

Informe 3/2022, de 28 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Modificación de Pliegos Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a contratos de obras, suministros y servicios para su adaptación a las medidas de impulso de la gestión urgente y coordinada de los procedimientos financiados con cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), en ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) y al artículo 159.4 de la Ley de Contratos del Sector Público.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Secretario General Técnico del Departamento de Hacienda y Administración pública se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante escrito de 1 de febrero de 2022, en el que solicita informe sobre la modificación de los modelos tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a diversos contratos, para adaptarlos a las medidas de impulso de la gestión urgente y coordinada de los procedimientos financiados con cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), en ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR)".

Posteriormente, en fecha 16 de febrero de 2022, solicita ampliación del informe sobre los pliegos tipo correspondientes a contratos de obras, suministros o servicios que se liciten mediante procedimiento abierto simplificado, tras la reforma del artículo 159.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Se acompaña al escrito la propuesta de adaptación de los pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares de obras, suministros y servicios

tramitados por procedimiento abierto, abierto simplificado y abierto simplificado abreviado y negociado.

La Dirección General de Servicios Jurídicos de la Diputación General de Aragón ha emitido en fecha 28 de febrero de 2022 informe preceptivo a de acuerdo con lo previsto en el Decreto 169/2018, de 9 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se organiza la asistencia, defensa y representación jurídica a la Comunidad Autónoma de Aragón, en relación con el artículo 122.7 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 28 de febrero de 2022, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación del órgano solicitante del informe.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1, f) del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar con carácter preceptivo los modelos tipo de pliegos particulares de general aplicación.

El Sr. Secretario General Técnico del Departamento de Hacienda y Administración pública es órgano legitimado para formular la solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, a) del mencionado Reglamento.

II. Necesidad de adaptación de los pliegos tipo utilizados por la Comunidad Autónoma de Aragón a la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y a la modificación del artículo 159 LCSP.

El Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, ya introdujo una serie de especialidades en materia de contratación pública previstas en el Capítulo III del Título IV, concretamente en los artículos 49 a 58, para los contratos que hayan de financiarse con los fondos europeos procedentes del mencionado plan. Esta Junta, a través del informe 8/2021 dictaminó sobre la modificación de los pliegos tipo, que se adecuaron a las disposiciones de la citada norma y a la LCSP.

Como desarrollo de las medidas necesarias para la implantación y ejecución de políticas, reformas e inversiones recogidas en el Plan, tal y como indica en su exposición de motivos, la Orden HFP/1030/2021 tiene por objeto establecer el régimen de gestión directa a través del diseño de instrumentos que permitan dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, entre los que se encuentra la contratación pública.

La Orden HFP/1030/2021 establece una serie de obligaciones en materia de contratación pública que suponen no sólo la modificación de los pliegos para incorporar nuevas cláusulas o para requerir otra documentación adicional a los licitadores, sino también la adecuación de todas las fases de licitación, desde la planificación y preparación hasta la ejecución y liquidación del contrato, con el fin de garantizar transparencia y trazabilidad de los fondos en relación con las políticas palanca, componentes, inversiones o reformas que se detallan en el

Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y que amparan fuertes inversiones.

Los cambios que se propone introducir se añaden a los ya realizados en virtud de las disposiciones establecidas en el Real Decreto-ley 36/2020, sin perder, por tanto, el propósito de simplificación y transparencia que preside la norma. No puede olvidarse que los pliegos son la ley del contrato y que por su naturaleza constituyen el principal documento que tanto el órgano de contratación como los licitadores deben considerar al realizar la oferta y que será el que rijan la ejecución de las prestaciones y la relación entre las partes. Su contenido debe ser claro y preciso, y no sólo en cuanto las condiciones para presentar oferta, documentación y compromisos que se adquieren al licitar sino también en cuanto a los derechos y obligaciones en la fase de ejecución del contrato.

También ha de tenerse en cuenta la Instrucción sobre aspectos a incorporar en los expedientes y en los pliegos rectores de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que emitió la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado el pasado 23 de diciembre de 2021, a la que aludiremos más adelante.

En otro orden de cosas, la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, introdujo una modificación del artículo 159 de la LCSP en relación con los registros de licitadores, permitiendo a los licitadores no estar inscritos en el registro de licitadores para participar en el procedimiento abierto simplificado, presentando, en su lugar, la solicitud de inscripción en determinadas condiciones.

Los pliegos tipo han adecuado estas circunstancias, al quedar afectado no sólo el trámite de presentación de ofertas sino también la fase de propuesta de adjudicación y requerimiento de documentación.

III. Análisis de las modificaciones introducidas en los modelos tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares sometidos a informe en relación con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR).

Los pliegos que se someten a informe incorporan una serie de medidas de acuerdo con la Orden HFP/1030/2021 de referencia, si bien es necesario destacar que no se trata de unos pliegos tipo para uso exclusivo en licitaciones en el marco de la gestión de fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR). Se trata de los mismos documentos, que podrán utilizarse indistintamente para licitaciones financiadas con fondos propios o con fondos europeos MRR. Este hecho inicialmente puede llevar a confusión, pero considerando las modificaciones realizadas y las posibilidades de financiación, simplifica la tramitación y facilita su adaptación y comprensión tanto para gestores como para potenciales licitadores.

Las modificaciones introducidas afectan al cuadro resumen y a las cláusulas 2.2.5.1 y 2.3.2, con la introducción de una nueva cláusula 11 y cinco anexos dedicados a las peculiaridades de los fondos con modelos de declaraciones responsables:

- Anexo A.- Compromiso de cumplimiento de principios transversales PRTR;
- Anexo B.- Declaración responsable DNSH;
- Anexo C.- instrucciones para cumplimentar la autoevaluación del cumplimiento del principio DNSH;
- Anexo D.- Declaración de ausencia de conflicto de intereses (DACI);
- Anexo E.- Declaración de cesión y tratamiento de datos PRTR).

En el cuadro resumen, se prevé espacio adecuado para la incorporación de los logos identificativos, a efectos de comunicación, y se complementa el apartado

F, relativo al régimen de financiación, con la indicación de ~~en el que se indica~~ la posibilidad de financiación del contrato con fondos NextGenerationEU, junto con los parámetros identificativos de los conceptos *componente, inversión o reforma* que, junto con la identificación de los hitos y objetivos asociados a la ejecución de cada proyecto o subproyecto del plan, se requieren con el fin de facilitar la coordinación y control a través del sistema de información de gestión y seguimiento sobre el destino de los fondos.

A) Declaraciones responsables.

1. Principio de no causar daño significativo al medioambiente (“Do no significant harm”-DNSH)

En la cláusula 2.2.5.1, apartado 3º, entre la documentación a presentar con el Sobre A, se incluye la declaración relativa al cumplimiento del principio de no causar perjuicio significativo (DNSH) a los seis objetivos medioambientales, según dispone el artículo 17 del Reglamento (UE) 2020/852, con la posibilidad de presentar una autoevaluación sobre la adecuación de la actividad al principio DNSH.

Por otra parte, en la cláusula 2.3.2, entre la documentación que debe presentar la empresa propuesta como adjudicataria se ha añadido un apartado 11º con dos declaraciones responsables más, la relativa al compromiso de cumplimiento de los principios transversales establecidos en el PRTR y la declaración de cesión y tratamiento de datos en relación con la ejecución de actuaciones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Es necesario analizar en primer lugar el marco jurídico aplicable y, en segundo término, el contenido propio de cada documento para valorar la necesidad de exigencia y la ubicación si procede de todas las declaraciones responsables citadas, así como de la autoevaluación del cumplimiento del principio DNSH.

La declaración relativa al cumplimiento del principio de no causar perjuicio significativo (DNSH) a los seis objetivos medioambientales según el artículo 17 del Reglamento (UE) 2020/852, cuyo modelo se incluye como Anexo A en el pliego tipo, reproduce la propuesta de la Guía para el diseño y desarrollo de actuaciones acordes con el principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente, del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/recuperacion-transformacion-esiliencia/transicion-verde/guiadnshmitcov20_tcm30-528436.pdf

La guía también incluye recomendaciones y propuestas alternativas en cuanto a su redacción y exigencia según la fase del procedimiento, como en el momento de presentación de ofertas, propuesta que recoge el pliego.

La Comisión Europea, en su Comunicación 2021/C58/01 crea la guía técnica sobre la aplicación del principio de no causar un perjuicio significativo en virtud del Reglamento relativo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (Reglamento UE 2021/241). En la cláusula 2.1 indica que los Estados miembros deben someter todas y cada una de las medidas de su plan a una evaluación según el principio DNSH, una evaluación que además debe ser individual para cada medida incluida en los componentes con sus inversiones o reformas previstas. El artículo 5.2 del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, determina expresamente que «[...] El Mecanismo solo apoyará aquellas medidas que respeten el principio de «no causar un perjuicio significativo [...]».

Si bien es cierto que la Orden 1030/2021, en el artículo 5 y sus Anexos II.B.4 y III.B no aclara quién debe realizar esta evaluación, en el artículo 2.3 puede encontrarse referencias que señalan al órgano gestor. Así, el Anexo II recoge diversos cuestionarios para facilitar la evaluación a los órganos ejecutores y en el apartado 4 indica que los órganos responsables y gestores autoevaluarán sus procedimientos.

Es posible que en la fase de planificación y preparación de un contrato no estén definidos todos los elementos con precisión de modo que no pueda hacerse una evaluación integral e inequívoca de todas las medidas, hitos y objetivos que se pretenden licitar; el objeto del contrato y las necesidades a satisfacer, en definitiva. Es obligación del órgano de contratación definir las necesidades a satisfacer con un contrato público, lo que exige, en el marco del PRTR, la realización de la autoevaluación del cumplimiento del principio DNSH para determinar con carácter previo si el resultado es negativo o positivo, antes de licitar, ya que, en caso de no ser favorable, carecería de sentido continuar con la tramitación asociada al PRTR.

La guía elaborada por el Ministerio propone que, en la fase de solicitud de ofertas, en lo que respecta a la acreditación de proyectos de particulares y empresas, se solicite una autoevaluación o la declaración responsable de no causar daño significativo al medio ambiente.

En la Instrucción de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 23 de diciembre de 2021 y en relación con la cláusula I. Actuaciones del órgano de contratación, apartado b), se indica que *«[...] Es responsabilidad de las entidades que licitan contratos públicos financiados con fondos PRTR asegurarse de que los principios (entre los que se encuentra el DNSH anteriormente citado) se cumplen adecuadamente en su actuación mediante la correspondiente definición y autoevaluación [...].»*

Analizado el contexto jurídico e interpretativo, así como el contenido tanto del cuestionario como de la declaración responsable del Anexo B, debe diferenciarse las obligaciones que afectan al órgano gestor de aquellas otras que afectan a los licitadores. El órgano gestor de los fondos, esto es, el órgano de contratación que licite actuaciones a cargo de los mismos, debe realizar la autoevaluación del cumplimiento del principio DNSH o firmar la declaración responsable, debidamente cumplimentada, que figura como Anexo B en

relación con las actuaciones que se van a licitar e incorporarlo al expediente para su control posterior.

Es más, la declaración responsable sobre el cumplimiento de los principios transversales PRTR del Anexo A, que debe firmar el propuesto como adjudicatario, ya incluye el compromiso de respeto al principio DNSH como forma de asunción de responsabilidad por parte del contratista al ejecutar las actuaciones concretas, de modo que resulta innecesario cumplimentar otra declaración o autoevaluación con el mismo objeto.

No parece adecuado que sea un licitador quien deba presentar dicha autoevaluación con su oferta o en una fase posterior, con carácter general en cualquier proceso de licitación. Se puede aconsejar, internamente, su realización con el fin de comprobar si la oferta del licitador respeta el principio DNSH, pero tiene más trascendencia la declaración bajo su responsabilidad, en caso de resultar adjudicatario, de que su actividad va a ser respetuosa con el principio, porque es únicamente el adjudicatario quien va a ejecutar las prestaciones directas objeto de evaluación, no cualquier licitador, algo que ya está reconocido en la declaración del Anexo A.

En caso de no presentar dicha declaración, debe presumirse que el propuesto como adjudicatario no está en disposición de asumir el compromiso, en cuyo caso deberían desplegarse todos los efectos advertidos en el artículo 150 LCSP (retirada de oferta, posible penalidad y solicitud de documentación al siguiente licitador según el orden de clasificación).

Excepcionalmente, sólo en aquellos supuestos en los que no sea posible definir con precisión las medidas, hitos u objetivos o actividades a ejecutar, a efectos de evaluar el riesgo sobre el principio DNSH parece razonable solicitar a los licitadores la presentación de la autoevaluación, e incluso a potenciales licitadores a través de consultas preliminares, con el fin de ponderar el riesgo de la actividad o de la forma de ejecución de la prestación sin que esto pueda

suplir la responsabilidad del órgano gestor en la evaluación y justificación de las medidas objeto de licitación.

Nada impide que solicitar a los licitadores con la oferta la presentación de la declaración DNSH recogida en el Anexo B. También resultaría adecuado exigirlo sólo al propuesto como adjudicatario. En todo caso, debería adecuarse el contenido de la declaración, visto que una parte debe ser completada por la Administración en cada licitación. Además, recoge contenido de difícil acceso y comprensión para los licitadores, como la relación de actividades del apartado D.

2. Declaración de Ausencia de Conflicto de Interés (DACI)

Los pliegos tipo incluyen entre documentación a presentar con el Sobre A, cláusula 2.2.5.1, apartado 3º la declaración de ausencia de conflicto de intereses (DACI) a presentar por todos los licitadores. El Anexo D del pliego tipo reproduce el contenido del Anexo IV de la Orden 1030/2021, y en ambos casos, se indica que los participantes en el proceso de preparación y tramitación del expediente son los que deben declarar que no existen causas susceptibles de conflicto de interés.

En la Instrucción de 23 de diciembre de 2021, la Junta Consulta de Contratación Pública del Estado considera que tanto contratistas como subcontratistas, además del personal gestor que intervenga en la tramitación del contrato en todas sus fases, deben firmar la DACI. En el caso de los contratistas debe aportarse en el momento de la formalización del contrato, y en el caso de órganos colegiados se realizará por una sola vez para cada licitación, al inicio de la primera reunión y se dejará constancia en acta.

El conflicto de intereses ya se encontraba regulado en artículo 64 de la LCSP. El artículo 23 de la ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón fue más allá y reguló de manera extensa la situación de conflicto de interés, instando a dejar constancia en el

expediente de «la manifestación que realicen todas las personas que participan en éste de que no concurre en ellas ningún conflicto de interés que pueda comprometer su imparcialidad e independencia durante el procedimiento, así como de que se comprometen a poner en conocimiento del órgano de contratación, de forma inmediata, cualquier potencial conflicto de intereses que pueda producirse durante el desarrollo del procedimiento de adjudicación o en la fase de ejecución. Los miembros de las Mesas de contratación u otros órganos de asistencia harán constar dicha manifestación en las actas de sus reuniones. Quienes deban realizar algún informe técnico a solicitud de la Mesa o del propio órgano de contratación lo manifestarán al recibir tal solicitud.»

El Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación (DEUC) incluye en la Parte III Criterios de exclusión, apartado C Motivos referidos a la insolvencia, los conflictos de intereses o la falta profesional (véase el artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE), con el siguiente tenor literal: *«En estos supuestos los operadores económicos pueden ser excluidos; los Estados miembros pueden obligar a los poderes adjudicadores a aplicar estos motivos de exclusión. De conformidad con el artículo 80, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE, todas las entidades adjudicadoras, sean o no poderes adjudicadores, pueden optar por aplicar estos motivos de exclusión o estar obligadas a hacerlo por imposición de su Estado miembro.»*

La Parte III del DEUC (incluido literalmente en la Declaración Responsable Única) comienza con el artículo 57 de la Directiva 2014/24 recordando diferentes causas de exclusión de la licitación para que los licitadores tengan presente qué declarar al contestar las preguntas que a continuación se le hacen. El apartado C se dedica a la posible existencia de motivos referidos a la insolvencia, los conflictos de intereses o la falta profesional y todas las cuestiones están dirigidas para informar sobre su conocimiento o participación

en conductas que puedan alterar la libre competencia, legalidad y transparencia del procedimiento. Por tanto, ya existe una declaración responsable con el contenido adecuado para el licitador.

A raíz de lo dispuesto en el apartado 5, letra i) del artículo 6, relacionado con los modelos de declaraciones del Anexo IV de la Orden 10303/2021 de referencia, surge la duda razonable acerca de quienes deben firmar la DACI ya que indica que deben suscribirla todos los que participen en el procedimiento, uniendo los conceptos de beneficiario de subvenciones, contratistas y subcontratistas. Esta Junta no comparte la interpretación realizada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, visto el contenido de la DACI y el marco jurídico en el que se viene desarrollando el seguimiento y control de la presencia de conflicto de intereses en la contratación pública y la documentación que deben cumplimentar los licitadores o el propuesto como adjudicatario. Tampoco se comparte el momento de presentación por el contratista, una vez formalizado el contrato, debido a las consecuencias que conlleva; no resulta coherente ni con su contenido ni con la naturaleza de la obligación.

Se trata de una obligación esencialmente imputable al órgano de contratación y a quién depende de él, de la mesa de contratación y de todos aquellos servicios del poder adjudicador con capacidad de control, influencia y decisión en el proceso de contratación. Son estos quienes deben declarar la no afección de cualesquiera motivos, bien sea por conflicto de interés, causas de abstención o recusación o cualquier otra que ponga en duda y cuestione su independencia e imparcialidad en la toma de decisiones, de modo que, en caso de presencia de causa de conflicto, deben abandonar esa posición de privilegio que altera la igualdad de trato y transparencia del proceso. El licitador que tenga conocimiento de la existencia de causa de conflicto de interés en relación con el órgano de contratación o con el personal implicado deberá comunicar dicha circunstancia al mismo para que adopte las medidas necesarias que

garanticen la legalidad del procedimiento. Sólo se excluirá al licitador por motivos de conflicto de intereses cuando, a pesar de llevar a cabo la depuración interna, no pueda garantizarse la absoluta imparcialidad del proceso.

El DEUC ya incluye una declaración del licitador en relación con el conocimiento y participación en hechos que puedan ser calificados como conflicto de interés con las consecuencias que ello tiene, de modo que se considera innecesario solicitar de nuevo otra declaración al respecto. El hecho de falsear los datos declarados puede dar lugar a su exclusión del procedimiento de contratación en la fase de licitación; así lo prevé el Reglamento UE 2016/7, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles y penales que procedan por los mismos.

Según la Instrucción de constante referencia, es posible prever penalidades por su incumplimiento, configurarla como obligación esencial e incluso como causa de la resolución del contrato. Pero estas circunstancias requieren la prueba indudable de la comisión de los hechos que acredite la existencia de fraude en la adjudicación y todo ello, sin perjuicio de las medidas previstas en el plan antifraude de la entidad contratante respecto al personal sobre el que recaiga el conflicto.

A juicio de esta Junta, son el órgano de contratación y todo el personal relacionado con cualquiera de las fases de contratación (preparación, licitación, ejecución y liquidación) quienes deben formalizar la DACI para incorporarla al expediente y en caso de existencia de conflicto, tendrán que adoptar las medidas inmediatas que garanticen la viabilidad del contrato bajo el principio de legalidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, sustituyendo a la persona sobre la que recae el conflicto de interés en su caso.

No obstante, la Junta estatal es el órgano consultivo designado para resolver dudas y dictar las instrucciones que resulten necesarias para coordinar la

aplicación de las disposiciones a fin de la correcta tramitación de los contratos financiados con fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, de acuerdo con el artículo 57 del Decreto Ley 36/2020. Sus instrucciones son obligatorias únicamente para todos los órganos de contratación del sector público estatal, pero tanto la Autoridad Responsable (Ministerio de Hacienda) y como la Autoridad de Control (Intervención General de la Administración del Estado) son los órganos que llevarán a cabo el seguimiento, control, coordinación y supervisión de los expedientes autonómicos tramitados con cargo a los MRR, considerando las disposiciones emanadas de la Junta estatal y a efectos de justificación en la obtención de fondos. Por este motivo, pese a discrepar de la interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, los pliegos tipo deberán mantener la exigencia de la DACI al contratista y subcontratista, considerando que la fase más adecuada para su exigencia es la de propuesta de adjudicación, con el resto de documentación, no la formalización o un momento posterior; todo ello con el fin de simplificar la tramitación.

Alternativamente, se propone incluir una cláusula en la que se manifieste que la presentación de proposición implica la aceptación incondicionada de las cláusulas del pliego, así como de la asunción de las medidas que se prevean en el plan antifraude del órgano de contratación, relacionando las obligaciones recogidas en la DACI y destacando que pondrá en conocimiento del órgano de contratación las posibles situaciones de conflicto de intereses, aparentes o reales de las cuales tuvieran conocimiento en el ámbito del proceso y ejecución del contrato, para que adopte las medidas oportunas.

La obligación se extiende a los subcontratistas sin encontrar mayor apoyo normativo que la Instrucción de 23 de diciembre de 2021 citada. Esto obliga a conocer su identidad antes de la formalización del contrato: Por lo tanto, si esto fuera posible deberá aportarse en tal momento; en caso contrario, se dará cumplimiento a la obligación en una fase posterior, cuando el contratista

principal comunique al órgano de contratación el resto de datos y documentación que exige la Orden 1030/2021.

3. Declaración de compromiso de cumplimiento de principios transversales PRTR y declaración de cesión y tratamiento de datos en relación con la ejecución de actuaciones del PRTR.

Para finalizar, se incluyen como Anexos A y E dos declaraciones responsables de acuerdo con el artículo 8 en relación con el Anexo IV de la Orden 1030/2021 ya citada.

La lucha contra el fraude y la corrupción es una de las principales preocupaciones en el seguimiento y ejecución de fondos públicos. La declaración responsable de compromiso en relación con la ejecución de actuaciones del PRTR supone adquirir un compromiso de calidad por parte de los contratistas y subcontratistas firmantes, así como de la entidad, para que la ejecución de las prestaciones se lleve a cabo bajo estándares jurídicos, éticos y morales, disponiendo de las medidas necesarias para la lucha contra el fraude, corrupción y conflicto de intereses, respeto a los principios de economía circular, evitar impactos negativos en el medio ambiente (DNSH) así como no incurrir en doble financiación o riesgo de incompatibilidades con ayudas del Estado, expresión esta última más propia del ámbito subvencional que de la contratación pública.

Del contenido de este modelo puede detectarse cierta reiteración con otras declaraciones responsables, tales como la primera que se ha analizado sobre el principio DHNS y la correspondiente a la ausencia de conflicto de interés (DACI), motivo por el que se recomienda la supresión de los anexos correspondientes, adecuar su redacción al licitador o plantear la redacción de una cláusula en materia de ética, fraude y anticorrupción.

Por otra parte, la declaración responsable relativa a la cesión de datos en relación con la ejecución de actuaciones del PRTR advierte de la existencia de

auditorías y control de fondos para asegurar que se destinan a la finalidad prevista, razón por la que contratistas y subcontratistas deberán facilitar los datos que se indican, para su cesión y tratamiento con los fines expresados. Esta disposición es coherente con la política europea de protección de datos personales por lo que la debe facilitarse la cesión de datos y su tratamiento con la finalidad prevista, que es la auditoría y el control final de fondos.

Ambas declaraciones, por su naturaleza y contenido, deben exigirse al propuesto como adjudicatario, tal y como se prevén en los pliegos, extendiendo su obligación a los subcontratistas. Por este motivo, el contratista deberá comunicar y aportar al órgano de contratación dichas declaraciones firmadas por los subcontratistas antes del inicio de la ejecución de la prestación subcontratada, con el fin de facilitar el seguimiento de los fondos hasta su perceptor final.

B) Cláusula 11. Fondos MRR del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

Los pliegos tipo añaden una cláusula final en la que quedan comprendidos tanto derechos como obligaciones del contratista, del centro gestor, y otras de carácter general.

El apartado, 11.1 comienza recordando los **principios de gestión específicos para la licitación y ejecución de este contrato**, incluyendo la fase de planificación y recordando nuevamente que contratistas y subcontratistas deberán aportar la declaración del Anexo A antes de la formalización del contrato. Con anterioridad, en la cláusula 2.3.2 ya se ha indicado que se trata de documentación que debe presentar el licitador propuesto como adjudicatario, por lo que puede inducir a confusión volver a repetir esta circunstancia, siendo más adecuado mantener la aportación en la cláusula 2.3.2. sin necesidad de reiterar.

En el **apartado 11.2**, sobre el **cumplimiento de las obligaciones asumidas en materia de etiquetado verde y digital y de los mecanismos para su control**, se recuerda que son obligaciones las previstas en el artículo 4 de la Orden 1030/2021 y cómo se va a llevar a cabo la aportación de datos al sistema de información y seguimiento. En general, debe replantearse la necesidad de este apartado dado que realiza una transcripción del precepto y reproduce obligaciones del órgano gestor frente a la Autoridad Responsable. Resulta interesante para los licitadores el conocimiento de cómo se va a llevar a cabo el seguimiento y sus obligaciones en relación con los datos que deben aportar, pero con la referencia a la norma y precepto es suficiente, salvo que la pretensión sea indicar con mayor claridad la obligación de aportar datos que requiera el órgano de contratación y sus posibles consecuencias en caso de no facilitarlos

El **apartado 11.3**, sobre el **análisis del riesgo, cumplimiento de las obligaciones asumidas por la aplicación del principio de no causar un daño significativo al medioambiente (DNSH) y consecuencias en caso de incumplimiento**, debe reconsiderarse en todo su contenido. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el análisis de riesgo, tal y como está configurado en la amplia documentación que aborda el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, es una obligación previa de cada entidad para cada actuación que se pretenda llevar a cabo con los fondos MRR. Resulta más adecuado que la declaración responsable establecida en el Anexo B se presente con el resto de documentación que se exige al propuesto como adjudicatario, limitando a supuesto excepcionales y a juicio del órgano de contratación, la necesidad de aportar con la oferta una autoevaluación del riesgo por parte de los licitadores en relación con las prestaciones directas a ejecutar, siendo conveniente facilitar instrucciones que ayuden a completar el cuestionario.

El **apartado 11.4**, sobre **refuerzo de mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de**

intereses, recuerda la obligación del órgano de contratación sobre el cumplimiento del plan antifraude, lo cual resulta superfluo como cláusula de un pliego si no se hacen referencia a las principales en cuanto a medidas, consecuencias, derechos y obligaciones de las partes.

Respecto al **apartado 11.5**, relativo a la **obligación de cumplimentación de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses (DACI)** debe replantearse todo su contenido. En primer lugar, sobre la exigencia a los licitadores, como anteriormente se ha analizado. En segundo lugar, un pliego no es el lugar propicio para recoger indicaciones sobre cómo cumplimentar el propio pliego, de modo que debe suprimirse expresiones tales como que en caso de configurarla como obligación contractual esencial se incluirá en el Anexo XIV. Se propone adecuar su contenido general para que los licitadores comprendan el alcance que tiene la existencia de conflictos de interés. Cuestión que también ocurre con el apartado 11.12, cuyo contenido debe trasladarse al Anexo XIV, adecuando redacción.

El **apartado 11.6**, sobre **cesión y tratamiento de datos** en relación con la ejecución de actuaciones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, se considera innecesario, al quedar claro que el licitador propuesto como adjudicatario debe aportar dichas declaraciones, y en su caso los subcontratistas.

El **apartado 11.7**, sobre el cumplimiento de la obligación de identificación del receptor final de fondos (contratistas y subcontratistas) prevista en el artículo 8.2 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, traslada las disposiciones del artículo, pero sin indicar cómo, cuándo y quién debe aportar dicha documentación, incluyendo al contratista cuyos datos ya tiene el centro gestor. El pliego incluye un anexo específico para la subcontratación, con las prestaciones que pueden serlo, tareas críticas u otras circunstancias de interés. Puede indicarse en el mismo, o bien mantener el apartado 11.7 pero adecuando el contenido, indicando con claridad que el contratista deberá

aportar los datos necesarios para llevar a cabo el seguimiento tanto de su actividad como la de los subcontratistas. No puede olvidarse que la relación directa surge entre contratista y Administración, por lo que es el primero quien debe aportar la información y comunicar al órgano de contratación las declaraciones debidamente firmadas por los subcontratistas antes de que inicien su actividad.

El **apartado 11.9**, sobre la **sujeción a los controles** de la Comisión Europea, la Oficina de Lucha Antifraude, el Tribunal de Cuentas Europeo y la Fiscalía Europea y el derecho de estos órganos al acceso a la información sobre el contrato, advierte de las auditorías y control de las entidades con el fin de asegurar el buen fin de los fondos. Todas las normas aquí citadas establecen los controles y consecuencias, por lo que, aunque, no es incorrecto, su contenido resulta innecesario en el pliego.

Los **apartados 10 y 11**, en cambio, comprenden **obligaciones muy determinadas de los contratistas en fase de ejecución**. Así, deben mantener un registro y conservarán los documentos justificativos, los datos estadísticos y demás documentación concerniente a la financiación, con una serie de condiciones. Además, a efectos de publicidad y comunicación, se indica con detalle la necesidad de exhibición de logos y emblemas en cartelería, documentación y placas que los contratistas deberán incluir en sus actuaciones. Ambos apartados comprenden obligaciones directas a los contratistas y su ubicación hace que pasen inadvertidas. Podría plantearse como parte de la cláusula 3.2 o 4 del pliego, o bien mantener su lugar actual, pero de manera más clara en relación con el resto de apartados.

En definitiva, la cláusula 11 puede limitarse a recordar al marco jurídico de referencia que se aplica al PRTR junto con las obligaciones que directamente afectan al contratista y subcontratistas, y que ahora quedan comprendidas en los apartados 11.7, 11.10 y 10.11.

Vista la propuesta realizada para proceder a la modificación de los pliegos tipo, parece recomendable que además se proceda a la elaboración de directrices u orientaciones dirigidas tanto a los órganos gestores como a las empresas licitadoras que faciliten la comprensión del contenido de los pliegos, especialmente de las nuevas cláusulas y declaraciones responsables que deben cumplimentarse, así como de las consecuencias directas que implica la participación en estos procedimientos, desde la fase de ideación del contrato.

IV. Análisis de las modificaciones introducidas en los modelos tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares sometidos a informe en relación con la modificación del artículo 159.4 LCSP.

Los pliegos tipo para obras, suministros y servicios a licitar mediante procedimiento abierto simplificado se han tenido que modificar para incorporar las posibilidades que tienen los licitadores que estén en vías de inscripción.

En el informe 20/2018 de esta Junta se advirtió que la necesidad de estar inscrito en el Registro de Licitadores no era una opción a efectos de participar en el procedimiento abierto simplificado y que era insuficiente haber presentado solicitud de inscripción al tiempo de presentar ofertas. *«La inscripción en cualquiera de los Registros, del sector público o autonómico, tiene una tramitación electrónica, si bien no es automática, y por lo tanto tiene un periodo de tramitación, más o menos amplio, desde que se efectúa su solicitud hasta que efectivamente se realiza la inscripción, tiempos que se verán sin duda incrementados en estas últimas fechas cuando los licitadores opten por inscribirse para poder licitar en los procedimientos simplificados. En este sentido, no bastará para cumplir con esta obligación con haber solicitado la inscripción en el Registro de licitadores antes del 9 de septiembre, sino que el licitador deberá encontrarse ya inscrito en esa fecha, para poder licitar. Los periodos de tramitación de la inscripción en los diferentes Registros del sector público y autonómicos, no siempre son los mismos y oscilan entre los 2 o 3 meses de tramitación. Los efectos de silencio administrativo tampoco están*

previstos de la misma forma, teniendo en unos registros un efecto positivo y en otros, negativo.»

La Disposición final vigésima novena de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, con efectos desde su entrada en vigor y vigencia indefinida, modifica la letra a) y el número 3º de la letra f), ambos del apartado 4 del artículo 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; el texto, cuya redacción la exposición de motivos no justifica, queda transcrito de la siguiente manera:

«Uno. Se modifica la letra a) del apartado 4 del artículo 159, que queda redactada como sigue:

«a) Todos los licitadores que se presenten a licitaciones realizadas a través de este procedimiento simplificado deberán estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, o cuando proceda de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 96 en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, en la fecha final de presentación de ofertas siempre que no se vea limitada la concurrencia. A estos efectos, también se considerará admisible la proposición del licitador que acredite haber presentado la solicitud de inscripción en el correspondiente Registro junto con la documentación preceptiva para ello, siempre que tal solicitud sea de fecha anterior a la fecha final de presentación de las ofertas. La acreditación de esta circunstancia tendrá lugar mediante la aportación del acuse de recibo de la solicitud emitido por el correspondiente Registro y de una declaración responsable de haber aportado la documentación preceptiva y de no haber recibido requerimiento de subsanación.»

Dos. Se modifica el número 3.º de la letra f) del apartado 4 del artículo 159, que queda redactado como sigue:

«3.º Comprobar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que la empresa está debidamente constituida, el firmante de la proposición tiene poder bastante para formular la oferta, ostenta la solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso la clasificación correspondiente y no está incurso en ninguna prohibición para contratar. Si el licitador hubiera hecho uso de la facultad de acreditar la presentación de la solicitud de inscripción en el correspondiente Registro a que alude el inciso final de la letra a) del apartado 4 de este artículo, la mesa requerirá al licitador para que justifique documentalmente todos los extremos referentes a su aptitud para contratar enunciados en este número.»

El resto del artículo mantiene la misma redacción».

Según se manifiesta en la Exposición de Motivos de la LCSP el procedimiento abierto simplificado nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación. *«Sus trámites se simplifican al máximo, por ejemplo, se presentará la documentación en un solo sobre; no se exigirá la constitución de garantía provisional; resultará obligatoria la inscripción en el Registro de Licitadores; y la fiscalización del compromiso del gasto se realizará en un solo momento, antes de la adjudicación.»*

Vista la reciente modificación, se puede concluir que los trámites incorporados prescinden de la naturaleza de simplificación que debe presidir este procedimiento. No sólo se admite la solicitud de inscripción, acreditada con el acuse de recibo y, también la declaración responsable adicional que debe presentarse con el resto de documentación administrativa junto con la oferta en su caso, sino que, adicionalmente, en el caso de que el licitador que hubiere hecho uso de esta facultad fuera propuesto como adjudicatario, deberá justificar documentalmente los extremos referentes a su aptitud para contratar

que enumera el número 3º, esto es, *«que la empresa está debidamente constituida, el firmante de la proposición tiene poder bastante para formular la oferta, ostenta la solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso la clasificación correspondiente y no está incurso en ninguna prohibición para contratar»*.

Esta nueva exigencia obliga al licitador, que resulte propuesto como adjudicatario en un procedimiento abierto simplificado, a presentar la escritura pública de constitución de empresa y el poder de representación, (documentación que ya ha debido aportar al Registro de Licitadores al solicitar la inscripción, todavía no resuelta), cuando no haya podido practicarse la inscripción en el lapso de tiempo que media entre la presentación de ofertas y la propuesta de adjudicación.

En el caso del contrato de obras, conviene recordar que el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en su artículo 11.4 califica como requisito indispensable estar clasificado cuando el valor del contrato sea igual o superior a 500.000 € para acreditar su solvencia, de modo que no sería suficiente presentar la documentación que habilita su obtención, dando lugar a la exclusión del licitador en caso de no estar debidamente clasificado en tiempo y forma.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Recomendación de 24 de septiembre de 2018 señalaba, en relación con la excepcionalidad que suponía admitir provisionalmente la inaplicación de la exigencia de certificación en el registro de licitadores, que *«lo que no cabe sin embargo aceptar es que esta situación coyuntural se convierta en permanente. Tal circunstancia no está justificada más que durante el lapso de tiempo, que necesariamente ha de ser breve, en que subsista la afectación del principio de concurrencia. De otra forma lo que constituye una excepción a la regla legal justificada por una circunstancia excepcional se convertiría en la regla general,*

lo cual no es aceptable. Por tanto, cabe encarecer a las unidades responsables de la llevanza de los diferentes registros la máxima diligencia en la tramitación de las solicitudes de inscripción. En consecuencia, en el momento en que esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado tenga conocimiento de que esta situación provisional que afecta al funcionamiento del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público ha quedado solventada oportunamente, dará traslado a las entidades del sector público con la debida publicidad a los efectos del cumplimiento del requisito de inscripción en las condiciones establecidas por la ley en el momento en que esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado tenga conocimiento de que esta situación provisional que afecta al funcionamiento del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público ha quedado solventada oportunamente, dará traslado a las entidades del sector público con la debida publicidad a los efectos del cumplimiento del requisito de inscripción en las condiciones establecidas por la ley».

No consta hasta la fecha que la Junta estatal haya comunicado el fin de incidencias en la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, de modo que no se comprende la razón que subyace tras la modificación legal.

La regulación de este tipo de circunstancias y trámites no es propia de una norma con rango de ley, porque desnaturaliza un procedimiento general para tratar de solventar problemas de gestión internos, tales como la tramitación de procesos de inscripción registral, dificultando no sólo su comprensión a efectos de presentación de ofertas y aportación de documentación posterior a los licitadores.

La exigencia de certificado de inscripción del Registro de Licitadores no tiene un simple valor declarativo. El contenido de la inscripción incluye la empresa, su objeto social, los administradores y representantes, una vez cotejados los documentos que deben tener el valor de escritura pública. Al adjudicar un

contrato a una empresa el centro gestor debe tener garantías de que esta existe, que se dedica a la actividad vinculada al objeto del contrato, que los documentos oficiales los firma persona autorizada con poder o representación suficiente, o que está debidamente clasificada para realizar obras de hasta dos millones de euros, en el ámbito de un procedimiento abierto simplificado y que no está declarada en prohibición de contratar. Todos estos datos se obtienen de forma ágil con la inscripción en el registro de licitadores correspondiente o con la documentación que lo pruebe y que debe ser analizada por el centro gestor. Ahí radica la principal diferencia en las medidas de simplificación que se aplican al procedimiento abierto simplificado o al ordinario.

Las modificaciones introducidas en los pliegos de obras, suministros y servicios a licitar mediante procedimiento abierto simplificado afectan a la **cláusula 2.2.4 y 2.3.2**. En el primer caso, se incluye una aclaración sobre el contenido de la declaración responsable única que a su vez comprende la inscripción en el Registro de Licitadores. La redacción, que no deja de ser una transcripción del precepto modificado puede llevar a mayor confusión, por lo que se sugiere suprimir el texto y recoger en la propia declaración responsable única las opciones en las que se puede encontrar el licitador, inscrito o en vías de inscripción, pero con la documentación necesaria para aportarla cuando le sea requerida, declarando a su vez, la fecha que conste en el acuse de recibo y la declaración de no haber sido requerido para subsanar la documentación. Es la única opción con la que se podría simplificar levemente la tramitación

En la cláusula 2.3.2 de los pliegos, dentro de la documentación que debe aportar el propuesto como adjudicatario, se mantiene el certificado de inscripción en el Registro de Licitadores, ya sea el estatal o el autonómico, advirtiendo que, en caso de haberlo solicitado y no estar inscrito todavía, deberá aportar la documentación común a todos los procedimientos de contratación, (escritura pública de constitución empresarial, poder del representante).

También podría plantearse incluir en este apartado y no en la declaración responsable única, la aportación del acuse de recibo de la solicitud de inscripción como prueba fehaciente de la fecha de presentación anterior a la de finalización de ofertas. Para ello debe ponderarse la relación entre la utilidad de la medida y los intereses protegidos, valorar si alguno de los principios que inspiran la contratación pública puede verse comprometido (igualdad de trato entre licitadores, no discriminación, eficacia, eficiencia, legalidad, etc.) para concluir si la carga documental permite garantizar su protección.

III. CONCLUSIÓN

Se informan los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a contratos de obras, suministros y servicios para su adaptación a las medidas de impulso de la gestión urgente y coordinada de los procedimientos financiados con cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), en ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) con las siguientes recomendaciones:

I.- En relación con las declaraciones responsables recogidas en los anexos A, B, C y E debe adecuarse su contenido para facilitar la comprensión de los licitadores. Se considera que todas deben exigirse sólo al licitador propuesto como adjudicatario, por lo que pueden unificarse en único documento para su aportación. Se recomienda incluir como anexo o como cláusula una serie de recomendaciones para cumplimentarlas debidamente, tal y como se hace en el Anexo I en relación con la Declaración Responsable Única, sustituyendo así los anexos A, B, C y E.

II.- En relación con la declaración de ausencia de conflicto de interés (DACI), se propone sustituir el Anexo D por apartado en la cláusula 11 sobre integridad y lucha contra el fraude en la que se indique expresamente que todos los licitadores, con la presentación de ofertas, asumen de manera incondicionada el cumplimiento de las obligaciones expresadas en la declaración que se

recoge como Anexo D, proponiendo la supresión de éste por las razones indicadas anteriormente.

III.- Debe replantearse la necesidad de mantener los apartados 1 a 8 de la cláusula 11. Su contenido reproduce la Orden 1030/2021, por lo que puede limitarse a recoger el régimen jurídico de referencia aplicable a los fondos MRR, trasladando el contenido del apartado 7 al Anexo VI relativo a la subcontratación y del apartado 12 al Anexo XIV sobre obligaciones esenciales

IV.- Se propone agrupar en un apartado todas las obligaciones del contratista y subcontratistas tales como las que figuran en los apartados 10 y 11 junto con el contenido del apartado 9 relativo al control y derecho de acceso a la información de los diferentes órganos.

V.- Para facilitar la elaboración de los pliegos y comprensión de la normativa asociada a la gestión de actuaciones en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencias, tanto a los órganos de contratación como a los licitadores, se recomienda la elaboración de instrucciones, guía o directrices, de carácter interno, que puedan adaptarse a las distintas exigencias que configuren los procedimientos de licitación y ejecución posterior de las actuaciones.

Informe 3/2022, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 28 de febrero de 2022.

EL PRESIDENTE

**P.S. LA PRESIDENTA SUPLENTE
(Orden de 17 de agosto de 2015 del
Consejero de Hacienda y Administración Pública)**

M^a Josefa Aguado Orta