



INFORME 6/2023, DE 7 DE MARZO, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

OBJETO: BORRADORES DE PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DE LOS CONTRATOS DE OBRAS (PROCEDIMIENTO ABIERTO), DE OBRAS (PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO), DE SERVICIOS (PROCEDIMIENTO ABIERTO), DE SERVICIOS (PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO), DE SERVICIOS (CON NEGOCIACIÓN), DE SUMINISTROS (PROCEDIMIENTO ABIERTO), DE SUMINISTROS (PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO). FONDOS NEXT GENERATION.

I.- ANTECEDENTES.

La entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en lo sucesivo LCSP, obliga a incluir en los pliegos determinados aspectos que antes no era necesario que figurasen, y a redefinir ciertos trámites y figuras del procedimiento y tipo contractual que nos ocupan.

Asimismo, tras la aprobación por el Consejo Europeo el 21 de julio de 2020 del Instrumento Europeo de Recuperación 'Next Generation EU', destinado a hacer frente a las consecuencias económico-sociales derivadas del COVID-19, se publicó en el BOE de 31 de diciembre de 2020 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, que tiene por objeto facilitar el diseño y ejecución de las actuaciones financiables con fondos europeos, así como la implementación del citado Plan.

Posteriormente, en el Boletín Oficial del Estado de 30 de septiembre de 2021 se publicaron 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 (PRTR), así como la Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el procedimiento y formato de la información que deberán proporcionar las entidades del sector público estatal, autonómico y local para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas contenidas en dicho Plan.



Recientemente, el artículo 10 de la Ley 18/22, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, ha modificado los artículos 216 y 217 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a fin de garantizar el correcto pago por parte del contratista a los subcontratistas.

Igualmente, la Disposición final vigésima séptima de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo y la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, modifican varios artículos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Finalmente, la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia desarrolla aquellos aspectos que resultan necesarios para la aplicación de la Disposición adicional 112 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Se recoge la herramienta informática de «data mining», con sede en la A.E.A.T., que actúa como medida preventiva, reduciendo el potencial conflicto de interés y del fraude, eliminando aquéllas posibles influencias en la toma de decisiones sobre la adjudicación de contratos o concesión de subvenciones que hayan sido detectadas como de riesgo de conflicto de interés.

También las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales, y en el caso de la Comunidad Autónoma de Euskadi especialmente de nuestro Órgano Administrativo de Recursos Contractuales, y la jurisprudencia tanto autonómica como estatal y sobre todo de la Unión Europea, deben ser tenidas en cuenta y reflejadas en la medida de lo posible en los modelos tipos de pliegos.

Todas estas modificaciones normativas justifican la adaptación a las mismas de los citados borradores de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que ahora nos ocupan, y que esta Junta pasa a informar.

II. – CONSIDERACIONES PREVIAS. COMPETENCIA PARA EMITIR INFORME.

La Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene competencia para emitir informe sobre los borradores de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de referencia, de acuerdo con el apartado 4 de la letra a) del



artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

De acuerdo con el artículo 30 de dicho Decreto, la competencia para informar este documento es del Pleno de la Junta Asesora.

III. – CONTENIDO.

El texto de los borradores consta del siguiente contenido: Cláusulas específicas del contrato, Condiciones generales y Anexos.

Las Cláusulas específicas de los contratos se estructuran a su vez en tres bloques: Características de la prestación, Características del procedimiento de adjudicación y Otras especificaciones.

Las Condiciones generales de cada contrato se dividen en: Objeto y cuestiones generales del contrato; Licitación; Apertura de sobres y valoración de ofertas; Adjudicación y formalización del contrato; Ejecución del mismo; Extinción, y, finalmente, Incidencias y revisión de actos.

Por último, una serie de anexos pretenden ayudar en el proceso de la contratación tanto en cuanto a la información necesaria para elaborar determinados aspectos de los pliegos, como a la documentación a incluir en los distintos sobres y a la que debe ser aportada por la licitadora con la mejor oferta o por la contratista en fase de ejecución del contrato.

IV.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Estas propuestas de pliegos se ajusta al marco normativo de las Directivas de la Unión Europea en materia de contratación, transpuestas parcialmente, pero cuyos principios deben además presidir la conformación de todos los pliegos de contratación: Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.



Igualmente, se ajustan al Real Decreto-ley 36/2020, el cual elimina algunos obstáculos de los procedimientos de contratación, agilizando así los trámites y procedimientos de licitación, aumentando su flexibilidad y aprovechando también el «régimen simplificado» con arreglo al título III de la Directiva 2014/24/UE.

Asimismo, se aviene a las últimas modificaciones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). En primer lugar, el artículo 10 de la Ley 18/22, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (publicado en BOE de 29 de septiembre de 2022), modifica el artículo 216.4 LCSP añadiendo: *“Asimismo, en los contratos sujetos a regulación armonizada y, además, en aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a dos millones de euros, cuando el subcontratista o suministrador ejercite frente al contratista principal, en sede judicial o arbitral, acciones dirigidas al abono de las facturas una vez excedido el plazo fijado según lo previsto en el apartado 2, el órgano de contratación, sin perjuicio de que siga desplegando todos sus efectos, procederá a la retención provisional de la garantía definitiva la cual no podrá ser devuelta hasta el momento en que el contratista acredite la íntegra satisfacción de los derechos declarados en la resolución judicial o arbitral firme que ponga término al litigio, y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 111 de la presente ley”*.

Asimismo, se modifica el artículo 217.2 LCSP, en el que se incluye la obligación de aportar certificación de pago en los contratos de obras, con el fin de evitar que el contratista pueda obtener “beneficios indebidos” a costa del subcontratista con el “retraso” en los pagos. Así, en estos contratos el contratista deberá aportar en cada certificación de obra, certificado de los pagos a los subcontratistas del contrato.

Por último, se añade un apartado 3 al artículo 217 que dice: *“3. Sin perjuicio de lo previsto en los apartados anteriores, procederá en todo caso la imposición de penalidades al contratista cuando, mediante resolución judicial o arbitral firme aportada por el subcontratista o por el suministrador al órgano de contratación quedara acreditado el impago por el contratista a un subcontratista o suministrador vinculado a la ejecución del contrato en los plazos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que dicha demora en el pago no viene motivada por el incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales asumidas por el subcontratista o por el suministrador en la ejecución de la prestación. La penalidad podrá alcanzar hasta el cinco por ciento del precio del contrato, y podrá reiterarse cada mes mientras persista el impago hasta alcanzar el límite conjunto del 50 por ciento de dicho precio. La garantía definitiva responderá de las penalidades que se impongan por este motivo”*.

Respecto a la segunda modificación recogida en la Disposición final vigésima séptima de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año

2023 (publicado en BOE de 24 de diciembre de 2022), se concreta fundamentalmente en varios aspectos:

- a) Nueva redacción al párrafo primero de la letra d) del apartado 1 del artículo 71 LCSP, relativa a la causa de prohibición de contratar en empresas de 50 o más trabajadores que no cuenten con un plan de igualdad (anteriormente, la referencia era de empresas de más de 250 trabajadores).
- b) El artículo 69 (relativo a las uniones temporales de empresas) determina que, si se aprecia indicios de colusión entre las empresas, ya no se le debe requerir justificación sino acudir directamente al procedimiento recogido en el artículo 150.1 de la LCSP.
- c) En cuanto al artículo 150.1 ya no es preciso desarrollo reglamentario para su aplicación (Disposición final decimosexta). De aplicación a los contratos SARA, establece el procedimiento a seguir cuando hay indicios fundados de conductas colusorias.
- d) En el supuesto del procedimiento negociado sin publicidad de obras, suministros o servicios que solo puedan ser encomendados a un empresario determinado cuando no exista competencia por razones técnicas o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial, se elimina la necesidad de que no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato (Nueva redacción al apartado a) 2.º del artículo 168 LCSP) .

Finalmente, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (publicada en BOE de 24 de febrero de 2023), que pretende otorgar una protección adecuada a los informantes frente a las represalias que pudieran sufrir por el hecho de haber comunicado irregularidades o determinados incumplimientos normativos; así como fortalecer la cultura de la información, de las infraestructuras de integridad de las organizaciones y el fomento de la cultura de la información o comunicación como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público.

Dicha ley establece la obligación de las empresas con más de 50 trabajadores y de todas las entidades públicas de establecer un sistema interno de información mediante el cual los trabajadores puedan denunciar vulneraciones del ordenamiento jurídico en el marco de una relación profesional.

Por otra parte, la disposición final sexta modifica el artículo 71.1, letra b), de la LCSP, para añadir, en esta causa de prohibición de contratar, haber sido sancionadas con carácter

firme o por las infracciones muy graves previstas en la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

Por otro lado, la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Dicha Orden regula el análisis 'ex ante' que se llevará a cabo en los procedimientos de adjudicación de contratos y de concesión de subvenciones vinculados a la ejecución del citado Plan, con el objetivo de verificar la ausencia de conflicto de interés entre los miembros de los órganos de contratación y de concesión de subvenciones, y los participantes en los citados procedimientos en las diferentes fases del mismo.

A través de la aplicación informática de la Agencia Tributaria denominada MINERVA se analizarán las posibles relaciones familiares o vinculaciones societarias, directas o indirectas, en las que pueda haber un interés personal o económico susceptible de provocar un conflicto de interés, con la particularidad de que en dicho análisis se tendrá en cuenta la titularidad real de los licitadores o solicitante.

Se regula el procedimiento de carga de información en la mencionada herramienta informática para la realización del análisis del riesgo de conflicto de interés, así como la devolución por la misma de los resultados del análisis, sistematizando al máximo la eficacia jurídica de los resultados del análisis.

De este modo, si el resultado se concreta en una bandera roja por haber sido identificada una situación de riesgo de conflicto de interés, se prevé la abstención en el procedimiento de las personas decisoras afectadas por la misma.

Asimismo, los resultados del análisis realizado quedarán registrados en el sistema de información de gestión del Plan de Recuperación denominado CoFFEE, a los efectos de las posibles auditorías que puedan llevarse a cabo por las autoridades competentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

En definitiva, esta Orden tiene por objeto lograr la prevención del conflicto de interés, evitando que el conflicto llegue a producirse con carácter previo a la adjudicación de los contratos y contribuyendo a una ejecución más rápida del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.



La reciente aprobada Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo introduce la formalización conjunta de acuerdos marco conjuntos para la contratación de servicios que faciliten el desarrollo de políticas activas de empleo entre los órganos de contratación competentes de la Agencia Española de Empleo, y de los organismos de empleo de las Comunidades Autónomas.

Finalmente, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, modifica la letra b) del apartado 1 del artículo 71 de la Ley 9/2017: ...”o por infracción grave o muy grave en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, cuando se acuerde la prohibición en los términos previstos en la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.” Y añade un apartado 3 bis al artículo 122 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público con el siguiente contenido: “Las Administraciones públicas incorporarán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares condiciones especiales de ejecución o criterios de adjudicación dirigidos a la promoción de la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales, siempre que exista vinculación con el objeto del contrato.”

V.- CONCLUSIONES.

Dicho todo ello, se informa favorablemente los borradores de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de obras (procedimiento abierto), de obras (procedimiento abierto simplificado), de servicios (procedimiento abierto), de servicios (procedimiento abierto simplificado), de servicios (con negociación), de suministros (procedimiento abierto), de suministros (procedimiento abierto simplificado), adaptados a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, al 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 y las modificaciones normativas arriba mencionadas.