

INFORME 1/2024**CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD****Caso planteado ante esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción sobre procedimiento negociado sin publicidad y posible conflicto de intereses**

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.3 del Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, de fecha 23 de diciembre de 2016 (Boletín Ayuntamiento de Madrid de 13 de enero de 2017), corresponde a la Oficina el ejercicio de funciones de inspección, comprobación y prevención en el ámbito definido en su artículo 1, siendo una de ellas asesorar, informar, formular propuestas y recomendaciones en las materias de su competencia a los distintos órganos municipales. Igualmente, la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, por el citado precepto, tiene atribuidas competencias para conocer de las denuncias formuladas por un presunto conflicto de intereses.

Conforme a dichas competencias se elabora el presente informe.

SEGUNDO. - En el Registro de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción fue presentada una denuncia relativa a expediente de contratación tramitado por procedimiento negociado sin publicidad por parte de sociedad perteneciente al sector público del Ayuntamiento de Madrid, en la que se cuestionaba un posible incumplimiento de las reglas relativas al conflicto de intereses.

TERCERO.-Consideraciones generales sobre normativa y doctrina

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP) distingue, a efectos reguladores, entre Administración pública, poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración pública, y ente del sector público que no es poder adjudicador.

La condición de poder adjudicador implica la aplicación de lo dispuesto en el Libro III relativo a la contratación de los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración pública. Ello sin perjuicio de que algunas cuestiones referidas a poderes adjudicadores no Administración pública quedan reguladas en otras partes del texto legal, como es el caso del artículo 71 LCSP que prevé la aplicación de las prohibiciones de contratar por parte de las entidades que no tengan la condición de Administración Pública. Expresamente queda determinado que la competencia para declarar la prohibición corresponde al titular del departamento, presidente o director del organismo al que esté adscrito o del que dependa la entidad contratante o al que corresponda su tutela o control.

En todo caso, se trate o no de poderes adjudicadores, le serán de aplicación los principios generales contenidos en el artículo 1 de la LCSP, debiendo ajustarse a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, con las excepciones establecidas en las normas de los contratos negociados sin publicidad.

Casa de Cisneros - Plaza de la Villa, 4 - 28005 MADRID
T.: +34 915 887 531 - 914 802 604
oficinacontrafraude@madrid.es

1

Información de Firmantes del Documento

CARLOS GRANADOS PÉREZ - DIRECTOR/A GENERAL
URL de Verificación: https://servint.madrid.es/VECSV_WBCONSULTAINTRA/VerificarCove.do

Fecha Firma: 11/01/2024 11:07:16
CSV : 117P8NS9GBATE07L



La contratación puede ser realizada, de conformidad con el contenido del artículo 318.b), por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de dicha Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168.

Sobre esta excepción, cabe hacer referencia a la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación del Estado a los órganos de contratación, de 28 de febrero de 2018, que en su apartado 2.2 contiene la interpretación de la utilización de los procedimientos de contratación, en el marco del mencionado artículo 318.b), al que se refiere en los siguientes términos: *este precepto establece el régimen procedimental aplicable a los contratos de los poderes adjudicadores que tiene cuantía intermedia entre los sujetos a regulación armonizada y los contratos que hemos asimilado a los menores. Añadiendo que permite emplear el negociado con publicidad y el negociado sin publicidad, aunque únicamente en los casos previstos en el artículo 168. Se concede a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública la posibilidad de optar por cualquiera de los procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones Públicas y ello debe entenderse como una remisión íntegra a la regulación aplicable a cada uno de estos procedimientos. Tal remisión no puede entenderse ajustada a derecho si no alcanza también el cumplimiento de los requisitos de acceso a cada uno de ellos.*

En el expediente de contratación objeto de denuncia, se observa la utilización del procedimiento negociado sin publicidad -artículo 168. a). 2º LCSP-, lo que implica una excepción a la regla general de concurrencia. Dado ese carácter de procedimiento excepcional el órgano de contratación debe responsabilizarse de la elección y de su adecuada justificación, según las exigencias de la norma.

Respecto a la utilización del mencionado precepto, es relevante el pronunciamiento de diversos informes de órganos contractuales. Cabe citar, entre otros, el informe 1/2020 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, en el que se dice lo siguiente:

Entre los supuestos en los que es aplicable el procedimiento negociado sin publicidad en un contrato de servicios, el artículo 168, apartado a), de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), establece el siguiente caso por motivos artísticos, de propiedad intelectual o de exclusividad: 2º Cuando (...) los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial. La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial, solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato. A este respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en Resolución 574/2018: "En resolución de este Tribunal nº 292/2013, ya se señaló que la utilización del procedimiento negociado sin publicidad solo es admisible cuando exista un único empresario o profesional al que pueda encargarse el trabajo, sea por razones técnicas, artísticas o de exclusividad de derechos, sin que sea suficiente que la selección de ese único empresario sea consecuencia de una mera conveniencia del órgano de contratación".

Asimismo, otro ejemplo de pronunciamiento sobre el carácter tasado de la excepcionalidad queda reflejado en la Resolución nº 383/2021 del Tribunal

Casa de Cisneros - Plaza de la Villa, 4 - 28005 MADRID
T.: +34 915 887 531 - 914 802 604
oficinacontrafraude@madrid.es

2

Información de Firmantes del Documento

CARLOS GRANADOS PÉREZ - DIRECTOR/A GENERAL
URL de Verificación: https://servint.madrid.es/VECSV_WBCONSULTAINTRA/VerificarCove.do

Fecha Firma: 11/01/2024 11:07:16
CSV : 117P8NS9GBATE07L



Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 26 de agosto de 2021, en el que se dice: *La actual Directiva 2014/24/UE ha asumido la esencia de esta exención del cumplimiento de los principios genéticos de la contratación pública. Para el Derecho europeo las razones que permiten la exención de las reglas básicas de la contratación pública son tasadas y deben, así mismo, ser justificadas y probadas por el poder adjudicador, limitándose a los siguientes casos: a) Que el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única. b) Que no exista competencia por razones técnicas o artísticas. c) Que deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual. Esta regulación ha sido transpuesta al ordenamiento interno nacional de forma casi idéntica en el art. 168.a) 2 de la LCSP.*

Por su parte el informe nº 2/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña señala, en relación con el procedimiento negociado sin publicidad por razones artísticas, técnicas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, que: *Esta causa tiene su origen en el derecho comunitario en materia de contratación pública, en concreto en el art. 31.1b de la Directiva 2004/18/CE y en el artículo 32.2b) de la Directiva 2014/24 UE que mantienen la previsión y la regla con más concreción. De acuerdo con las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea "este supuesto de utilización de procedimiento negociado debe ser objeto de una interpretación estricta, por una parte, que existan razones técnicas, artísticas o de derechos de exclusividad y por otra que estas razones hagan absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada".*

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado también se ha pronunciado respecto a esta causa habilitante de utilización del procedimiento negociado, entre otros el informe 11/04, de 7 de junio, en el que se indica que el precepto que la prevé (sic 168. a) 2) no se refiere a la mera conveniencia u oportunidad de adjudicar el contrato directamente a un empresario, sino que, tajantemente, dispone que procederá cuando sólo se pueda encomendar a un único licitador.

En parecidos términos se expresa el informe 52/06, de 11 de diciembre, del mismo organismo, el cual señala que el elemento diferenciador decisivo en estos casos será su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva.

Interesante resulta la referencia al carácter público de la financiación de estos contratos, efectuada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, expediente 129/18, en materia de contratos privados de interpretación artística y espectáculos, en el que se expresa: *aunque por su naturaleza privada sus efectos y extinción hayan de regirse por el derecho privado, dicha circunstancia no obsta para que el dato fundamental de los fondos públicos con los que se financian estos contratos lleve a que en su adjudicación deban observarse las normas en que se plasman los principios básicos que rigen la contratación administrativa (publicidad, transparencia, libre concurrencia y no discriminación).*

La Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 5 de marzo de 2020, se remite a la Resolución número 1509/2019, de 26 de diciembre, donde decía: *al órgano de contratación se le encomienda la facultad de decidir discrecionalmente sobre la forma de velar por los intereses públicos, y con ello de configurar libremente cuál va a ser el objeto del contrato a licitar y sus prestaciones.*

La potestad de decisión sobre la elección del procedimiento más adecuado para la satisfacción de sus intereses corresponde al órgano de contratación, con el único límite del cumplimiento de los requisitos legales previstos en la LCSP. Habida cuenta del

Casa de Cisneros - Plaza de la Villa, 4 - 28005 MADRID
T.: +34 915 887 531 - 914 802 604
oficinacontrafraude@madrid.es

3

Información de Firmantes del Documento

CARLOS GRANADOS PÉREZ - DIRECTOR/A GENERAL
URL de Verificación: https://servint.madrid.es/VECSV_WBCONSULTAINTRA/VerificarCove.do

Fecha Firma: 11/01/2024 11:07:16
CSV : 117P8NS9GBATE07L



carácter excepcional que supone la utilización de estos procedimientos sin publicidad, podría valorarse por el órgano competente la elaboración de memorias lo más completas y precisas posibles, que justifiquen indubitadamente la procedencia de la elección.

Cabe recordar que los procedimientos que facilitan la concurrencia de licitadores potencian el principio de igualdad de trato al servicio de los intereses públicos, evitando restricciones a la concurrencia. Todo ello, sin perjuicio de la discrecionalidad en la elección del procedimiento que la norma atribuye al órgano de contratación.

Es de recordar, por último, el contenido del Considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE, en el que se dice: *En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales.*

CUARTO.- En la denuncia, que determinó la incoación de un expediente por esta Oficina Municipal, se afirma que recae sobre el adjudicatario la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1.g) LCSP.

El artículo 71.1.g) se pronuncia en los siguientes términos:

1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

Todo un compendio de normas regula las incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y en concreto de su personal directivo. La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en su artículo 2.1.c) establece su aplicación al *personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los Organismos de ellas dependientes*. Así mismo, la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, se refiere en su artículo 21 a los órganos directivos, expresando lo siguiente: *4. Los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación*. En el mismo sentido, el Reglamento Orgánico del Gobierno y de la Administración del Ayuntamiento de Madrid, de 31 de mayo de 2004, en su artículo 7.7.

Debe tenerse en consideración el contenido del artículo 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, de aplicación a los directivos locales y otro personal al servicio de las Entidades locales, por estipularlo así la disposición adicional decimoquinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Las limitaciones que establece el citado artículo están específicamente referidas al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese, y en concreto queda establecido que los altos cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado.

Casa de Cisneros - Plaza de la Villa, 4 - 28005 MADRID
T.: +34 915 887 531 - 914 802 604
oficinacontrafraude@madrid.es

4

Información de Firmantes del Documento

CARLOS GRANADOS PÉREZ - DIRECTOR/A GENERAL
URL de Verificación: https://servint.madrid.es/VECSV_WBCONSULTAINTRA/VerificarCove.do

Fecha Firma: 11/01/2024 11:07:16
CSV : 117P8NS9GBATE07L



Y en el apartado 5º del artículo 15 de la Ley 3/2015, se dispone lo siguiente: *Durante el período de dos años a que se refiere el apartado 1, los altos cargos no podrán celebrar por sí mismos o a través de entidades participadas por ellos directa o indirectamente en más del diez por ciento, contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con la Administración Pública en la que hubieran prestado servicios, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas, siempre que guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía.*

En términos generales, mediante las limitaciones impuestas por el régimen de incompatibilidades, se pretende velar por los intereses generales, protegiendo la ética y la integridad pública, una de cuyas debilidades son los riesgos de conflictos de interés.

La contratación pública es un ámbito especialmente sensible a los mismos, y a su prevención la LCSP dedica su artículo 64:

Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses.

1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación

Es, por tanto, el órgano de contratación el competente para analizar si existe conflicto de intereses, adoptar las medidas adecuadas para prevenirlo, detectarlo y solucionarlo. Esta debida diligencia recae, por consiguiente, en dicho órgano.

Por último, debemos recordar que la Dirección General de Función Pública es el órgano competente en materia de conflictos de intereses e incompatibilidades del personal directivo, correspondiéndole *gestionar los Registros de Intereses del personal directivo y formular las propuestas de resolución que corresponda adoptar al titular de la Coordinación General de Presupuestos y Recursos Humanos en esta materia y en lo relativo a la autorización para el ejercicio de actividades privadas tras el cese del personal directivo* (Acuerdo de 29 de junio de 2023 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de organización y competencias del Área de Gobierno de Economía, Innovación y Hacienda).

QUINTO.- Conclusiones:

Primera.- Del estudio y valoración de los diferentes aspectos examinados y de la documentación obrante en el expediente cabe efectuar las siguientes observaciones:

-La empresa relacionada con el expediente tramitado es una sociedad mercantil municipal con forma de sociedad anónima, definida, en sus estatutos sociales, como medio propio y servicio técnico de la administración del Ayuntamiento de Madrid. Tiene la condición de poder adjudicador no Administración Pública, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 3.3.d) de la LCSP.

Casa de Cisneros - Plaza de la Villa, 4 - 28005 MADRID
T.: +34 915 887 531 - 914 802 604
oficinacontrafraude@madrid.es

5

Información de Firmantes del Documento

CARLOS GRANADOS PÉREZ - DIRECTOR/A GENERAL
URL de Verificación: https://servint.madrid.es/VECSV_WBCONSULTAINTRA/VerificarCove.do

Fecha Firma: 11/01/2024 11:07:16
CSV : 117P8NS9GBATE07L



Tiene capacidad discrecional para utilizar cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley, incluido el procedimiento negociado sin publicidad, si bien en este último supuesto solo en los casos previstos en el artículo 168.

El expediente de contratación objeto de denuncia se ha tramitado con base en este último precepto.

Habida cuenta del carácter excepcional que supone la utilización de estos procedimientos sin publicidad, podría valorarse por el órgano competente que las memorias justificativas de la utilización de dicho procedimiento fueran lo más completas y precisas posibles, con un elevado grado de detalle y justificación, de manera que quede indubitadamente razonada la procedencia de la elección.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe recordar que los procedimientos que facilitan la concurrencia de licitadores potencian el principio de igualdad de trato al servicio de los intereses públicos, evitando restricciones a la concurrencia.

Segunda.- Resulta de aplicación la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como el artículo 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Las limitaciones que establece este último precepto están específicamente referidas al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese, y en concreto queda establecido que los altos cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado. La empresa pública es una sociedad mercantil conformada por capital municipal en su totalidad, y definida como medio propio del Ayuntamiento de Madrid, por lo que pertenece al sector público y no al privado. Por lo tanto, no tiene la consideración de Administración Pública, pero sí pertenencia al sector público.

Tercera.- Las prohibiciones de contratación dispuestas en el artículo 71 LCSP, deberán ser apreciadas por el órgano de contratación. Dicho órgano ha emitido informe en el que expresamente expone la no existencia de prohibición de contratar en el adjudicatario. No obstante, podría haber sido recomendable una valoración preventiva sobre la existencia o no de posibles conflictos, habida cuenta de las circunstancias que se daban en el adjudicatario, al objeto de sustanciar jurídicamente que se cumplieran todos los requisitos legalmente exigibles para confirmar la ausencia de incompatibilidad, y por tanto de prohibición de contratar.

Cuarta.- Es oportuno señalar la competencia que tiene atribuida la Dirección General de Función Pública en materia de conflictos de intereses e incompatibilidad del personal municipal.

Casa de Cisneros - Plaza de la Villa, 4 - 28005 MADRID
T.: +34 915 887 531 - 914 802 604
oficinacontrafraude@madrid.es

6

Información de Firmantes del Documento



CARLOS GRANADOS PÉREZ - DIRECTOR/A GENERAL
URL de Verificación: https://servint.madrid.es/VECSV_WBCONSULTAINTRA/VerificarCove.do

Fecha Firma: 11/01/2024 11:07:16
CSV : 117P8NS9GBATE07L

