

INFORME 4/2024**DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

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”.

Conforme a dichas competencias se elabora el siguiente informe:

El gasto público se ejecuta en un elevado porcentaje mediante la aplicación de las normas de contratación pública. La prevención del fraude en esta materia es de vital importancia y debe constituir uno de los pilares de actuación de las Administraciones Públicas. Esta prevención ha de iniciarse eliminando potenciales riesgos. Uno de estos riesgos lo constituyen las prácticas que limitan la competencia mediante comportamientos que la restringen o impiden.

SEGUNDO. Consideraciones generales

En el plano internacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha adoptado diversas recomendaciones relativas a la integridad y la competencia en la contratación pública, siendo destacable la que fue aprobada por el Consejo, el 17 de julio de 2012, para combatir la colusión en la que se describen herramientas para detectarla y limitarla, y se recomienda un esfuerzo *para que las licitaciones públicas, en todos los niveles de gobierno, se diseñen para fomentar una competencia más efectiva y también para reducir los riesgos de la colusión en la contratación pública, y a la vez garantizar una mejor relación calidad-precio.*

El Derecho de la Unión Europea se ha preocupado en establecer reglas que garanticen la competencia. Los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) prohíben los acuerdos entre empresas que vayan en contra de la competencia, así como el abuso de la posición de dominio.

Nuestro texto constitucional en su artículo 38 reconoce la libertad de empresa, obligando a los poderes públicos a proteger su ejercicio. Las conductas contrarias a la competencia pueden estar presentes tanto en el sector privado como en el público, pero en este último, al estar gestionado con fondos públicos, es de máxima importancia que se protejan los intereses generales.

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: 26/03/2024 10:47:08
CSV : 1CCTGAI5B2TZNUKP



Los artículos 9 y 103 de nuestra Constitución establecen el sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, y la obligación de las Administraciones Públicas de servir a los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. La obligada sujeción implica también que las Administraciones han de acatar las normas sobre competencia. Respecto a estas, en el ámbito estatal, se debe hacer referencia a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

TERCERO. Ley de Defensa de la Competencia

La LDC, como queda reflejado en el apartado I de su Preámbulo *tiene por objeto la reforma del sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados*. El capítulo primero se refiere a los órganos administrativos competentes para la aplicación de esta Ley, creando en el ámbito estatal una institución única e independiente del Gobierno, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC). El texto legal prohíbe de manera expresa la práctica de conductas colusorias, el abuso de la posición dominante y el falseamiento de la libre competencia con actos desleales.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 30 de marzo de 2023 (recurso 6491/2021), declara que: *la sujeción al derecho de competencia viene determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia.... Siendo indudable la sujeción de las Administraciones Públicas a las normas de competencia (art. 4.2 LDC) .*

CUARTO. Autoridades de defensa de la competencia y otros órganos de control

La vulneración de los principios relativos a la libre competencia perjudica la eficiencia de los recursos públicos, aumentando el riesgo de fraude y la corrupción.

Las conductas de los licitadores llevadas a cabo para manipular el resultado de las licitaciones son conocidas con el término *bid rigging*. Se trata de conductas colusorias que impiden o perjudican la libre competencia en una licitación pública.

La CNC, en su Guía sobre Contratación Pública y Competencia (2011), señalaba como técnicas de colusión más comunes:

-*posturas encubiertas*: se ponen de acuerdo para no ganar la licitación, presentando ofertas que no tienen ninguna posibilidad de salir vencedoras.

-*supresión de propuestas*: una vez decidida la empresa que debe ser ganadora de la licitación, el resto de las empresas se abstienen de presentar ofertas.

-*rotación del ganador*: los miembros del acuerdo se coordinan para ganar por turnos las licitaciones de un órgano de contratación.

En 2013 se unificaron los organismos reguladores y la autoridad de competencia, pasando todos a formar parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). En su Guía contra el Fraude en la Licitación Pública presenta una lista con indicios de posible manipulación en licitaciones públicas o privadas, entre otras, menciona las siguientes: reducido número de licitadores, ofertas

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



incoherentes de un mismo licitador, similitudes sospechosas entre las ofertas, sospechas de boicot, ofertas no competitivas, subcontratación no justificada entre empresas licitadoras, ofertas económicas de idéntica redacción, formato o errores, UTEs entre licitadores sin justificación aparente.

La Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública (2012) contiene una serie de medidas que pueden tomar los organismos encargados de realizar las adquisiciones, para fomentar una competencia más eficaz:

- 1.- contar con información adecuada antes de diseñar el proceso de licitación, obteniendo información sobre los productos disponibles en el mercado y que cumplan los requisitos del comprador, y de los posibles proveedores.
- 2.-diseñar el proceso de licitación para maximizar la participación de potenciales licitadores, estableciendo requisitos de participación que no limiten injustificadamente la competencia, que permita la participación de empresas de otros países o regiones, o motivar la participación de compañías pequeñas
- 3.-definir los requisitos para acceder a la licitación con claridad, evitando medidas predecibles. Los términos de referencia han de ser claros y generales, sin ser discriminatorios. Sin embargo, claridad no debe confundirse con facilidad de predicción, ya que la programación de adquisiciones predecibles puede facilitar la colusión
- 4.-diseñar el proceso de licitación para reducir eficazmente la comunicación entre ofertantes. Los requisitos de transparencia son indispensables para contribuir a la lucha contra la corrupción. Estos requisitos habrán de cumplirse de manera equilibrada para no facilitar la colusión al difundir información más allá de los requisitos legales.
- 5.-elegir con cuidado los criterios para evaluar y adjudicar, ya que estos criterios afectan a la eficacia de la competencia, y son importantes no solo para el proyecto o adquisición sino también para mantener un grupo de licitadores con credibilidad e interés continuo en presentar ofertas para futuras licitaciones.

Por su parte, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIREscon) tiene atribuida la función de velar por la correcta aplicación de la legislación contractual y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades. El módulo III de su último informe anual de supervisión de la contratación pública (2023), relativo a las prácticas colusorias concluye que:

- *Todos los indicadores de las actuaciones realizadas por las entidades de defensa de la competencia analizados han descendido respecto al año anterior, excepto el nº de expedientes sancionadores y el número de cursos de formación que se mantienen o aumentan respectivamente.*
- *Teniendo en cuenta estos resultados y la evolución de los últimos años, se confirma el cambio de tendencia a la hora de abordar las prácticas colusorias en materia de contratación, pasando de un comportamiento más correctivo o sancionador a una actuación más activa y preventiva por parte de la Administración y órganos de control.*

Se consolida, por tanto, la cultura de la prevención en materia de competencia en contratación pública

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: 26/03/2024 10:47:08
CSV : 1CCTGAI5B2TZNUKP



- *resulta conveniente prestar especial atención en el proceso de licitación para detectar si se producen acuerdos de empresas para el reparto de licitaciones o acuerdos en la presentación de ofertas.*

Recomienda el informe dotar a las Administraciones Públicas de elementos y conocimientos suficientes para la detección de posibles prácticas colusorias de los licitadores, por lo que las acciones formativas y divulgativas adquieren en esta materia especial relevancia.

QUINTO. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

Los procedimientos contractuales públicos han de respetar la libertad de empresa, a la vez garantizar la igualdad de trato en las licitaciones, favoreciendo el acceso a las mismas, por lo que ambos Derechos, el de la competencia y el de la contratación pública quedan anudados.

El importante volumen de gasto público que se ejecuta mediante la contratación pública obliga a poner especial atención en la normativa que rige su tramitación.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), viene a transponer la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, Directiva que se preocupa de la prevención y corrección de las practicas colusorias o corruptas.

En el apartado III del Preámbulo de la LCSP se contempla, entre otros objetivos, la defensa de la competencia, persiguiendo la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad. Complementándose esta referencia con el contenido del apartado V de dicho Preámbulo en el que se señala: *no pueden dejar de mencionarse las medidas incorporadas en la Ley en materia de defensa de la competencia, pretendiendo que se produzca un avance significativo en este ámbito, con medidas que persiguen su realización efectiva. Así, por ejemplo, se contempla la obligación de poner a disposición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia una mayor información en materia de contratación pública.*

Esta visión contenida en el Preámbulo tiene su reflejo en el apartado primero del artículo 1º de la Ley, en el que se dispone: *La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.*

Los órganos de contratación están posicionados en la primera línea de detección de posibles manipulaciones en las licitaciones públicas. El artículo 64 de la LCSP hace recaer en ellos la obligación de *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.*

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



Si el órgano de contratación apreciara la existencia de indicios fundados de conductas colusorias en los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA) los trasladará a la CNMC o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 150.1 LCSP. Dicho traslado tendrá efectos suspensivos, debiendo el órgano de contratación mantener en todo momento la confidencialidad de dichas actuaciones. Este procedimiento se aplicará para contratos SARA, así como ante posibles indicios de colusión entre empresas agrupadas en una unión temporal, por la remisión al mismo del artículo 69.3 LCSP.

En otras licitaciones será de aplicación el artículo 132 LCSP que impone a los órganos de contratación el deber de velar, en todo el procedimiento de adjudicación, por la salvaguarda de la libre competencia, y tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos competentes para resolver el recurso especial de contratación, deben notificar a la CNMC, o autoridad autonómica competente en la materia, *cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.*

Sin perjuicio de lo expuesto, los órganos de contratación también pueden actuar para favorecer la competencia en la licitación mediante la elección del procedimiento (abiertos, restringidos, negociados) o el tipo de tramitación (ordinaria, de urgencia o de emergencia).

Sin duda el procedimiento abierto es el que más favorece la competencia. Frente a ello, el procedimiento negociado sin publicación previa tiene un carácter extraordinario y ha de limitarse su utilización a lo establecido en la LCSP. Este criterio restrictivo ya venía marcado por la Directiva 2014/104/UE, que en su Considerando 50 dispone: *En razón a sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo, porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato.*

Igualmente, los órganos de contratación pueden activar la competencia en los pliegos de condiciones de los contratos, con el fin de garantizar las mejores condiciones de competencia, señalando criterios de adjudicación precisos, objetivos y transparentes. Como queda expresado en los Considerandos 90 y 92 de la precitada Directiva, la adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva. También es de señalar que los criterios de adjudicación elegidos no confieran al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada, ya que ello perjudicaría la necesidad de una competencia real y equitativa. Asimismo, deben ir acompañados de modalidades que permitan verificar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores.

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: 26/03/2024 10:47:08
CSV : 1CCTGAI5B2TZNUKP



Incluso usando todas las herramientas posibles, y adoptando las medidas legalmente previstas, las Administraciones Públicas pueden observar la existencia de prácticas que atentan contra la competencia, y en esos casos pueden adoptarse medidas que repriman las conductas colusorias como sería la inadmisión de las ofertas, e incluso la de prohibición de contratar.

En cuanto a la inadmisión de ofertas, es una decisión que se atribuye al órgano de contratación cuando aprecie indicios de prácticas colusorias, si bien restringida al proceso contractual en el que se aprecie. En este sentido, es de mencionar la resolución 915/2023 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la que se dice: *las competencias del órgano de contratación se focalizan en la licitación y solo tiene sentido promover el procedimiento del artículo 150.1 de la LCSP, cuando se aprecian indicios de prácticas colusorias en licitadores admitidos y no en los excluidos.*

El artículo 71.1.b) LCSP contempla de manera expresa la prohibición de contratar para aquellas personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia. Incluye tanto personas físicas como jurídicas, y la duración máxima será la prevista en el artículo 72.6: *En los casos en que por sentencia penal firme así se prevea, la duración de la prohibición de contratar será la prevista en la misma. En los casos en los que esta no haya establecido plazo, esa duración no podrá exceder de cinco años desde la fecha de la condena por sentencia firme. En el resto de los supuestos, el plazo de duración no podrá exceder de tres años, para cuyo cómputo se estará a lo establecido en el apartado tercero del artículo 73.*

Existen unos supuestos en los que no procede la declaración de prohibición de contratar que vienen previstos en el apartado 5 del artículo 72 de la LCSP.

Respecto a la prohibición de contratar, es de interés mencionar la Comunicación 1/2023, de 13 de junio, de la CNMC sobre los criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia por la CNMC.

SEXTO. Alcance de los pactos colusorios en el Derecho Penal. Artículo 262 del Código Penal.

En primer lugar, hay que señalar que los funcionarios públicos que detecten conductas colusorias, que pudieran ser constitutivas de delito, están obligados a denunciarlas.

Así, el artículo 408 CP dispone que la autoridad o funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis meses a dos años.

En el Código Penal anterior al Código de 1985, el referente al actual artículo 262 era el art. 539, en el que no existía mención alguna al concurso.

Por consiguiente, el Código Penal de 1985 ha ampliado el bien jurídico protegido al mencionarse, en la rúbrica del capítulo, a los concursos, y recogerse el término concurso en el apartado primero del art. 262.

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



En este apartado primero se describen cuatro conductas. En la primera se castiga a los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública, y al hacerse expresa mención a los concursos se deben considerar conductas típicas todos aquellos pactos o actuaciones que persiguen restringir o eliminar la libre competencia en la contratación pública.

En la segunda conducta se castiga a los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio. En este caso se puede interpretar que solo se está refiriendo a las subastas, aunque hay profesores de derecho penal que entienden que, en el concepto de postores, se pueden incluir los licitadores. Y otro dato a considerar es que el capítulo incluye en su rúbrica a los concursos y que al determinar la pena se indica que si se trata de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, además de las penas de prisión y multa, se impondrá al agente y a la persona o empresa por él representada a la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un periodo de tres a cinco años.

La tercera conducta tipifica a los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate. En este caso la dificultad de extenderse a los pactos colusorios es aún mayor al hacerse referencia en el tipo al precio de remate.

Y algo parecido puede afirmarse respecto a la cuarta conducta en la que se castiga a los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, conducta típica en la que no se hace mención a los concursos y si a la subasta.

En todo caso, no se puede olvidar que en la reforma operada por Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, se incluye un apartado tercero con una causa de exención de la responsabilidad criminal en el caso de colaboración o información útil para la investigación, exigiéndose el cumplimiento de unas condiciones, una de ellas es cooperar con la autoridad de la competencia que lleve el caso y otra que la solicitud de exención del pago de la multa se haga de conformidad con lo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia.

Añade el apartado primero del artículo 262 CP que si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.

Este artículo 262 CP no puede ser aplicado a las personas jurídicas a que se refiere el artículo 31 bis) del CP al no estar expresamente previsto en el precepto, aunque, tras la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que incorporó un apartado 2º al artículo 262 CP, sí se les puede atribuir las consecuencias accesorias recogidas en el artículo 129 CP, en el que se dispone en su apartado 1º *lo siguiente: En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente las penas de inhabilitación.*

No se trata de una pena sino de una posible consecuencia accesoria.

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

7

Información de Firmantes del Documento

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

Fecha Firma: 26/03/2024 10:47:08
CSV : 1CCTGAI5B2TZNUKP



Es oportuno recordar que el Código Penal se rige por los principios de ultima ratio, legalidad y no retroactividad, salvo aquellas penas que sean favorables al reo.

Así, el art. 1º CP recoge el principio de legalidad en los delitos al señalar que: *No se castigará ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración.*

El art. 2º CP se refiere al principio de legalidad de las penas, al disponer que *no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración.*

Y el art. 4º dispone que *las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.*

El artículo 262 del Código Penal sería de aplicación frente a graves conductas atentatorias contra la libre competencia, cuando están en juego valores esenciales de la contratación pública, conductas que por su gravedad se considere insuficiente una sanción administrativa. En todo caso sería deseable que el legislador mejorase la descripción de las conductas típicas previstas en el artículo 262 CP, con una definición clara y precisa de los elementos que integran el delito, para que su tipicidad no plantee problemas de interpretación.

Con relación a la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo, son escasos sus pronunciamientos sobre conductas colusorias, y la mayoría de los casos, en lo que se ha aplicado el artículo 262 CP, se ha referido a supuestos de alteración de precios en las subastas públicas y otras corruptelas cometidas en el ámbito de las subastas, haciéndose referencia a las conductas de los llamados "subasteros".

Hay una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la número 508/2015, de 27 de julio, que sí se refirió a un caso de licitación en un procedimiento abierto y trámite de urgencia para la contratación de un servicio de grúa. Se dice en la sentencia que los hechos que se consideran probados no son constitutivos de ninguna de las modalidades previstas en el artículo 262 del Código penal. Y razona que no puede aplicarse el supuesto tercero referido a los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio de remate ya que se refiere exclusivamente a las subastas, precisamente por la mención que se hace al remate como resultado de la puja. Con esta modalidad, se dice en la Sentencia, se ha querido abordar expresamente algunos comportamientos de los denominados «subasteros», que mediante el acuerdo previo con otros postores condicionan el resultado de la puja. El tipo penal exige una subasta, que en el presente supuesto no se da y en consecuencia no procede su aplicación y que esa fue la modalidad apreciada por la Audiencia Provincial.

Y añade la Sentencia que en el caso tampoco existe un concurso, ni siquiera en fase de gestación, por lo que no se aprecia ninguna otra de las modalidades prevista en el art. 262 CP.

Por último, hay que señalar que las graves conductas colusorias u otras graves actuaciones contrarias a la libre competencia pueden incurrir, además del artículo 262, en otros delitos tipificados en el Código Penal.

Así, puede ser de aplicación el artículo 570 bis que se refiere a los que se integren en organizaciones o grupos criminales. Igualmente, junto con los funcionarios implicados, pueden incurrir en el delito de cohecho -art. 419 y siguientes-, y en el delito de tráfico de influencias -art. 428 y siguientes del CP. Y los funcionarios que intervengan en los concursos pueden incurrir, asimismo, en el delito de

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

8

Información de Firmantes del Documento

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

Fecha Firma: 26/03/2024 10:47:08
CSV : 1CCTGAI5B2TZNUKP



negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función, previsto en el art. 439 del CP.

SEPTIMO. Especial referencia al Ayuntamiento de Madrid

Según la Memoria del Registro de Contratos de 2022, publicada en julio de 2023, el número de contratos formalizados o adjudicados por el Ayuntamiento, sus organismos autónomos y empresas del sector público en dicho período, fue de 11.322. El importe de adjudicación total, IVA incluido, se elevó a 3.524 millones de euros.

El número de licitadores fue de 6.667, con un promedio de 3,87 licitadores por procedimiento de licitación.

Por el tipo de procedimiento, en la contratación "mayor" (procedimientos abiertos, negociados y restringidos) el más utilizado fue el abierto con 946 contratos. De estos el 69% tenía fijada una pluralidad de criterios de selección para su adjudicación. Un 15% fue tramitado como negociado.

Por número de contratos, fue el contrato menor la modalidad de contratación más utilizada con 6.468 contratos por un importe de 44.199.994 €. Cabe destacar que el 44% se concentraban en el entorno económico de los 3.000 euros

Un 17,02% de los expedientes se ha configurado con lotes siendo la media de lotes en que se divide el objeto de contrato de 4 lotes.

En 2022 se presentaron un total de 81 recursos especiales en materia de contratación, (13 recursos menos que en 2021). El criterio seguido por los órganos de contratación fue confirmado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en el 80,24% de las impugnaciones, toda vez que 16 recursos fueron inadmitidos y otros 49 recursos (el 60,49% de las impugnaciones) se resolvieron con resoluciones desestimatorias a los intereses de los reclamantes. Solamente un 19,75% de los recursos (16) fueron estimados por el citado Tribunal.

Son de interés las medidas y herramientas de las que dispone el Ayuntamiento de Madrid para prevenir y, en su caso, detectar malas praxis en el ámbito de su contratación.

- La **Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción** (OMFC) del Ayuntamiento que fue creada por Acuerdo Plenario, de fecha 23 de diciembre de 2016, para reforzar las buenas prácticas, prevenir e investigar posibles casos de uso o destino fraudulento de fondos públicos.

En el ámbito de sus competencias la OMFC elabora informes de carácter preventivo, cuyo objeto es sensibilizar o informar sobre posibles riesgos, formulando en su caso recomendaciones a los órganos competentes.

Una buena parte de los asuntos que son tratados en la Oficina, tanto en su función preventiva como investigadora, están relacionados con la contratación pública.

También es de mencionar, en su función preventiva, la participación de la Oficina Municipal en la formación de los empleados públicos, tanto en el INAP como en la escuela de formación del Ayuntamiento. Igualmente interviene en jornadas universitarias que contribuyen a un intercambio de conocimientos y difusión de la labor de la Oficina.

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



La Oficina Municipal forma parte de una red nacional de Oficinas y Agencias contra el fraude y la corrupción que celebran reuniones cada seis meses para intercambiar experiencias y mejorar su actividad.

El Reglamento Orgánico que regula el funcionamiento de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción dispone, en su artículo 4, al regular sus funciones, que, entre otras, corresponde a la Oficina inspeccionar y comprobar los posibles casos de uso o destino irregular de fondos públicos, así como las conductas contrarias a los principios de objetividad, integridad e independencia, los posibles casos de fraude o de cualquier aprovechamiento irregular derivado de actuaciones que afectan a la probidad administrativa, a la confianza pública y al buen funcionamiento del sector público municipal, e inspeccionar y comprobar el cumplimiento de las reglas relativas a conflictos de intereses.

No cabe duda, por lo que se acaba de exponer, que la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción puede inspeccionar y comprobar la existencia de posibles pactos colusorios que puedan comprometer la libre competencia y el correcto uso de los fondos públicos.

- Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, de 23 de marzo de 2023, se aprobó el **Código de Buenas Prácticas** (que sustituye al anterior de 2008), entre las mismas se incluye el buzón de denuncias de la OMFC.

El buzón de denuncias contra el fraude y la corrupción es un canal a través del cual se permite a ciudadanos y empleados públicos, transmitir sus percepciones de debilidad y malas prácticas en el ámbito municipal, con objeto de prevenir y gestionar los eventuales riesgos de fraude y conflictos de intereses que puedan desarrollarse. Permite, en consecuencia, que los funcionarios del ayuntamiento y los ciudadanos en general puedan comunicar, a través del buzón de la Oficina Municipal, cualquier conducta o actuación que vulnere la libre competencia.

-Titularidades reales: Las bases de datos y los sistemas y herramientas informáticas son esenciales para la prevención y detección de conductas fraudulentas. Consciente de dicha relevancia, esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, como instrumento principal para reforzar las buenas prácticas para prevenir e investigar posibles casos de uso o destino fraudulentos de fondos públicos, inició la tramitación de un Convenio con el Consejo General del Notariado, que fue firmado por el Alcalde, la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal y el Presidente del Consejo General del Notariado, el 16 de noviembre de 2022. El objeto del Convenio es establecer las condiciones para que el Ayuntamiento de Madrid, a través de esta Oficina y de la Agencia Tributaria de Madrid, pueda acceder a las bases de datos de titularidades reales del Consejo General de Notariado. El conocimiento de la titularidad real de las empresas puede ser de utilidad para conocer posibles ofertas fraudulentas en un procedimiento de licitación y poder combatir, con más eficacia, los pactos colusorios.

-Plan de Medidas Antifraude del Ayuntamiento de Madrid (PMA), aprobado por la Junta de Gobierno de la Ciudad el día 24 de marzo de 2022, y que tiene por objeto estructurar las medidas antifraude para la gestión de los fondos procedentes del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia (MRR). Dentro del mismo hay referencia expresa a los riesgos, en materia de contratación, de *manipulación del procedimiento a efectos de limitar la concurrencia y de prácticas colusorias en las ofertas*.

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



Para dar cumplimiento al citado Plan se ha creado, por Decreto de 27 de marzo de 2022 del Alcalde, el Comité de Seguimiento del Plan de Medidas Antifraude, siendo el titular de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción vicepresidente de ese Comité.

-Transparencia. La transparencia actúa como salvaguarda de la libre competencia. Es destacable el fortalecimiento que en esta área se ha llevado a cabo por el Ayuntamiento de Madrid. En su portal de transparencia se pueden consultar los contratos formalizados, los basados en acuerdo marco, las modificaciones de los contratos, las prórrogas, penalidades y contratos menores.

Asimismo, desde febrero de 2018 el perfil del contratante del Ayuntamiento de Madrid y su sector público pasó a integrarse en la Plataforma de Contratación del Sector Público. En el perfil de contratante se difunde la información relativa a la contratación administrativa, asegurándose así la transparencia y el acceso público en la actividad contractual de una manera clara para el ciudadano. Se pueden consultar las contrataciones programadas, los anuncios de licitación, los anuncios de adjudicación y de formalización, así como acceder a los pliegos y otra documentación complementaria de los expedientes de contratación de todos los órganos de contratación del municipio.

-Contratos menores. Estos contratos tienen un carácter excepcional dada la ausencia de publicidad previa y concurrencia pública, justificada por su escasa cuantía. Permiten agilidad para la gestión de algunas necesidades de las Administraciones Públicas, pero se deben establecer mecanismos para asegurar la igualdad de trato, la no discriminación e imparcialidad.

La LCSP establece una serie de principios de transparencia sobre ellos, con obligaciones de publicidad, ausencia de posibilidad de modificación y garantizar el no fraccionamiento del gasto, a fin de no eludir otros procedimientos. La incorporación de la factura electrónica en el gasto permite tener constancia fehaciente de la fecha de entrada.

A este respecto, debemos hacer mención del Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Economía, Innovación y Hacienda, de 28 de diciembre de 2023, por el que se aprueba la instrucción sobre los contratos menores en el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal. De conformidad con dicha instrucción los contratos menores serán tramitados a través de la herramienta informática para contratación del Ayuntamiento (PLYCA). Incorpora la Interacción Sistémica con la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) para la invitación de operadores económicos o, en su caso, la licitación pública del contrato menor, la recepción de ofertas o para la descarga de la publicación de la adjudicación.

La tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto, con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado 118.1 LCSP.

En la tramitación de los contratos menores cuyo valor estimado sea superior a 3.005 euros, de acuerdo con el principio de competencia y como medida antifraude y de lucha contra la corrupción, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres ofertas, debiendo quedar ello suficientemente acreditado en el expediente. La excepción a esta regla serán los contratos inferiores a 3.005 euros o en los que no sea posible más de una oferta, en este caso deberá quedar debidamente justificado en el expediente por el órgano de contratación. Con periodicidad mensual, la

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



información respecto a los contratos menores se publicará en el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Madrid y será la relativa al objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario

OCTAVO. Conclusiones

No cabe duda de que los pactos colusorios y otras actuaciones contra la libre competencia causan grave perjuicio a una correcta contratación pública, con sensible quebranto de fondos públicos y, lo que es más importante, prestando un peor servicio a los ciudadanos.

Con este informe únicamente se pretende ayudar, exponiendo unas reflexiones sobre el trascendental papel que ejercen los órganos de contratación para salvaguardar la libre competencia.

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

12

Información de Firmantes del Documento

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

Fecha Firma: 26/03/2024 10:47:08
CSV : 1CCTGAI5B2TZNUKP

