

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

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

INFORME 12/2018, DE 22 DE OCTUBRE DE 2018. IMPOSIBILIDAD LEGAL DE EXIGIR A LOS LICITADORES EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS DE ARRAIGO TERRITORIAL O LA DISPONIBILIDAD DE TÍTULOS HABILITANTES QUE NO SEAN NECESARIOS PARA LA ACTIVIDAD OBJETO DE UN CONTRATO. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CORPORACIÓ VALENCIANA DE MITJANS DE COMUNICACIÓ TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 9/2017 , DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

ANTECEDENTES

En fecha 24 de septiembre de 2018 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe de la Corporació Valenciana de Mitjans de Comunicació, mediante la que formula consulta del siguiente tenor literal:

“Antecedentes normativos

La Ley 6/2016, de 15 de julio de la Generalitat, del servicio público de radiotelevisión de ámbito autonómico de titularidad de la Generalitat, en su art. 9, relativo a la cooperación y formación, establece:

“1. Para la mejor consecución de las funciones de servicio público encomendadas, la Corporación y sus sociedades podrán suscribir convenios de colaboración con otras entidades de radio, de televisión y de noticias; especialmente, si se crea una agencia valenciana de noticias, una red de televisiones y radios comarcales y un espacio para la radiotelevisión educativa y cultural. Asimismo, podrán suscribir convenios u otros acuerdos con las administraciones públicas y sus organismos y con otras entidades nacionales o internacionales.

2. La Corporación y su Sociedad impulsarán el sector audiovisual, educativo y cultural de /a Comunitat Valenciana mediante convenios de colaboración, con los límites establecidos en la legislación vigente. En especial, impulsarán el intercambio de contenidos, la producción conjunta de informativos y obras audiovisuales, así como la colaboración en retransmisiones con las otras entidades de servicios público de radio, de televisión y de noticias, para facilitar sinergias en la generación de contenidos que puedan integrar la programación en general o bien conformar la programación de un segundo canal de proximidad que refleje la pluralidad y fomente el conocimiento y la vertebración territorial de la Comunitat Valenciana.”

El art. 28 de dicha norma, precepto en el que se determinan las pautas generales de producción audiovisual, dedica el apartado tercero a la colaboración con los prestadores de radio y televisión local, indicando lo siguiente:

“La corporación y sus sociedades propiciarán la celebración de convenios específicos de colaboración con los prestadores de los servicios de radio y televisión locales de la Comunitat Valenciana, públicos y privados que quieran acogerse, para aprovechar sinergias, reducir costes y ofrecer más contenidos, servicios y calidad a los usuarios de los servicios audiovisuales en la Comunitat Valenciana. En este sentido, la corporación elaborará un plan de colaboración con estas entidades que incluirá la programación presupuestaria plurianual a destinar.”

El contrato programa, documento en el que se fijan los objetivos generales y de programación contenidos en el mandato marco, fue aprobado por el Consell de la Generalitat el pasado día 27 de abril de 2018, y suscrito por la representación del Consell y de la Corporación el día 31 de mayo, establece, dentro del cláusula tercera, como objetivo específico, la cooperación con los operadores de radio y televisión con licencias de emisión otorgadas por la Generalitat Valenciana en los siguientes términos:

“En la Comunidad Valenciana se han otorgado un conjunto de licencias para la emisión de televisión digital terrestre de proximidad, en las dieciocho demarcaciones que prevé el Plan técnico Nacional de televisión digital terrestre de ámbito local, así como otras licencias para las emisiones de radiodifusión en frecuencia modulada en determinadas demarcaciones y municipios, conforme al Plan técnico nacional de radiodifusión sonora en ondas de frecuencia modulada, tanto a operadores privados como a ayuntamientos, cuya cobertura alcanza la casi totalidad nuestro territorio.

Estas radios y televisiones, de ámbito local y comarcal, públicas y privadas, prestan un servicio de proximidad a los ciudadanos proporcionando/es información que difícilmente puede tener cabida en Televisiones de ámbito geográfico superior. Su cercanía y su conocimiento del ámbito en el que se encuentran les permite tener acceso preferente a la información que se produce en su territorio. Sería deseable la colaboración con estas emisoras de proximidad para permitir aunar sinergias y contribuir a la mejora de la información a todos los ciudadanos.

La existencia de una estructura que agrupe a las diferentes radios y televisiones de proximidad y municipales sería un instrumento necesario para una fluida relación con las mismas que permita la colaboración.

La Corporación y la SAMC promoverán la celebración de convenios específicos de colaboración con los prestadores de los servicios de radio y televisión locales de la Comunitat Valenciana, públicos y privados, que quieran acogerse, garantizando el estándar de calidad de Á Punt y los valores de servicio público; todo ello, para aprovechar sinergias, reducir costes y ofrecer más contenidos, servicios y calidad a los valencianos (art. 28.3 ley 6/16), teniendo en cuenta las limitaciones que se establecen en los artículos 9.2 y 26.4 de la Ley de Creación. A este fin, la Corporación y la SAMC apoyarán la creación de una red de colaboración para el intercambio, y en su caso coproducción de contenidos, con las radios y televisiones de ámbito local y comarcal de la Comunitat Valenciana.”

En la cláusula décima, dentro del apartado relativo a los compromisos con la producción audiovisual dedica un párrafo final a fijar lo siguiente:

“La celebración de convenios con universidades y otras entidades públicas, así como la celebración de acuerdos con los operadores de radio en frecuencia modulada y televisión de proximidad de la Comunitat Valencia, con la correspondiente licencia otorgada por la Generalitat Valenciana, para



colaborar en las actividades de producción y desarrollo de proyectos audiovisuales podrá alcanzar el 5% del presupuesto de la Corporación. El porcentaje referido deberá adaptarse en función de las necesidades que la Corporación y su sociedad puedan tener para el desarrollo de los proyectos que requieran la colaboración de los medios de comunicación de la Comunitat Valenciana."

El Consell Rector acordó, a propuesta de la Dirección General, un modelo colaborativo entre Á punt y medios locales (TDTs y emisoras municipales). En este documento se analizaba la situación de los medios de comunicación local y se establecían como ámbitos de colaboración el intercambio de contenidos de radio y televisión; la producción conjunta y emisión coordinada de informativos con las emisoras de radio de ámbito municipal; la producción conjunta y emisión conjunta de acontecimientos y, por último, la producción conjunta de obras audiovisuales y contenidos específicos para web.

Posteriormente, la Ley 10/2018, de 18 de mayo, de la Generalitat Valenciana, de creación del Consell del Audiovisual de la Comunitat Valenciana, en el apartado 2. a) del art. 5, dentro de las funciones del Consell del Audiovisual, dispone que le corresponde:

"Velar por que se desarrollen sinergias de colaboración entre la Corporación Valenciana de Medios de Comunicación (CVMC) y la red de prestadores públicos locales y comarcales, para la mejor consecución de las funciones de servicio público encomendadas, mediante convenios de colaboración público privados que permitan dinamizar con inversiones públicas el sector audiovisual valenciano local en su conjunto y favorecer el intercambio de contenidos y la producción conjunta de informativos y obras audiovisuales, con el objetivo de ofrecer más contenidos, servicios y calidad a los usuarios con el consiguiente ahorro en costes de producción de contenidos."

Aplicación de los mandatos normativos a la actuación de Á punt

El conjunto de textos normativos desprende una política pública que expresa la relevancia de dotar de estabilidad al mapa de televisiones digitales de proximidad. La experiencia del anterior proceso de adjudicación de licencias TDT's llevó a que buena parte de las adjudicatarias no llegaran a emitir. El objetivo inicial de construir una estructura que diese información de proximidad no se llegó a conseguir.

Las TDTs locales son medios de comunicación que contribuyen a la vertebración del territorio de la Comunitat Valenciana, aproximándose a las realidades comarcales y locales.

La colaboración entre los medios públicos autonómicos y las licenciatarias de ámbito local o comarcal permitirían proyectar al conjunto de la Comunitat Valenciana información que de otra forma difícilmente sería divulgada fuera del ámbito territorial local. La evolución del audiovisual, tanto en la Comunitat Valenciana como en el resto de España y a nivel global, ha llevado a un cambio de paradigma, consecuencia de la aparición de nuevos actores y el cambio de los hábitos de consumo de la ciudadanía, especialmente de las personas más jóvenes. En el modelo de audiovisual que se está desarrollando son necesarias importantes inversiones, tanto en los contenidos como en equipamiento tecnológico. La colaboración entre las diferentes entidades puede ser la única opción de viabilidad de la red de prestadores locales y comarcales de las TDT's e incluso el de los prestadores públicos de este servicio en el conjunto de las Comunidades Autónomas. En procesos anteriores de adjudicación de licencias de TDT, la ausencia de mecanismos para construir proyectos estables dio

lugar a que las emisoras locales y comarcales tuvieran una vida efímera, teniendo como consecuencia la destrucción de puestos de trabajo e imposibilitando la creación de una estructura básica de comunicación audiovisual en el conjunto de la Comunitat Valenciana.

En las normas reseñadas la búsqueda de una estabilidad en la red de prestadoras audiovisuales locales y comarcales se ha proyectado en el impulso de la colaboración entre ellas y también con la CVMC, estableciendo como instrumento la realización convenios.

Los convenios como instrumentos de colaboración

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 48 y siguientes regula los convenios, definiéndolos como "los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre si o con sujetos de derecho privado para un fin común"

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, dispone en su art. 6 la exclusión del ámbito de aplicación de esta ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en dicha Ley o en normas administrativas especiales.

En estas circunstancias la celebración de convenios previstos en la Ley de Creación del Consell del Audiovisual de la Comunitat Valenciana permite el intercambio de prestaciones sin contraprestación económica. Este es el modelo que se ha seguido en otras Comunidades Autónomas, pudiendo citarse como ejemplo el caso de Cataluña en el que mediante el convenio marco de colaboración entre la Xarxa Audiovisual Local, SL y la Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals se establecen unas condiciones de colaboración para el intercambio de contenidos audiovisuales sobre información general y deportiva de actualidad sin contraprestación económica. Así se establece en el clausulado que son objeto de intercambio los contenidos de actualidad informativa y deportiva con una antigüedad no superior a 48 horas (informativos) y 72 horas (deportivos), desde su producción. Transcurrido ese periodo de tiempo quedan fuera del objeto del convenio y su intercambio se rige por las vías comerciales de compra y venta de las respectivas entidades. Se pueden excluir contenidos de la cesión cuando se quieran reservar la exclusividad.

El desarrollo de este modelo requiere la existencia de un sistema que permita el intercambio de noticias entre las entidades participantes. En estos momentos no existe una entidad que agrupe a todas las concesionarias televisiones digitales locales o comarcales, haciendo inviable esta solución.

A ello se añade la necesidad de una infraestructura tecnológica que integre a las licenciatarias de ámbito local o comarcal de forma que se pueda realizar el intercambio de las noticias de la que estas carecen.

La alternativa a la ausencia de una entidad que agrupe a las TDTs sería la celebración de convenios individuales con cada una de las entidades titulares de una licencia para el intercambio de contenidos en los que no mediara contraprestación económica o convenios o acuerdos destinados a la realización



de contenidos específicos en los ambas partes tienen un interés común.

¿Cómo contratar servicios informativos cumpliendo la política pública marcada por la Ley 6/2016 y textos de desarrollo?

En el caso de que no sea posible subvenir todas las necesidades de información local a través de convenios singulares o generales con las TDTs locales debería recurrirse a la contratación de los servicios de entidades con presencia en el correspondiente ámbito territorial. Ésta será la forma en que se podrán atender las necesidades de información que se producen en ámbitos locales o comarcales a los que a punt media no llegue con la rapidez que requiere la información o pueda permitir rentabilizar mejor los recursos existentes, sin contradecir los principios de la ley de creación.

La contratación pública es un instrumento para la realización de políticas públicas cuyos principios vienen enmarcados en el art. 1 de la Ley 9/2017. La satisfacción de las necesidades requiere una adecuada definición que en este caso incluirá la definición de los sujetos a participar.

En el supuesto de no establecer ningún tipo de requisito a las mercantiles con las que se contrate los servicios que permitan a la cadena tener los recursos informativos que no puede generar directamente nos encontraremos con que los competidores serán empresas con amplios recursos, pero carentes de presencia real en ámbitos territoriales comarcales.

De materializarse esta opción, se entraría en contradicción con lo que dispone las normas señaladas. La cuestión que se plantea es cómo conciliar las directrices que establecen las normas que regulan el audiovisual valenciano con las limitaciones que se derivan de la legislación en materia de contratos.

Un ejemplo de cómo la contratación pública sirve para el desarrollo de políticas públicas es la obligación que establece la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, al objeto de abrir la contratación a las pequeñas y medianas empresas. Esta sería la primera opción para favorecer la participación de las TDT de ámbito local o comarcal pudieran participar en estos procesos, siempre que ello vaya acompañado de una limitación en la posible subcontratación y en el número de lotes que sea posible adjudicar a una misma mercantil

Un segundo elemento para garantizar que la noticia sea cubierta por entidades próximas territorialmente a donde se produce el hecho informativo sería establecer un tiempo respuesta y que la licitadora tenga un establecimiento en el ámbito territorial del que se van a recabar las informaciones.

A la vista de las dudas sobre la forma más adecuada para conciliar las políticas públicas materia audiovisual con la legislación de contratos y la regulación de los convenios parece oportuno plantear a la Junta Superior de Contratación Administrativa si considera limitativas de la concurrencia la posibilidad de:

- Establecer como requisito del concurso para el suministro de determinados recursos para los servicios información que las participantes fueran licenciatarias locales de TDTs
- Alternativamente, establecer, para garantizar que la noticia sea cubierta entidades próximas territorialmente a donde se produce el hecho informativo, establecer tiempo de respuesta y que la licitadora tenga un establecimiento en el ámbito territorial que se van a recabar las informaciones

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Cuestión previa implícita: consideración de la Corporación como Administración Pública o como poder adjudicador distinto de Administración Pública tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017

De acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 6/2016, de 15 de julio, de la Generalitat, la Corporación Valenciana de Medios de Comunicación (en lo sucesivo, la Corporación) es uno de los organismos públicos del sector público instrumental de la Generalitat a los que se refiere el apartado de la letra a) del artículo 2.3 de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones. Entre los distintos tipos de organismos públicos enumerados en dicho apartado, el artículo 2.4 de la Ley 22/2017, de 29 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2018, considera la Corporación como una entidad pública empresarial. Por otra parte, el artículo 41 de la citada Ley 6/2016 de la Generalitat establece que su actividad contractual y la de las sociedades en las que participe mayoritariamente en su capital social se regirá por la legislación básica de contratación del sector público.

Sobre la base de unos principios comunes, la legislación básica española en materia de contratos del sector público, tanto en las normas anteriores como en la actual, ha establecido un régimen jurídico diferente en función de que un poder adjudicador tenga o no la consideración de Administración Pública a efectos de dicha legislación. Por tanto, una cuestión previa a analizar antes de entrar a resolver la planteada en la consulta es cuál es el régimen jurídico aplicable a la Corporación tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante la LCSP o la Ley 9/2017).

Antes de la Ley 9/2017, el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en su artículo 3.2 establecía qué entidades y organismos tenían la consideración de Administraciones Públicas a los efectos de dicha Ley y en su apartado e) incluía las entidades de derecho público distintas de los organismos autónomos en los términos siguientes:

2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

(...)

e) las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1.ª Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2.ª que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y



Entidades locales.

El precepto anterior del TRLCSP, vigente cuando se aprobó la Ley 6/2016 y aplicable hasta la entrada en vigor de la Ley 9/2017, ha sido objeto de un cambio en esta última ley especialmente relevante en el caso de las entidades públicas empresariales, al suprimirse el anterior párrafo que las excluía directa y expresamente de su consideración como Administraciones Públicas. El artículo 3 de la Ley 9/2017, en sus apartados 2 y 3, establece ahora lo siguiente:

2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas las siguientes entidades:

(...)

b) Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Las fundaciones públicas.

c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

Al hilo de este precepto deben analizarse cuáles son las características que reúne la Corporación para determinar si, de acuerdo con la norma básica del precepto anterior, ha de tener o no la consideración de administración Pública a efectos de la Ley 9/2017.

La Ley 6/2016, de 15 de julio, de la Generalitat, del Servicio Público de Radiodifusión y Televisión de ámbito autonómico, de titularidad de la Generalitat, crea y configura la Corporación como un instrumento para la prestación de ese servicio público (artículo 4) y establece los principios a que deberán ajustarse ésta y sus sociedades prestadoras de los servicios de radio y televisión para la gestión y realización de los *intereses generales* que tienen encomendados (artículo 5). Asimismo y previamente, el artículo 2 de esta Ley define el servicio público audiovisual de titularidad de la Generalitat como un *servicio esencial de interés económico general, necesario para la vertebración y cohesión territorial de la Comunitat Valenciana, así como para el mantenimiento de nuestra identidad como pueblo, nuestra cultura y nuestra lengua, que tiene por objeto satisfacer las necesidades de*

información, cultura, educación y entretenimiento de los ciudadanos y la sociedad de la Comunitat.

Por lo que se refiere a la vinculación con la Generalitat, la Ley 6/2016 prevé el establecimiento de un mandato marco aprobado por *Les Corts* y un contrato-programa suscrito por el Consell y la Corporación de tres años de duración. Asimismo, la Ley establece que sus órganos de gobierno y administración son elegidos por *Les Corts*. En cuanto a la financiación, el artículo 38 de la Ley prevé la consignación en los presupuestos de la Generalitat de los importes necesarios para garantizar la prestación del servicio público encomendado y el artículo 39 otorga a la Corporación capacidad para explotar comercialmente su programación y sus contenidos y la obtención de ingresos adicionales por publicidad limitada u otras fuentes. El presupuesto de la Corporación para 2018, incorporado a los presupuestos de la Generalitat correspondientes a este ejercicio, se financia íntegramente con fondos procedentes de la Generalitat.

En cuanto a la posible consideración de la Corporación como “productor de mercado”, el sistema europeo de cuentas, establecido por el Reglamento (UE) n.º 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC), establece en el epígrafe 1.37 de su Capítulo 1 los siguientes criterios para las entidades del sector público:

1.37 La distinción entre de mercado y no de mercado, y, por tanto, en el caso de las entidades del sector público, su clasificación en el sector de las administraciones públicas o en el sector de las sociedades, se lleva a cabo sobre la base de la norma indicada a continuación.

Una actividad se considerará como actividad de mercado si los correspondientes bienes y servicios se negocian en las siguientes condiciones:

1) los vendedores tratan de aumentar al máximo sus beneficios a largo plazo y para ello venden sus bienes y servicios libremente en el mercado a cualquiera que pague el precio que piden;

2) los compradores tratan de aumentar al máximo su utilidad habida cuenta de sus recursos limitados, y para ello compran los productos que responden mejor a sus necesidades al precio propuesto;

3) existen mercados eficaces a los cuales los compradores y los vendedores tienen acceso y sobre los cuales tienen información; un mercado eficaz puede funcionar aun cuando no se cumplan íntegramente estas condiciones.

Asimismo, en lo relativo a la consideración de la producción y de las operaciones efectuadas por las entidades, el capítulo 3 del SEC establece las siguientes reglas:

3.18 En la producción de mercado se incluyen:

a) los productos vendidos a precios económicamente significativos;

(...)

(...) En lo que respecta a la producción de otras unidades institucionales, la capacidad de realizar una actividad de mercado a precios económicamente significativos se determinará aplicando un criterio cuantitativo (el criterio del 50 %), basado en la relación entre las ventas y los costes de producción. Para ser un productor de mercado, la unidad debe cubrir como mínimo el 50 % de sus costes por



medio de sus ventas de forma continuada a lo largo de varios años.

(...)

3.23 Definición: La producción no de mercado es la producción suministrada a otras unidades de forma gratuita o a precios económicamente no significativos.

(...)

La producción no de mercado existe por las siguientes razones:

a) puede ocurrir que sea técnicamente imposible efectuar pagos individuales por servicios colectivos porque es imposible efectuar un seguimiento y un control de dichos servicios. La producción de servicios colectivos la organizan unidades de las administraciones públicas y se financia con fondos distintos de ingresos por ventas, en particular los impuestos y otros ingresos de las administraciones públicas;

b) las unidades de las administraciones públicas y las ISFLSH¹ también pueden producir y suministrar gratuitamente a hogares individuales bienes o servicios por los cuales podrían cobrar, pero optan por no hacerlo por razones de política económica o social. A título de ejemplo, pueden citarse los servicios sanitarios o de educación prestados gratuitamente o a precios económicamente no significativos.

En el caso de la Corporación y del servicio público que constituye su actividad principal resulta evidente que su actividad no puede tener la consideración de actividad de mercado de acuerdo con los criterios del SEC, ni tampoco la Corporación reúne las características que según lo expuesto corresponden a un productor de mercado, dado que ni el servicio esencial que presta está sometido a precios ni sus ventas de otros servicios o bienes alcanza el porcentaje indicado, sin perjuicio de que en el futuro pueda obtener accesoriamente ingresos relevantes por la venta de espacios publicitarios o la comercialización de su producción. Como prestadora del servicio público audiovisual de titularidad de la Generalitat, prestado gratuitamente al conjunto de la población y de la sociedad, la Corporación encaja en el concepto del SEC de un *productor no de mercado*.

En resumen, puede decirse que la Corporación, en relación con lo dispuesto con carácter de norma básica en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, reúne las características siguientes:

a) Es un entidad de derecho público creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, mediante la prestación a la población y a la sociedad de la *Comunitat Valenciana* del servicio público de radiodifusión y televisión de la *Generalitat*.

b) En su actividad principal se encuentra vinculada a la Administración de la Generalitat mediante un contrato programa y los órganos de gobierno y administración son designados por *Les Corts*. Se financia con cargo a los presupuestos de la Generalitat.

c) No se financia mayoritariamente con ingresos de mercado. El servicio público de radiodifusión y televisión que constituye su actividad principal no está sometido a precios públicos ni a contraprestación alguna por los usuarios o consumidores. No puede tener, en consecuencia, la

¹ Instituciones sin fines de lucro al servicio de los hogares

consideración de productor de mercado de conformidad con el SEC.

En consecuencia, sobre la cuestión previa planteada en el presente informe, necesaria para responder adecuadamente a la consulta planteada, ha de concluirse que, desde la entrada en vigor de la Ley 9/2017 y a los sólo efectos de la misma, la Corporación ha de tener la consideración de Administración Pública y le son aplicables las normas correspondientes a éstas cuando se trate de contratos comprendidos en su ámbito de aplicación.

2. Posibilidad de requerir licencias de TDT o establecimiento en un ámbito territorial para contratar servicios o suministros de información.

Resuelta la cuestión anterior procede abordar ahora las cuestiones planteadas directamente en la consulta teniendo en cuenta que, cuando los contratos de servicios a los que esta se refiere se encuentren comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, serán de aplicación, entre las normas que regulan los contratos administrativos, las contenidas en el Libro Primero de la Ley y, en particular entre estas, las relativas a las condiciones y requisitos de aptitud para contratar que deberán reunir los licitadores o candidatos a la adjudicación de tales contratos.

De acuerdo con lo expuesto en la consulta los contratos tendrían por objeto la prestación de servicios de producción o suministro de información, de ámbito local y principalmente de actualidad, que en muchas ocasiones habría de ponerse a disposición de la Corporación con mucha rapidez. Por ello, es evidente la ventaja que para la prestación de tales servicios supone la residencia de los medios de producción del contratista en lugar cercano a aquel en el que la información de interés para la Corporación puede originarse. Sin embargo, de la consulta se desprende también que dicha rapidez en la obtención y entrega de la información es una necesidad que se dará durante la ejecución del contrato y, por tanto, puede ser satisfecha a posteriori de la adjudicación por cualquier empresa que reúna los requisitos de capacidad y solvencia para ello y esté dispuesta a establecerse u operar en la zona que deba cubrir informativamente en caso de resultar adjudicataria del contrato.

Respecto de la posibilidad de requerir que los participantes en la licitación de los servicios de información local dispongan de una licencia de operadores de televisión digital terrestre (TDT), ha de advertirse que tal requisito supondría exigir a los licitadores una habilitación empresarial para una actividad diferente de la que tiene por objeto el contrato, lo que supondría un trato discriminatorio a los candidatos que no tuvieran dicha licencia y, sin embargo, fueran solventes y aptos para efectuar las prestaciones, lo que en todo caso vulneraría, entre otras normas, los principios de la contratación pública recogidos en el artículo 1 de la Ley 9/2017 y, en el caso de los contratos de carácter administrativo, lo establecido en el artículo 65.2 de la Ley 9/2017:

Artículo 65. Condiciones de aptitud

(...)

2. Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.

En general, ha de insistirse en que en los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la LCSP y celebrados por quienes tienen la consideración de Administraciones Públicas, son de aplicación obligatoria las normas contenidas en el Libro Primero de dicha Ley, entre las que se incluyen las relativas a los requisitos de capacidad, solvencia y otras condiciones de aptitud que pueden exigirse en las licitaciones, no siendo admisible exigir ningunos otros que no se ajusten a



dichas normas.

En cuanto a la posibilidad de requerir que los licitadores a un contrato de los referidos en la consulta tengan un establecimiento en el correspondiente ámbito territorial del que se van a recabar las informaciones, conviene recordar que en supuestos análogos al presente la cuestión ha sido tratada en diferentes ocasiones por los órganos consultivos y por la jurisprudencia e interpretada en lo esencial de forma coincidente.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009, ante una consulta de un Ayuntamiento que valoraba positivamente como criterio de adjudicación que las empresas licitadoras tuvieran su “domicilio social o delegación permanente” en su comunidad autónoma (uniprovincial) concluyó dictaminando lo siguiente:

1. El origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público.

2. Igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración [de las proposiciones] circunstancias que se refieran a alguna de las características de la empresa señaladas en la conclusión anterior.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) se ha pronunciado en sentido análogo en diversas ocasiones y, en su Resolución 101/2013, recaída sobre sendos recursos presentados contra una licitación de un contrato de servicios para el INE en la que se exigía como requisito para participar que los licitadores demostraran tener una “delegación de zona” en cada una de las provincias en la que se había de ejecutar el contrato, señalaba que no cabía plantear dicha exigencia como requisito de solvencia y, en cambio, sí que sería posible exigirlo como compromiso de adscripción de medios o como condición de ejecución si ello se ajusta a principios de proporcionalidad en relación con el objeto del contrato.

Respecto a la necesidad de que el arraigo territorial como condición de ejecución sea necesario para la buena ejecución de las prestaciones objeto del contrato, en la Resolución del TACRC 139/2011, recaída ante un recurso presentado contra la licitación de servicio de vigilancia y control de accesos, vigilancia y seguridad en diversos edificios dependientes de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales, en la que se exigía que la *adjudicataria* dispusiera de una central de alarma y de un centro de control en las provincias donde se ubican los museos, señaló lo siguiente:

(...) debe ante todo ponerse de manifiesto la total contradicción con los principios de la Directiva 2004/18/CE y con la Ley de Contratos del Sector Público de cualquier obligación impuesta en los pliegos que implique la posibilidad de que la concurrencia a una licitación quede limitada exclusivamente a empresas que cumplan determinados requisitos de arraigo territorial. Evidentemente, la exigencia de un establecimiento, llámese centro de control o de cualquier otra forma, situado en un determinado territorio puede resultar contrario a dichos principios. Sin embargo, la cuestión no puede ser analizada en términos tajantes, sino que para llegar a la conclusión de que éste es el caso en el supuesto que se contempla es preciso determinar si de la forma en que viene exigido por los pliegos de la licitación puede considerarse como una exigencia contraria a los principios indicados o como una necesidad derivada de la propia naturaleza del contrato. De ser esta última circunstancia la que realmente concurre en este caso no podría negarse la legalidad de la exigencia del requisito examinado y su relación directa con el objeto de contrato.

(...) debe resolverse la cuestión de si es admisible legalmente la exigencia de poseer un centro de control que cuente con emisora propia y atención presencial y permanente. Al respecto, el órgano de

contratación se limita a indicar en su informe, tal como ya mencionamos, que se considera imprescindible para “garantizar que la empresa adjudicataria responda técnicamente y con el mayor grado de desarrollo a las exigencias ordinarias de la prestación y a las contingencias extraordinarias”

(...)

Así las cosas, puesto que exigir la disponibilidad de un centro de control que cuente con emisora propia y atención presencial y permanente en la provincia en que se encuentre ubicado el museo como condición de ejecución del contrato constituye una indudable restricción a la libre concurrencia que no viene avalada por disposición legal alguna ni puede considerarse, ante la escasez de las argumentaciones aducidas por el órgano de contratación, como una prestación integrada en el objeto del contrato, por lo que no debe incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas.

Sobre la posibilidad de utilizar el arraigo o establecimiento territorial, no ya como requisito previo de aptitud o solvencia, sino como criterio de valoración de las ofertas, el TACRC, en su Resolución 119/2016, de 12 de enero de 2016, reseña la jurisprudencia más relevante sobre el tema y expone lo siguiente:

Tampoco el criterio relativo a los “medios a disposición” del Excmo. Ayuntamiento (talleres y vehículos) puede superar el examen de legalidad que llevamos a cabo. En efecto, un examen del mismo revela que lo que se valora es que los talleres y vehículos que se pongan a disposición del Municipio en caso de necesidad radiquen en un radio no superior a 30 Km. de la localidad. Si se poseen aquéllos, se obtienen 14 puntos (sin especificar, por cierto, cuál será la forma de distribuirlos) y ninguno en el caso contrario. No se trata, pues, de un compromiso de adscripción de medios amparado en el artículo 64.2 TRLCSP (cuya validez hemos admitido, aun con condiciones, entre otras, en Resoluciones 420/2013, 438/2014, 553/2014, 1103/2015) que el órgano de contratación haya juzgado imprescindible para la ejecución de la prestación del contrato, sino de un criterio de selección basado en el puro arraigo territorial. Sobre él, la Jurisprudencia nacional (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de enero de 2001 –Roj STS 82/2001- y 24 de noviembre de 2011 –Roj STS 7955/2011-) y comunitaria (Sentencias del TJCE, Sala Tercera, de 27 de octubre de 2005 –asuntos C-158/03 y 234/2003-), amén de la doctrina de este Tribunal (Resoluciones 21/2013, 380/2013, 42/2014, 69/2015, 73/2015, 291/2015, 523/2015, 822/2015, entre otras), ya se ha pronunciado en el sentido de considerarlo contrario a los principios rectores de la contratación pública (señeramente, los de igualdad y libre concurrencia: artículos 1 y 139 TRLCSP). A ello cabría añadir, en fin, la vulneración del principio de no discriminación, libertad de establecimiento y libertad de circulación consagrados en los artículos 1, 3, 18 y concordantes de la Ley 20/2013. Sólo cabría admitirlo en el supuesto de que se evidenciara que la presencia en un ámbito geográfico determinado estuviera directamente vinculada con el objeto del contrato y su concurrencia implicara un beneficio significativo en la ejecución de la prestación, que, por lo demás, es lo que debe buscar el órgano de contratación a la hora de establecer los criterios por los que se valorarán las ofertas a fin de identificar la más ventajosa económicamente (...)

Finalmente, por la relación de las cuestiones analizadas con la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, además de las normas básicas en materia de contratación, es obligado recordar también lo dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, especialmente lo relativo a los principios de no discriminación establecidos en su artículo 3 en los términos siguientes:

Artículo 3. Principio de no discriminación.



1. *Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento.*
2. *Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico.*

CONCLUSIONES

1. En los contratos celebrados por la Corporación Valenciana de Medios de Comunicación, que se encuentren comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, no pueden exigirse otros requisitos o condiciones de aptitud de los licitadores distintos de los establecidos en el Capítulo II del Título II del Libro Segundo de dicha Ley.
2. En particular, en los contratos de servicios regulados en la Ley 9/2017, no es posible exigir que los licitadores sean titulares de licencias de televisión digital terrestre si tales títulos habilitantes, de conformidad con la normativa que los regula, no son exigibles legal o reglamentariamente para la realización de la actividad objeto del contrato.
3. El arraigo, establecimiento o sede en una localidad o ámbito en el que se han de prestar los servicios objeto de un contrato del sector público, no son exigibles *a priori* para participar en la licitación de dicho contrato. No obstante, puede constituir un condición de ejecución del contrato y exigirse el correspondiente compromiso de adscripción de medios, siempre que de acuerdo con el principio de proporcionalidad se considere necesario o imprescindible para la buena ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA

Vº Bº LA PRESIDENTA
SUBSECRETARIA DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 22 de octubre de 2018

