

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 20 de octubre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa ECCODIEZ, S.L, contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se decide su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “servicios de gestión publicitaria por lotes “, lote 3, “Producción y emisión de cuñas radiofónicas (FM/OM), producción y emisión de programas patrocinados en emisoras de radio y esporádicamente, otras acciones publicitarias de carácter no convencional del Ayuntamiento de Leganés”, expediente: 0185/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La licitación fue publicada en el perfil de contratante del órgano de contratación, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 17 de marzo de 2022, concediéndose un plazo de presentación de ofertas que finalizó el 25 de abril de 2022. El valor estimado es de 1.444.797,27 euros, IVA excluido.

Segundo.- A lo que aquí interesa el apartado 16 del anexo I del PCAP requiere para la empresa que haya justificado su viabilidad por estar incurso en presunción de baja desproporcionada:

“Con el fin de justificar la viabilidad de la ejecución del contrato, si la oferta clasificada en primer lugar hubiera sido calificada como anormalmente baja y se hubiera justificado y admitido, se requerirá la presentación de los siguientes documentos con carácter obligatorio (en el caso de NO presentarse estos compromisos no se considerará subsanable y se excluirá la oferta):

LOTE 3. Compromiso de reserva de espacios radiofónicos a los precios señalados por el contratista en su oferta en, al menos, dos emisoras de radio (FM) de cobertura local y que ofrecen cotidianamente información de actualidad sobre el municipio de Leganés. Será condición indispensable que, al menos, una (1) de ellas esté sujeta a algún sistema de auditoría o medición de audiencias homologada por el sector de la industria publicitaria medios de comunicación (EGM o equivalente). El licitador autorizará al Ayuntamiento a la comprobación de tales documentos acreditativos por medios propios o a través de terceros”.

Tercero.- La mesa de contratación en sesión de 3 de octubre, acuerda excluir a ECCODIEZ, S.L., primera clasificada incurso en presunción de temeridad, cuya baja se entiende justificada, por no cumplir con los requisitos transcritos en el apartado anterior: *“excluir las siguientes empresas en los lotes nº 1,2 y 3 por los motivos que se indican (...)*

-ECCODÍEZ SL para el lote 3 al apreciarse insuficiente la documentación obligatoria presentadas, los compromisos de reserva de espacios (cuñas) a los precios señalados por la empresa licitadora en su oferta económica, incorporan emisoras de radio cuyo nombre comercial y/o frecuencia en FM no están identificados, o bien, no se ha podido constatar la posesión del título habilitante (licencia presta) otorgados por la Administración para el desarrollo de la actividad de radio comercial, por lo cual, se concluye que no cumplen las condiciones requeridas para el lote 3 y establecidas en el punto 16 del Anexo I del PCAP”.

Cuarto.- En fecha 10 de octubre, se presenta recurso especial en materia de contratación, reclamando la adjudicación a su favor.

Quinto.- El 18 de octubre de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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 LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona jurídica legitimada para ello, al tratarse de un licitador excluido de la licitación inicialmente clasificado en primer lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye de la licitación al recurrente de un contrato de servicios, cuyo valor

estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- El recurrente afirma que cumple con el compromiso de emisoras radiofónicas requerido. Presenta el compromiso con cuatro empresas, una de ellas con dos emisoras.

El informe técnico, asumido por la mesa de contratación resume las exigencias en: *“Condiciones requeridas en las emisoras incluidas en los compromisos:*

Condición A) Dos emisoras FM con cobertura local y programación cotidiana con información de actualidad de Leganés.

Condición B) Una emisora de FM con cobertura local y programación cotidiana con información de actualidad de Leganés sujeta a medición audiencias por organismo homologado (EGM o equivalente)”.

Y sobre el grado de cumplimiento de esos compromisos por las empresas presentadas señala, que dos emisoras si bien cumplen con la condición de ofrecer información cotidiana de actualidad sobre el Municipio de Leganés, no se halla en los registros públicos constancia de su posesión de título habilitante o licencia previa que otorga la Administración para la explotación comercial de emisoras de FM local, otra ni cumple con la exigencia de información local ni está sujeta a medición de audiencias, y una cuarta no emite en su programación cotidiana información de Leganés. Solo presenta una emisora , que cumple con las condiciones A y B, teniendo título habilitante para emitir.

Afirma el recurrente que la exigencia de título habilitante o licencia para emitir no se contempla en los Pliegos, y que *“pueden realizar la actividad de radiodifusión en aquellos canales que quedan sueltos entre las principales frecuencias de canal”.*

Pero centra su solicitud en la admisión de dos emisoras: Radio Decisión FM 102.1 MHz, la cual mediante contrato de arrendamiento de título habilitante está

realizando su actividad, por lo que cumple con el requisito de EMISORA FM con cobertura local y programación cotidiana con información de actualidad de Leganés con habilitación para su ejercicio.

Y EUROPA FM, que sí hace información local de Leganés.

La Mesa no establece el concepto de “*cotidiano*”, y ese criterio no está definido objetivamente.

Informa el órgano de contratación que el término “*cotidiano*” se define en el DRAE, y es equivalente a diario.

En cuanto al compromiso con Europa FM, es una emisora musical, que no ofrece información local, como se muestra con captura de pantalla de su programación.

En cuanto a los compromisos con emisoras ilegales, muestra su sorpresa el órgano de contratación por la presentación de compromisos de publicidad con precios a la baja basados en el uso de emisoras ilegales o “*piratas*”.

Y en relación al título habilitante de Radio Decisión, señala el órgano de contratación que la frecuencia que afirma el recurrente no forma parte del plan nacional de atribución de frecuencias por lo tanto la actividad de radiodifusión comercial realizada en este dial de FM, carece de concesión o licencia previa administrativa. El contrato de arrendamiento no es la licencia de concesión de la frecuencia 102.1.FM. La recurrente, está ofreciendo un compromiso en una frecuencia (102.1 Madrid FM) sobre la que se está emitiendo de forma ilegal o ilegala o pirata, por lo que no es admisible.

A juicio de este Tribunal la necesaria conformidad a la legalidad de la actuación de las emisoras se encuentra implícita en la exigencia de compromiso de reserva de

espacios radiofónicos de emisoras de radio FM, siendo así que la normativa exige título habilitante para el ejercicio de la actividad, y sin el cual la emisora puede ser conminada al cese de sus emisiones (artículo 97.2 Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, entrada en vigor 30 de junio), haciendo inviable la ejecución del contrato. El órgano de contratación ha comprobado en el Registro Público de Concesiones de Radiodifusión, la inexistencia de esas licencias.

Por otra parte, el uso de emisoras ilegales proporciona una ventaja comparativa vía precios incompatible con el principio de igualdad entre los licitadores. Precisamente, ECCODIEZ tiene una baja del 55,60% en este lote, es la única licitadora en baja desproporcionada, y su estudio de costes lo fundamenta en los proporcionados por las tarifas de dos empresas que no emiten legalmente.

De todas formas, el recurrente centra su recurso, y es lo único que solicita expresamente, en la admisión de Radio Decisión y Europa FM.

Sobre Radio Decisión, el propio administrador de la empresa propietaria de la emisora, proporciona un escrito en que afirma no disponer de título habilitante por estar sometido a un proceso de licitación conforme al artículo 89 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, y disponer de un contrato de arrendamiento de una entidad sí habilitada. Este contrato privado, que se aporta, no acredita en ningún sitio que la parte identificada como “*medio*”, persona física descrita como profesional dedicado a la intermediación para la prestación de servicio de radiodifusión, disponga de título habilitante o licencia para emitir. No menciona licencia alguna de la que sea titular y cuya explotación ceda, solo se compromete a proporcionar el centro emisor y su mantenimiento. Refiere a que es una frecuencia que usa, no que sea titular de licencia alguna sobre la misma. Es más, afirma el contrato que en caso de “*cierre de la radio de la frecuencia radioléctrica 102 FM Madrid, por razones y orden del Ministerio de Comunicación y/o Competencia, la indemnización no se aplicará a ninguna de las partes*”.

Habiendo comprobado el servicio técnico que la frecuencia que dice emitir no forma parte del plan nacional de frecuencias, no existiendo autorización y emitiendo ilegalmente en esa frecuencia, procede desestimar este motivo.

En cuanto a Europa FM se aporta simplemente una declaración de su propietaria, Onda Cero, conforme a la cual Europa FM realiza “*desconexiones de ámbito local de lunes a domingo*”, lo que obviamente no acredita que realice información de ámbito local diariamente. Como comprueba el servicio técnico, esta desconexión es para la emisión de publicidad o información musical o relacionada con el mundo del espectáculo.

Procede desestimar también este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa ECCODIEZ, S.L, contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se decide su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “servicios de gestión publicitaria por lotes” , lote 3, “Producción y emisión de cuñas radiofónicas (FM/OM), producción y emisión de programas patrocinados en emisoras de radio y esporádicamente, otras acciones publicitarias de carácter no convencional del Ayuntamiento de Leganés”, expediente: 0185/2021.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de acuerdo con el artículo 59 de la LCSP.