals no hi haja contraprestació econòmica o convenis o acords destinats a la realització de continguts específics en què ambdues parts tenen un interès comú.

Com contractar serveis informatius complint la política pública marcada per la Llei 6/2016 i textos de desplegament?



En el cas que no siga possible subvenir totes les necessitats d'informació local a través de convenis singulars o generals amb les TDT locals hauria de recórrer-se a la contractació dels serveis d'entitats amb presència en el corresponent àmbit territorial. Aquesta serà la forma en què es podran atendre les necessitats d'informació que es produeixen en àmbits locals o comarcals als quals A Punt Mèdia no arribe amb la rapidesa que requereix la informació o puga permetre rendibilitzar millor els recursos existents, sense contradir els principis de la llei de creació.

La contractació pública és un instrument per a la realització de polítiques públiques els principis de les quals vénen emmarcats en l'art. 1 de la Llei 9/2017. La satisfacció de les necessitats requereix una adequada definició que en aquest cas inclourà la definició dels subjectes a participar.

En el supòsit de no establir cap mena de requisit a les mercantils amb les quals es contracten els serveis que permeten a la cadena tindre els recursos informatius que no pot generar directament ens trobarem que els competidors seran empreses amb amplis recursos, però mancats de presència real en àmbits territorials comarcals.

Si es materialitza aquesta opció, s'entrarà en contradicció amb el que disposen les normes assenyalades.

La qüestió que es planteja és com conciliar les directrius que estableixen les normes que regulen l'audiovisual valencià amb les limitacions que es deriven de la legislació en matèria de contractes.

Un exemple de com la contractació pública serveix per al desenvolupament de polítiques públiques és l'obligació que estableix la Llei 9/2017, de 8 de novembre, a fi d'obrir la contractació a les petites i mitjanes empreses. Aquesta seria la primera opció per a afavorir la participació de les TDT d'àmbit local o comarcal i que pogueren participar en aquests processos, sempre que això vaja acompanyat d'una limitació en la possible subcontractació i en el nombre de lots que siga possible adjudicar a una mateixa mercantil.

Un segon element per a garantir que la notícia siga coberta per entitats pròximes territorialment a on es produeix el fet informatiu seria establir un temps de resposta i que la licitadora tinga un establiment en l'àmbit territorial del qual s'obtindran les informacions.

A la vista dels dubtes sobre la forma més adequada per a conciliar les polítiques públiques en matèria audiovisual amb la legislació de contractes i la regulació dels convenis sembla oportú plantejar a la Junta Superior de Contractació Administrativa si considera limitadores de la concurrència la possibilitat de:

- Establir com a requisit del concurs per al subministrament de determinats recursos per als serveis d'informació que les participants siguen llicenciatàries locals de TDT.
- Alternativament, establir, per a garantir que la notícia siga coberta per entitats pròximes territorialment a on es produeix el fet informatiu, establir temps de resposta i que la licitadora tinga un establiment en l'àmbit territorial on s'obtindran les informacions.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

1. Qüestió prèvia implícita: consideració de la Corporació com a Administració pública o com a poder adjudicador diferent d'Administració pública després de l'entrada en vigor de la Llei 9/2017

D'acord amb el que s'estableix en l'article 4 de la Llei 6/2016, de 15 de juliol, de la Generalitat, la Corporació Valenciana de Mitjans de Comunicació (en endavant, la Corporació) és un dels organismes públics del sector públic instrumental de la Generalitat als quals es refereix l'apartat de la lletra a) de l'article 2.3 de la Llei 1/2015, de 6 de febrer, de la Generalitat, d'hisenda pública, del sector públic instrumental i de subvencions. Entre els diferents tipus d'organismes públics enumerats en aquest apartat, l'article 2.4 de la Llei 22/2017, de 29 de desembre, de pressupostos de la Generalitat per a l'exercici 2018, considera la Corporació com una entitat pública empresarial. D'altra banda, l'article 41 de la Llei 6/2016 de la Generalitat estableix que la seua activitat contractual i la de les societats en les quals participe majoritàriament en el seu capital social es regirà per la legislació bàsica de contractació del sector públic.

Sobre la base d'uns principis comuns, la legislació bàsica espanyola en matèria de contractes del sector públic, tant en les normes anteriors com en l'actual, ha establert un règim jurídic diferent en funció que un poder adjudicador tinga o no la consideració d'Administració pública a l'efecte d'aquesta legislació. Per tant, una qüestió prèvia a analitzar abans d'entrar a resoldre la plantejada en la consulta és quin és el règim jurídic aplicable a la Corporació després de l'entrada en vigor de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es traslladen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (d'ara endavant la LCSP o la Llei 9/2017).

Abans de la Llei 9/2017, el text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat per Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (TRLCSP), en l'article 3.2 establia quines entitats i organismes tenien la consideració d'administracions públiques a l'efecte d'aquesta llei i en el seu apartat e) incloïa les entitats de dret públic diferents dels organismes autònoms en els termes següents:

2. Dins del sector públic, i a l'efecte d'aquesta llei, tindran la consideració d'administracions públiques els ens, organismes i entitats següents:

(...)

e) Les entitats de dret públic vinculades a una o diverses administracions públiques o dependents d'aquestes que complisquen alguna de les característiques següents:

1a que la seua activitat principal no consistisca en la producció en règim de mercat de béns i serveis destinats al consum individual o col·lectiu, o que efectuen operacions de redistribució de la renda i de la riquesa nacional, en tot cas sense ànim de lucre, o

2a que no es financen majoritàriament amb ingressos, siga quina siga la seua naturalesa, obtinguts com a contrapartida al lliurament de béns o a la prestació de serveis.

No obstant això, no tindran la consideració d'administracions públiques les entitats públiques empresarials estatals i els organismes assimilats dependents de les comunitats autònomes i entitats locals.

El precepte anterior del TRLCSP, vigent quan es va aprovar la Llei 6/2016 i aplicable fins a l'entrada en vigor de la Llei 9/2017, ha sigut objecte d'un canvi en aquesta última llei especialment rellevant en el



cas de les entitats públiques empresarials, en suprimir-se l'anterior paràgraf que les exclouïa directament i expressament de la seua consideració com a administracions públiques. L'article 3 de la Llei 9/2017, en els seus apartats 2 i 3, estableix ara el següent:

2. Dins del sector públic, i a l'efecte d'aquesta llei, tindran la consideració d'administracions públiques les entitats següents:

(...)

b) Els consorcis i altres entitats de dret públic, en les quals donant-se les circumstàncies establides en la lletra d) de l'apartat següent per a poder ser considerats poder adjudicador i estant vinculats a una o diverses administracions públiques o dependents d'aquestes, no es financen majoritàriament amb ingressos de mercat. S'entén que es financen majoritàriament amb ingressos de mercat quan tinguen la consideració de productor de mercat de conformitat amb el Sistema Europeu de Comptes.

3. Es consideraran poders adjudicadors, a l'efecte d'aquesta llei, les entitats següents:

a) Les administracions públiques.

b) Les fundacions públiques.

c) Les mútues col·laboradores amb la Seguretat Social.

d) Totes les altres entitats amb personalitat jurídica pròpia diferents de les expressades en les lletres anteriors que hagen sigut creades específicament per a satisfer necessitats d'interés general que no tinguen caràcter industrial o mercantil, sempre que un o diversos subjectes que hagen de considerar-se poder adjudicador d'acord amb els criteris d'aquest apartat 3, bé financen majoritàriament la seua activitat; bé controlen la seua gestió; o bé nomenen més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració, direcció o vigilància.

e) Les associacions constituïdes per les entitats esmentades en les lletres anteriors.

Al fil d'aquest precepte han d'analitzar-se quines són les característiques que reuneix la Corporació per a determinar si, d'acord amb la norma bàsica del precepte anterior, ha de tindre o no la consideració d'Administració pública a l'efecte de la Llei 9/2017.

La Llei 6/2016, de 15 de juliol, de la Generalitat, del servei públic de radiodifusió i televisió d'àmbit autonòmic, de titularitat de la Generalitat, crea i configura la Corporació com un instrument per a la prestació d'aqueix servei públic (article 4) i estableix els principis a què hauran d'ajustar-se aquesta i les seues societats prestadores dels serveis de ràdio i televisió per a la gestió i realització dels *interessos generals* que tenen encomanats (article 5). Així mateix i prèviament, l'article 2 d'aquesta llei defineix el servei públic audiovisual de titularitat de la Generalitat com *un servei essencial d'interés econòmic general, necessari per a la vertebració i cohesió territorial de la Comunitat Valenciana, així com per al manteniment de la nostra identitat com a poble, la nostra cultura i la nostra llengua, que té per objecte satisfer les necessitats d'informació, cultura, educació i entreteniment dels ciutadans i la societat de la Comunitat.*

Pel que fa a la vinculació amb la Generalitat, la Llei 6/2016 preveu l'establiment d'un mandat marc aprovat per les Corts i un contracte-programa subscrit pel Consell i la Corporació de tres anys de duració. Així mateix, la llei estableix que els seus òrgans de govern i administració són triats per les

Corts. Quant al finançament, l'article 38 de la llei preveu la consignació en els pressupostos de la Generalitat dels imports necessaris per a garantir la prestació del servei públic encomanat i l'article 39 atorga a la Corporació capacitat per a explotar comercialment la seua programació i els seus continguts i l'obtenció d'ingressos addicionals per publicitat limitada o altres fonts. El pressupost de la Corporació per a 2018, incorporat als pressupostos de la Generalitat corresponents a aquest exercici, es finança íntegrament amb fons procedents de la Generalitat.

Quant a la possible consideració de la Corporació com a "productor de mercat", el sistema europeu de comptes, establert pel Reglament (UE) núm. 549/2013 del Parlament Europeu i del Consell, de 21 de maig de 2013, relatiu al Sistema Europeu de Comptes Nacionals i Regionals de la Unió Europea (SEC), estableix en l'epígraf 1.37 del capítol 1 els següents criteris per a les entitats del sector públic:

1.37 La distinció entre de mercat i no de mercat, i, per tant, en el cas de les entitats del sector públic, la seua classificació en el sector de les administracions públiques o en el sector de les societats, es duu a terme sobre la base de la norma indicada a continuació.

Una activitat es considerarà activitat de mercat si els corresponents béns i serveis es negocien en les condicions següents:

1) els venedors tracten d'augmentar al màxim els seus beneficis a llarg termini i per a això venen els seus béns i serveis lliurement en el mercat a qualsevol que pague el preu que demanen;

2) els compradors tracten d'augmentar al màxim la seua utilitat tenint en compte els seus recursos limitats, i per a això compren els productes que responen millor a les seues necessitats al preu proposat;

3) existeixen mercats eficaços als quals els compradors i els venedors tenen accés i sobre els quals tenen informació; un mercat eficaç pot funcionar encara que no es complisquen íntegrament aquestes condicions.

Així mateix, quant a la consideració de la producció i de les operacions efectuades per les entitats, el capítol 3 del SEC estableix les regles següents:

3.18 En la producció de mercat s'inclouen:

a) els productes venuts a preus econòmicament significatius;

(...)

(...) Pel que fa a la producció d'altres unitats institucionals, la capacitat de realitzar una activitat de mercat a preus econòmicament significatius es determinarà aplicant un criteri quantitatiu (el criteri del 50%), basat en la relació entre les vendes i els costos de producció. Per a ser un productor de mercat, la unitat ha de cobrir com a mínim el 50% dels seus costos per mitjà de les seues vendes de forma continuada al llarg de diversos anys.

(...)

3.23 Definició: la producció no de mercat és la producció subministrada a altres unitats de forma gratuïta o a preus econòmicament no significatius.



(...)

La producció no de mercat existeix per les següents raons:

a) pot ocórrer que siga tècnicament impossible efectuar pagaments individuals per serveis col·lectius perquè és impossible efectuar un seguiment i un control d'aquests serveis. La producció de serveis col·lectius l'organitzen unitats de les administracions públiques i es finança amb fons diferents d'ingressos per vendes, en particular els impostos i altres ingressos de les administracions públiques;

b) les unitats de les administracions públiques i les ISFLSH¹ també poden produir i subministrar gratuïtament a llars individuals béns o serveis pels quals podrien cobrar, però opten per no fer-ho per raons de política econòmica o social. A títol d'exemple, poden mencionar-se els serveis sanitaris o d'educació prestats gratuïtament o a preus econòmicament no significatius.

En el cas de la Corporació i del servei públic que constitueix la seua activitat principal resulta evident que la seua activitat no pot tindre la consideració d'activitat de mercat d'acord amb els criteris del SEC, ni tampoc la Corporació reuneix les característiques que segons el que s'ha exposat corresponen a un productor de mercat, atés que ni el servei essencial que presta està sotmés a preus ni les seues vendes d'altres serveis o béns aconsegueix el percentatge indicat, sense perjudici que en el futur pugua obtindre accessòriament ingressos rellevants per la venda d'espais publicitaris o la comercialització de la seua producció. Com a prestadora del servei públic audiovisual de titularitat de la Generalitat, prestat gratuïtament al conjunt de la població i de la societat, la Corporació encaixa en el concepte del SEC d'un *productor no de mercat*.

En resum, pot dir-se que la Corporació, en relació amb el que es disposa amb caràcter de norma bàsica en l'article 3 de la Llei 9/2017, de contractes del sector públic, reuneix les característiques següents:

a) És un entitat de dret públic creada específicament per a satisfer necessitats d'interés general que no tenen caràcter industrial o mercantil, mitjançant la prestació a la població i a la societat de la Comunitat Valenciana del servei públic de radiodifusió i televisió de la Generalitat.

b) En la seua activitat principal es troba vinculada a l'Administració de la Generalitat mitjançant un contracte programa i els òrgans de govern i administració són designats per les Corts. Es finança a càrrec dels pressupostos de la Generalitat.

c) No es finança majoritàriament amb ingressos de mercat. El servei públic de radiodifusió i televisió que constitueix la seua activitat principal no està sotmés a preus públics ni a cap contraprestació pels usuaris o consumidors. No pot tindre, en conseqüència, la consideració de productor de mercat de conformitat amb el SEC.

En conseqüència, sobre la qüestió prèvia plantejada en el present informe, necessària per a respondre adequadament la consulta plantejada, ha de concloure's que, des de l'entrada en vigor de la Llei 9/2017 i als sols efectes d'aquesta, la Corporació ha de tindre la consideració d'Administració pública i li són aplicables les normes corresponents a aquestes quan es tracte de contractes compresos en el seu àmbit d'aplicació.

¹ Institucions sense finalitats de lucre al servei de les llars

2. Possibilitat de requerir llicències de TDT o establiment en un àmbit territorial per a contractar serveis o subministraments d'informació.

Resolta la qüestió anterior s'han d'abordar ara les qüestions plantejades directament en la consulta tenint en compte que, quan els contractes de serveis als quals aquesta es refereix es troben compresos en l'àmbit d'aplicació de la Llei 9/2017, seran aplicables, entre les normes que regulen els contractes administratius, les contingudes en el llibre primer de la llei i, en particular entre aquestes, les relatives a les condicions i requisits d'aptitud per a contractar que hauran de reunir els licitadors o candidats a l'adjudicació d'aquests contractes.

D'acord amb el que s'ha exposat en la consulta els contractes tindrien per objecte la prestació de serveis de producció o subministrament d'informació, d'àmbit local i principalment d'actualitat, que en moltes ocasions hauria de posar-se a la disposició de la Corporació amb molta rapidesa. Per això, és evident l'avantatge que per a la prestació dels dits serveis suposa la residència dels mitjans de producció del contractista en lloc proper a aquell en què la informació d'interés per a la Corporació pot originar-se. No obstant això, de la consulta es desprén també que aquesta rapidesa en l'obtenció i lliurament de la informació és una necessitat que es donarà durant l'execució del contracte i, per tant, pot ser satisfeta a posteriori de l'adjudicació per qualsevol empresa que reunisca els requisits de capacitat i solvència per a això i estiga disposada a establir-se o operar en la zona que haja de cobrir informativament en cas de resultar adjudicatària del contracte.

Respecte de la possibilitat de requerir que els participants en la licitació dels serveis d'informació local disposen d'una llicència d'operadors de televisió digital terrestre (TDT), ha d'advertir-se que tal requisit suposaria exigir als licitadors una habilitació empresarial per a una activitat diferent de la que té per objecte el contracte, la qual cosa suposaria un tracte discriminatori als candidats que no tingueren aquesta llicència i, no obstant això, foren solvents i aptes per a efectuar les prestacions, la qual cosa en tot cas vulneraria, entre altres normes, els principis de la contractació pública recollits en l'article 1 de la Llei 9/2017 i, en el cas dels contractes de caràcter administratiu, el que s'estableix en l'article 65.2 de la Llei 9/2017:

Article 65. Condicions d'aptitud

(...)

2. Els contractistes hauran de comptar, així mateix, amb l'habilitació empresarial o professional que, si escau, siga exigible per a la realització de les prestacions que constituïsquen l'objecte del contracte.

En general, ha d'insistir-se que en els contractes compresos en l'àmbit d'aplicació de la LCSP i subscrits pels qui tenen la consideració d'administracions públiques, són d'aplicació obligatòria les normes contingudes en el llibre primer d'aquesta llei, entre les quals s'inclouen les relatives als requisits de capacitat, solvència i altres condicions d'aptitud que poden exigir-se en les licitacions, no és admissible exigir-ne altres que no s'ajusten a aquestes normes.

Quant a la possibilitat de requerir que els licitadors a un contracte dels referits en la consulta tinguen un establiment en el corresponent àmbit territorial del qual es recaptaran les informacions, convé recordar que en supòsits anàlegs a aquest la qüestió ha sigut tractada en diferents ocasions pels òrgans consultius i per la jurisprudència i interpretada en l'essencial de forma coincident.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, en el seu Informe 9/09, de 31 de març de 2009, davant una consulta d'un ajuntament que valorava positivament com a criteri d'adjudicació que les empreses licitadores tingueren el seu "domicili social o delegació permanent" en la seua comunitat autònoma (uniprovincial) va concloure dictaminant el següent:



1. *L'origen, domicili social o qualsevol altre indicatiu de l'arrelament territorial d'una empresa no pot ser considerat com a condició d'aptitud per a contractar amb el sector públic.*

2. *Igualment no poden ser utilitzades com a criteri de valoració [de les proposicions] circumstàncies que es referisquen a alguna de les característiques de l'empresa assenyalades en la conclusió anterior.*

El Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC) s'ha pronunciat en sentit anàleg en diverses ocasions i, en la seua Resolució 101/2013, recaiguda sobre sengles recursos presentats contra una licitació d'un contracte de serveis per a l'INE en la qual s'exigia com a requisit per a participar que els licitadors demostraren tindre una "delegació de zona" en cadascuna de les províncies en la qual s'havia d'executar el contracte, assenyalava que no calia plantejar aquesta exigència com a requisit de solvència i, en canvi, sí que seria possible exigir-ho com a compromís d'adscripció de mitjans o com a condició d'execució si això s'ajusta a principis de proporcionalitat en relació amb l'objecte del contracte.

Respecte a la necessitat que l'arrelament territorial com a condició d'execució siga necessari per a la bona execució de les prestacions objecte del contracte, en la Resolució del TACRC 139/2011, recaiguda davant un recurs presentat contra la licitació de servei de vigilància i control d'accessos, vigilància i seguretat en diversos edificis dependents de la Direcció General de Belles Arts i Béns Culturals, en la qual s'exigia que l'adjudicatària disposara d'una central d'alarma i d'un centre de control a les províncies on se situen els museus, va assenyalat el següent:

(...) abans de res ha de posar-se de manifest la total contradicció amb els principis de la Directiva 2004/18/CE i amb la Llei de contractes del sector públic de qualsevol obligació imposada en els plecs que implique la possibilitat que la concurrència a una licitació quede limitada exclusivament a empreses que complisquen determinats requisits d'arrelament territorial. Evidentment, l'exigència d'un establiment, diga's centre de control o de qualsevol altra forma, situat en un determinat territori pot resultar contrari a aquests principis. No obstant això, la qüestió no pot ser analitzada en termes taxatius, sinó que per a arribar a la conclusió que aquest és el cas en el supòsit que es preveu cal determinar si de la forma en què ve exigida pels plecs de la licitació pot considerar-se com una exigència contrària als principis indicats o com una necessitat derivada de la mateixa naturalesa del contracte. Si és aquesta última circumstància la que realment concorre en aquest cas no podria negar-se la legalitat de l'exigència del requisit examinat i la seua relació directa amb l'objecte del contracte.

(...) ha de resoldre's la qüestió de si és admissible legalment l'exigència de posseir un centre de control que compte amb emissora pròpia i atenció presencial i permanent. Sobre aquest tema, l'òrgan de contractació es limita a indicar en el seu informe, tal com ja esmentem, que es considera imprescindible per a "garantir que l'empresa adjudicatària responga tècnicament i amb el major grau de desenvolupament a les exigències ordinàries de la prestació i a les contingències extraordinàries."

(...)

Així les coses, ja que exigir la disponibilitat d'un centre de control que compte amb emissora pròpia i atenció presencial i permanent a la província en què es trobe situat el museu com a condició d'execució del contracte constitueix una indubtable restricció a la lliure concurrència que no ve avalada per cap disposició legal ni pot considerar-se, davant l'escassetat de les argumentacions adduïdes per l'òrgan de contractació, com una prestació integrada en l'objecte del contracte, per la qual cosa no ha d'incloure's en els plecs de clàusules administratives particulars o de prescripcions

tècniques.

Sobre la possibilitat d'utilitzar l'arrelament o establiment territorial, no ja com a requisit previ d'aptitud o solvència, sinó com a criteri de valoració de les ofertes, el TACRC, en la seua Resolució 119/2016, de 12 de gener de 2016, ressenya la jurisprudència més rellevant sobre el tema i exposa el següent:

Tampoc el criteri relatiu als “mitjans a disposició” de l'Excm. Ajuntament (tallers i vehicles) pot superar l'examen de legalitat que duem a terme. En efecte, un examen d'aquest revela que el que es valora és que els tallers i vehicles que es posen a la disposició del municipi en cas de necessitat radiquen en un radi no superior a 30 km de la localitat. Si es posseeixen aquells, s'obtenen 14 punts (sense especificar, per cert, quina serà la forma de distribuir-los) i cap en el cas contrari. No es tracta, doncs, d'un compromís d'adscripció de mitjans emparat en l'article 64.2 TRLCSP (la validesa del qual hem admés, fins i tot amb condicions, entre altres, en Resolucions 420/2013, 438/2014, 553/2014, 1103/2015) que l'òrgan de contractació haja jutjat imprescindible per a l'execució de la prestació del contracte, sinó d'un criteri de selecció basat en el pur arrelament territorial. Sobre ell, la Jurisprudència nacional (cf.: Sentències del Tribunal Suprem, Sala III, de 12 de gener de 2001 –Roj STS 82/2001- i 24 de novembre de 2011 –Roj STS 7955/2011-) i comunitària (Sentències del TJCE, Sala Tercera, de 27 d'octubre de 2005 –assumpes C-158/03 i 234/2003-), a més de la doctrina d'aquest Tribunal (Resolucions 21/2013, 380/2013, 42/2014, 69/2015, 73/2015, 291/2015, 523/2015, 822/2015, entre altres), ja s'ha pronunciat en el sentit de considerar-lo contrari als principis rectoris de la contractació pública (solitàriament, els d'igualtat i lliure concurrència: articles 1 i 139 TRLCSP). A això caldria afegir, en fi, la vulneració del principi de no discriminació, llibertat d'establiment i llibertat de circulació consagrats en els articles 1, 3, 18 i concordants de la Llei 20/2013. Només caldria admetre-ho en el cas que s'evidenciara que la presència en un àmbit geogràfic determinat estiguera directament vinculada amb l'objecte del contracte i la seua concurrència implicara un benefici significatiu en l'execució de la prestació, que, d'altra banda, és el que ha de buscar l'òrgan de contractació a l'hora d'establir els criteris pels quals es valoraran les ofertes a fi d'identificar la més avantatjosa econòmicament (...)

Finalment, per la relació de les qüestions analitzades amb la llibertat d'establiment i de prestació de serveis, a més de les normes bàsiques en matèria de contractació, és obligat recordar també el que es disposa en la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat, especialment el relatiu als principis de no discriminació establits en l'article 3 en els termes següents:

Article 3. Principi de no discriminació.

- 1. Tots els operadors econòmics tindran els mateixos drets en tot el territori nacional i respecte a totes les autoritats competents, sense cap discriminació per raó del lloc de residència o establiment.*
- 2. Cap disposició de caràcter general, actuació administrativa o norma de qualitat que es referisca a l'accés o a l'exercici d'activitats econòmiques podrà contindre condicions ni requisits que tinguen com a efecte directe o indirecte la discriminació per raó d'establiment o residència de l'operador econòmic.*

CONCLUSIONS

1. En els contractes subscrits per la Corporació Valenciana de Mitjans de Comunicació, que es troben compresos en l'àmbit d'aplicació de la Llei 9/2017, no poden exigir-se altres requisits o condicions d'aptitud dels licitadors diferents dels establits en el capítol II del títol II del llibre segon d'aquesta llei.



2. En particular, en els contractes de serveis regulats en la Llei 9/2017, no és possible exigir que els licitadors siguin titulars de llicències de televisió digital terrestre si tals títols habilitadors, de conformitat amb la normativa que els regula, no són exigibles legalment o reglamentàriament per a la realització de l'activitat objecte del contracte.

3. L'arrelament, establiment o seu en una localitat o àmbit en el qual s'han de prestar els serveis objecte d'un contracte del sector públic, no són exigibles *a priori* per a participar en la licitació d'aquest contracte. No obstant això, pot constituir una condició d'execució del contracte i exigir-se el corresponent compromís d'adscripció de mitjans, sempre que d'acord amb el principi de proporcionalitat es considere necessari o imprescindible per a la bona execució de les prestacions objecte del contracte.

El present informe s'emet a l'empara del que es disposa en els articles 2.1 i 9 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i tindrà caràcter no vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.

LA SECRETÀRIA

Vist i plau LA PRESIDENTA
SOTSSECRETÀRIA D'HISENDA I MODEL ECONÒMIC

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data 22 d'octubre de 2018