

## ACTUALIZACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES CON LAS MODIFICACIONES DE LA LCSP, DOCTRINA LEGAL Y ORDEN 55/2023

La utilización de pliegos tipo o modelo para agilizar y homogenizar la contratación pública es una posibilidad que prevé el artículo 122.5 de la LCSP de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y comprometió el artículo 54 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.

El Consejo Nacional de colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local (COSITAL) ofrece desde el año 2021, **en formato abierto y gratuito, un modelo de PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES PARA LA CONTRATACIÓN DE OBRAS, SERVICIOS Y SUMINISTROS POR PROCEDIMIENTO ABIERTO, RESTRINGIDO, NEGOCIADO, SISTEMA DINÁMICO, ACUERDO MARCO Y ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN**<sup>1</sup>. Estos pliegos están adaptados específicamente para la gestión de fondos comunitarios. Pueden ser directamente utilizados por todas las entidades del sector público, para todos los procedimientos señalados y para la tramitación ordinaria, urgente y anticipada de los expedientes de contratación. Los pliegos parten del sistema de contratación desarrollado en la última década por el Ayuntamiento de Valladolid, sistema que obtuvo dos reconocimientos de la Comisión Europea como modelo de buenas prácticas en contratación socialmente responsable y en fomento de la contratación con pymes<sup>2</sup>. Estos pliegos han sido recomendados el Observatorio de Contratación Pública y por la FEMP para la gestión contractual de fondos comunitarios. Los pliegos tienen en cuenta las recomendaciones y guías de las Instituciones comunitarias para la gestión de los fondos europeos<sup>3</sup> y de los órganos consultivos españoles<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Estos pliegos están disponibles en <https://cositalnetwork.es/contenidos/675/modelos>

<sup>2</sup> Ese sistema obtuvo el primer Premio en los PREMIOS EUROPEOS A LA PROMOCIÓN EMPRESARIAL 2019, en la categoría MEJORA DEL ENTORNO EMPRESARIAL. En la “GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE”, publicada por la Comisión europea de junio de 2020, es el único sistema integral de contratación, pues los demás ejemplos son casos de contratos concretos.

<sup>3</sup> En estos pliegos se han tenido en cuenta las recomendaciones de la Comisión Europea recogidos en la «Guía práctica de contratación pública para profesionales Sobre cómo evitar los errores más comunes en los proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos» (de febrero de 2018); el «Anexo a la Decisión de la Comisión por la que se establecen las directrices para la determinación de las correcciones financieras que deben aplicarse a los gastos financiados por la Unión en caso de incumplimiento de las normas aplicables a la contratación pública (Bruselas, 14.5.2019. C (2019) 3452 final)». También se ha recogido propuestas incluidas en la «Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco jurídico de la Unión para detener e invertir la deforestación mundial impulsada por la Unión (2021/C 404/11)»; la «Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2020, sobre una nueva estrategia industrial para Europa (2021/C 425/06)»; o el documento de la Comisión Europea, «Adquisiciones sociales- una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas, de 18 de junio de 2021».

<sup>4</sup> En concreto las Instrucciones de la Junta Consultiva de Contratación pública del Estado de 11 de marzo y 23 de diciembre de 2021

Estos pliegos son los mismos para todas las entidades del sector público, con independencia del origen de su financiación. Permiten agilizar el procedimiento de adjudicación; extremar las exigencias legales y las demandas para la gestión de fondos comunitarios para evitar el fraude, el favoritismo y la corrupción; contemplan medidas concretas para aplicar en todas las fases del procedimiento criterios sociales y medioambientales, fomento de la innovación y facilitar la participación y la adjudicación de contratos a pymes; refuerzan los mecanismos de seguimiento de la ejecución de los contratos, incluida la subcontratación, y el control de la calidad de los trabajos. Estos pliegos tratan de evitar las remisiones al texto legal y cerrar las remisiones que esta hace a los pliegos; y adaptan la normativa en materia de protección de datos de los licitadores, la confidencialidad de las ofertas y la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Dado que los pliegos pueden ser utilizados por todas las entidades del sector público, se prevé la posibilidad del ejercicio de prerrogativas públicas por parte de las que no tengan la naturaleza de administraciones públicas, equilibrando el carácter privado de esos contratos con la posibilidad de utilizar determinadas prerrogativas propias de la Administración cuando satisfacen necesidades de interés general, como sucede en muchos casos con el servicio del ciclo integral del agua o la gestión de fondos comunitarios; ello especialmente en caso de resolución anticipada de los contratos; y en estos contratos también se contempla la posibilidad de recurrir al arbitraje para la resolución de controversias.

La **permanente evolución normativa y doctrinal de la contratación pública** y la aprobación de nuevas normas para el control de la gestión de los fondos Next Generation UE exige **actualizar dichos pliegos** para adaptarlos a esos cambios. Se han consolidado estos pliegos a fecha 31 de enero de 2023, con las modificaciones aprobadas en la LCSP a lo largo del año 2022, especialmente con la Ley 31/2022, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 y Real Decreto-ley 14/2022. También se ha incorporado la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión europea dictada en las STUE de 15 de septiembre de 2022, asunto C 416/21, STJUE de 20 de octubre de 2022, asunto C-585/20; de 17 de noviembre de 2022; asunto C-54/21 y STJUE de 8 de diciembre de 2022, asunto C-769/21. Igualmente, se incorporan las previsiones que establece 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.

Exponemos los cambios los cambios introducidos en los pliegos para que las entidades que los utilizan puedan conocer esas modificaciones y su motivación y, quien utilice sus propios pliegos, pueda valorar la conveniencia de introducir cambios similares para incorporar esas modificaciones normativas y doctrinales:

- Se prevé la posibilidad de utilizar estos pliegos en los supuestos excepcionales de **contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras al mismo empresario**, que se permite para agilizar la gestión de proyectos financiados por el PRTR en el artículo 52 bis del 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 (contemplado también en el artículo 234 de la LCSP). Se recoge que a estos contratos se aplicará, además del pliego de obras, el pliego tipo de contratos de servicios para los trabajos específicos de elaboración del proyecto. Se advierte expresamente que, en estos contratos, cualquier modificación derivada de errores o imprevisiones en el proyecto, serán por cuenta del adjudicatario, sin que se pueda modificar el precio del contrato por esas causas (cláusula 1.A del pliego modelo de COSITAL).

- **Limitación de lotes adjudicados a empresas vinculadas** cuando haya indicios de falta de independencia en las ofertas. En la versión anterior de estos pliegos, como medida para promover la contratación con pymes ‘reales’ y reducir los riesgos de prácticas colusorias y presentación de ofertas simultáneas por empresas solo formalmente autónomas, se contemplaba la exclusión automática de ofertas presentadas por empresas vinculadas en los términos del artículo del artículo 42 del Código de Comercio, o si por cualquier otro medio existiese una relación directa entre la dirección, administración o titularidad de las empresas que pudiera comprometer su concurrencia de manera competitiva. Esta exclusión directa ha sido rechazada por algunas resoluciones de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales e informes de Juntas Consultivas de contratación Administrativa por entender que no está expresamente contemplada en la ley y por ello se considera contraria al principio de libertad de concurrencia (RTACRC 1182/2018; IJCCA Aragón 1/2019). No obstante, se había admitido la exclusión aplicando la doctrina del “levantamiento del velo” en caso de sospechas de prácticas colusorias (RTACRC 1278/2019; RTACRC 548/2020; STSJCyL de 20 de junio de 2019, rec. 432/2018); o cuando se acredite una unidad de negocio que permita considerar un solo operador económico (RTACP de Madrid 122/2022). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea avanza en esta línea. La **STJUE de 15 de septiembre de 2022, asunto C 416/21**, concluye en virtud del principio de igualdad de trato, se puede obstaculizar la adjudicación del contrato cuando se trate a operadores económicos que formen una unidad económica y cuyas ofertas, aunque presentadas de forma individual, no sean autónomas ni independientes. Es decir, pueden excluirse a las empresas que hayan formulado sus ofertas de forma coordinada, pese a que tal exclusión no se recoja expresamente en el artículo 57.4 de la Directiva 2014/24. El considerando 63 de la sentencia matiza que, para llegar a esa la conclusión, se han debido realizar las comprobaciones y apreciaciones necesarias para llevar al convencimiento razonable de que las ofertas no se han elaborado de manera autónoma e independiente. De ello deducimos que la exclusión de empresas vinculadas no puede ser automática, pero sí deben excluirse si la mesa de contratación hace una comprobación que le permita llegar a esa conclusión. En caso de que, a la vista de la documentación de las ofertas, la mesa no tenga la certeza de la independencia o no de las ofertas, debe realizar alguna comprobación al efecto. Para ello proponemos en los pliegos trasladar la carga de la prueba a las empresas vinculadas para que acrediten la independencia entre sus ofertas. Ese traslado de la carga, similar al de la justificación de las ofertas anormalmente bajas, entendemos que está también amparado en el deber de integridad de las empresas (art. 54.4.c de la Directiva 24), integridad que tendrán que acreditar cuando haya dudas de que puedan actuar de manera concertada. Esta previsión de ha incorporado a la cláusula 1.D, *in fine* de los tres pliegos tipo.
- **Confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores.** Se introduce una matización a la redacción anterior para recoger con mayor precisión la doctrina de la **STJUE de 17 de noviembre de 2022, asunto C-54/21**. se concreta que será el órgano de contratación quien valore el efectivo carácter de “confidencial” de la información presentada por los licitadores, teniendo en cuenta, entre otros criterios, que la información tenga un valor estratégico o comercial para la empresa que no se limita al contrato público de que se trate, de modo que su divulgación pueda menoscabar los intereses comerciales legítimos o pueda afectar a su competencia en el mercado (cláusula 2.D).

- **Requisitos de capacidad y solvencia. Se incorpora la modificación del art. 88.1.a)** de la LCSP realizada por la Disposición final vigésima séptima de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, indicándose, en relación a la solvencia técnica y profesional: cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las **pruebas de las obras pertinentes ejecutadas en los últimos diez años** (cláusula 9.B.2). En cuanto a la forma de acreditar la solvencia económica y financiera, se incluye como forma de acreditar el volumen de negocio de las empresas el «**certificado de importe neto de la cifra de negocios**» expedido por la AEAT (además de con la aportación del resumen de la declaración del IVA presentada a Hacienda, modelo 390).
- **Contratos reservados.** Cuando se reserven contratos a centros especiales de empleo de carácter social o empresas de inserción y concurren empresas con la intención de constituirse en UTE, **se precisa que todas las empresas que se agrupen han de reunir la condición de las empresas para las que está reservado el contrato.** El carácter de Centro Especial de Empleo o de empresa de inserción es una condición legal de aptitud y no un requisito de solvencia, por ello no puedan operar en este punto las reglas de acumulación previstas en la normativa contractual (cláusula 9.C).
- **Ofertas anormalmente bajas.** En el caso de excluirse alguna oferta anormalmente baja por considerar que no pueda ser cumplida de forma satisfactoria a la vista de la justificación realizada por el ofertante o porque este no realiza motivación alguna, la mesa realizará una **nueva clasificación de las ofertas que continúen en el proceso.** Es el criterio marcado por la Sentencia de la audiencia Nacional de 2 de febrero de 2022, 794/2019, estimando un recurso contra la Resolución del Tribunal Económico-administrativo (cláusula 20).
- **Actuación de la mesa en caso de detección de “banderas negras” por el programa MINIERVA”.** 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, establece en su artículo 7.3, para los contratos que ejecuten este Plan, la obligación de que los pliegos contemplen que será motivo de exclusión del procedimiento de contratación, la no aportación de la información de la titularidad real de las empresas licitadores de las que la AEAT no disponga de esos datos, a la vista del cruce de información realizado por el programa informático MINERVA los licitadores. Los informes jurídicos y de fiscalización de los pliegos deben comprobar la inclusión en los mismos de esta cláusula de exclusión (cláusula 21.b de los tres pliegos tipo).
- **Actuaciones ante ofertas con indicios de colusión.** Los pliegos que anteriormente establecían un procedimiento específico **a seguir ante la CNMC en el caso de apreciar en algunas de las ofertas** sospechas de ser fruto de acuerdos colusorios. Se remite ahora el pliego al nuevo procedimiento recogido al efecto, para los contratos sometidos a regulación armonizada, en el artículo 150.1 de la LCSP, en la redacción que le ha dado la disposición final vigésima séptima de la Ley 31/2022, de PGE para el año 2023 (cláusula 21.B.4).

- La obligación de **contar con planes de igualdad entre mujeres y hombres se exige a los adjudicatarios que sean empresas de más de 50 trabajadores** conforme a la aplicación secuencial del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres. Se requiere este documento al adjudicatario cuando la empresa supere ese número de trabajadores (cláusula 23).
- **Garantía complementaria mediante retención del precio.** Se prevé la posibilidad de no elegir esta modalidad de garantía en los contratos financiados por cualquier tipo de fondo comunitario cuando en la justificación se prevea que no se admitirán descuentos en los pagos, circunstancia se debe hacer constar en el cuadro de características particulares del contrato (cláusula 24).
- **Prórrogas de contratos basados en acuerdos marco o derivados de sistemas dinámicos.** Se incorpora la previsión que la Ley 21/2022 incluyó en el artículo 29.4 de la LCSP para poder prorrogar estos contratos: que, se hayan enviado las invitaciones a presentar oferta del nuevo contrato basado o específico al menos quince días antes de la finalización del contrato originario (cláusula 28.C.g).
- **Plazo de pago de las facturas derivadas de los contratos.** El plazo que establece el artículo 198.4 de la LCSP ha sido considerado contrario a la Directiva 2011/7/UE, sobre morosidad, por la **STJUE de 20 de octubre de 2022**, asunto c-585/20. El Tribunal Supremo ha admitido esta doctrina en la STS de 5 de diciembre de 2022, rec. 5563/2020 (cambiando su criterio anterior que había reiterado en la STS de 21 de noviembre de 2022), asumiendo que, como regla general, **el pago de las facturas ha de hacerse en 30 días** desde su entrada en el registro de la entidad contratante. Incorporamos esta regla en la cláusula 48.D, manteniendo la posibilidad de ampliar el plazo a 60 cuando se justifique esa necesidad y se advierta en el CCP, como permite la citada Directiva.
- **Asistencia de la intervención a la recepción material de los contratos.** Se incorpora la nueva regulación que para la asistencia de la Intervención a la recepción material de las inversiones ha introducido en la DA.3ª.3 la LPGE para 2023, preceptiva como regla general en los contratos de valor estimado igual o superior a 50.000€, IVA excluido y en los de valor inferior cuando lo determinen las bases de ejecución del presupuesto. No se concretan las cuantías, haciendo una remisión general a la normativa aplicable (cláusula 54.A).
- **Control de pago a subcontratistas y proveedores.** Se incorporan las modificaciones que en el artículo 217 de la LCSP introdujo la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas. Así, se impone la obligación de que, en los contratos de valor estimado superior a los 5 millones de euros y en los que el importe de la subcontratación sea igual o superior al 30 por ciento del precio del contrato, el contratista deberá aportar en cada certificación de obra, justificación de los pagos a los subcontratistas del contrato (cláusula 39.B). Y se prevé una nueva **penalización en caso de incumplimiento de pagos a subcontratistas** en el supuesto contemplado en el artículo 217.3 de la LCSP (cláusula 51).
- En el cuadro de características particulares de los contratos, además de alguna pequeña corrección técnica, en especial en la regulación del sistema dinámico de adquisición, se introducen tres cambios:

- Se recoge expresamente la posibilidad de podrá utilizar el **procedimiento negociado sin publicidad por razón de imperiosa urgencia** previsto en el artículo 168.b) de la LCSP para los contratos de obras, suministros o servicios que tengan por objeto la **mejora energética** de sus edificios e instalaciones, con las especialidades que se establecen en el artículo 30 del Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural.
- Se precisan con mayor detalles las cláusulas se definen las condiciones, requisitos y obligaciones en **materia de protección de datos personales** que debe cumplir el adjudicatario del contrato, que son las previstas para el **encargado de tratamiento** de datos en el artículo 28 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD en lo sucesivo) y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD en adelante).
- Se sustituye el modelo de **Declaración de Ausencia de Conflicto de interés** que había incorporado la Orden HFP 1030/2021 de 29 de septiembre, por la que recoge la Orden 55/2023, de 24 de enero. Y se incluye el modelo de confirmación de ausencia de conflicto de interés que también añade esta Orden.

14 de febrero de 2023  
José Manuel Martínez Fernández  
Doctor en Derecho.  
Director del Observatorio de Contratación Pública Local del COSITAL