



INSTRUCCIÓN DE 23 DE DICIEMBRE DE 2021 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO 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.

Clasificación de informes: 32. Recomendaciones, acuerdos y circulares.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, conforme señala el artículo 57 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 (en adelante PRTR), tiene competencia para resolver las dudas que se puedan plantear sobre la interpretación de las normas sobre contratación pública del citado Real Decreto-ley. Esta norma también habilita a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para dictar las Instrucciones que resulten necesarias para coordinar la aplicación de las disposiciones anteriores a fin de la correcta tramitación de los contratos financiados con fondos del PRTR, las cuales serán obligatorias para todos los órganos de contratación del sector público estatal.

En el ejercicio de esta función, este órgano colegiado ha considerado oportuno adoptar una instrucción sobre diversos aspectos relacionados con la gestión y la información referentes a los procedimientos de licitación de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del PRTR.



La presente Instrucción cuenta, de acuerdo con su propia naturaleza, con el carácter de vinculante para todos los órganos de contratación del sector público estatal. Sin perjuicio de ello, se aprueba con el ánimo de incrementar la seguridad jurídica y de que, en beneficio de todos, sirva de guía para una aplicación uniforme por parte de todos los órganos de contratación de los aspectos en ella incluidos.

Por todo lo expuesto, y a efectos de recoger y dar difusión al criterio interpretativo de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en la materia citada, se aprueba la siguiente Instrucción en la sesión de su Comisión Permanente de XX de noviembre de 2021.

INSTRUCCIÓN

1. INTRODUCCIÓN.

La exposición de motivos 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 nos recuerda que el Consejo Europeo del 21 de julio de 2020 acordó que la Unión Europea enfrentase mediante medidas concretas el esfuerzo sin precedentes necesario para impulsar, ante la gravísima situación sanitaria, social y económica causada por la pandemia originada por el COVID-19, la convergencia, la resiliencia y la transformación en la Unión Europea.



Tales medidas se concretan en el denominado Instrumento Europeo de Recuperación («*Next Generation EU*») que, bajo determinadas condiciones, implicará para España una notable inyección de fondos en forma de transferencias y préstamos para el periodo 2021-2026.

Es evidente que una de las fórmulas de mayor impacto a través de la cual las entidades públicas beneficiarias de los fondos europeos van a poder hacer efectivas las actividades financiadas con aquellos es la de los contratos públicos. Ante esta circunstancia, no es de extrañar que haya sido necesario regular ciertos aspectos relacionados con la licitación de los contratos financiados de este modo, especialmente con el fin de aplicar ágilmente los fondos europeos. Tal regulación se contiene en el Real Decreto-Ley antes mencionado y ha sido objeto de desarrollo a través de 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 de la Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el procedimiento y formato de la información a proporcionar por 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 de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Estas dos normas, cuyo contenido obligatorio indiscutible se ha de destacar a través de este documento, plantean diversos aspectos relacionados con los contratos públicos que es oportuno destacar, facilitando de este modo la labor de los órganos de contratación en relación con los contratos financiados con fondos procedentes del tan citado Plan.

La aplicación de tales normas alcanza a los contratos públicos que liciten las entidades que integran el sector público de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, incluido el sector público de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y a cualesquiera otros agentes implicados en



la ejecución del PRTR como perceptores de fondos. Por tanto, en diversos aspectos resultan obligados, no sólo los órganos de contratación del sector público, sino también los licitadores, contratistas y subcontratistas privados. Su ámbito objetivo incluye los componentes, estructurados en las reformas e inversiones, hitos y objetivos que integran el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Analizaremos a continuación el contenido de tales normas en los aspectos más relevantes para la contratación pública sin pretensión de exhaustividad, especificando cuáles son las actuaciones más importantes que imponen a cada órgano de contratación durante la selección del contratista y en la ejecución del contrato público.

2. ACTUACIONES QUE SE IMPONEN AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN EN LOS CONTRATOS FINANCIADOS CON FONDOS DEL PRTR.

Las exigencias establecidas en las Órdenes Ministeriales objeto de la presente Instrucción resultan obligatorias para todos los órganos de contratación del sector público en los contratos financiados con fondos procedentes del PRTR. En relación con los contratos públicos podemos resumir tales obligaciones del modo siguiente:

I

Actuaciones del órgano de contratación o de las entidades ejecutoras.

a) El órgano de contratación habrá de definir y planificar correctamente las condiciones bajo las cuales va a tener lugar la selección del contratista y la ejecución del contrato público.

Precisamente, las dos normas objeto de la presente instrucción tienen como objetivo configurar un sistema de gestión específico orientado a definir, planificar, ejecutar, seguir y controlar las actuaciones previstas en los componentes del PRTR, especialmente desde el punto de vista de la información que se ha de suministrar a las entidades encargadas de tal control.

b) Resulta necesario asegurarse de que los principios aplicables al PRTR se cumplen adecuadamente en su actuación mediante la correspondiente definición y autoevaluación.

Cuando cualquiera de las actividades financiadas con fondos del PRTR se realice a través de la figura de un contrato público le resultan de aplicación, además de las normas generales sobre contratación pública, los principios de gestión específicos del Plan. Los mismos están definidos en el artículo 2 de la norma y son los siguientes:

- Concepto de hito y objetivo, así como los criterios para su seguimiento y acreditación del resultado.
- Etiquetado verde y etiquetado digital.
- Análisis de riesgo en relación con posibles impactos negativos significativos en el medioambiente (*Do no significant harm*, DNSH), seguimiento y verificación de resultado sobre la evaluación inicial.
- Refuerzo de mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de interés.

- Compatibilidad del régimen de ayudas de Estado y prevención de la doble financiación.
- Identificación del perceptor final de los fondos, sea como beneficiario de las ayudas, o adjudicatario de un contrato o subcontratista.
- Comunicación.

Es responsabilidad de las entidades que licitan contratos públicos financiados con fondos del PRTR asegurarse de que estos principios se cumplen adecuadamente en su actuación mediante la correspondiente definición y autoevaluación. Con este fin deben adoptar las iniciativas necesarias para garantizar la adecuación de los procedimientos y realizar las labores de autoevaluación que les correspondan conforme a la norma. Tales funciones se plasman en todas las fases del contrato público, teniendo en cuenta el régimen transitorio y los plazos de implementación de determinadas acciones contenidas en las Órdenes HFP/1030/2021 y HFP/1031/2021.

c) Resulta obligado realizar una evaluación del riesgo de fraude, corrupción o conflicto de interés aplicada al contrato público en cuestión.

Con este fin, los órganos de contratación habrán de realizar las siguientes actividades, siempre en la fase de preparación del contrato:

i) *La cumplimentación de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses (DACI)*¹. Esta obligación se impone en las diferentes fases del contrato a todos los intervinientes en el mismo y, de una manera especial al titular o titulares del órgano de contratación, a los que participen en la redacción de los pliegos del contrato (tanto el de cláusulas administrativas particulares como el de prescripciones técnicas), a los miembros de las mesas o juntas de contratación, a los miembros del comité de expertos o a los técnicos que elaboren los informes de valoración en el seno del contrato. En el caso de órganos colegiados como el comité de expertos, la mesa o la junta de contratación dicha declaración se realizará, por una sola vez para cada licitación, al inicio de la primera reunión y se dejará constancia en el acta.

También resulta imprescindible que el contratista presente la declaración, la cual en su caso debe aportarse en el mismo momento de la formalización del contrato o inmediatamente después. Igualmente habrá de presentarse por todos los subcontratistas.

(ii) Acreditar la disponibilidad de un procedimiento para abordar conflictos de intereses y fraudes que comprenda las medidas de prevención, detección, corrección y persecución apropiadas.

Tales medidas deberían estar incorporadas al plan aprobado previamente por la entidad decisora o ejecutora, pero su existencia deberá documentarse en el expediente de contratación. Se recuerda que estas medidas serán obligatorias a medida que se aprueben los correspondientes Planes de

¹ El modelo de declaración de ausencia de conflicto de intereses está recogido en el Anexo IV.A. y C. (contratistas) de 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.



medidas antifraude, conforme a lo señalado en el artículo 6.5 de la Orden HFP/1030/2021.

Todas estas materias están desarrolladas en detalle en el Anexo III.C de la orden que estamos analizando.

II

Aspectos a incluir en los pliegos rectores del contrato.

a) En los pliegos es conveniente incluir una referencia a los hitos y objetivos que se han de cumplir, a los plazos temporales para su cumplimiento y a los mecanismos establecidos para su control. Podrán preverse penalidades y causas de resolución del contrato con el fin de garantizar su cumplimiento.

No hay que olvidar que la ejecución del PRTR se debe llevar a cabo bajo el principio del compromiso con el resultado. Es oportuno recordar la obligación de realizar los test y análisis a que se refiere la Orden. Con el fin de poder reaccionar correctamente cuando se detecte el incumplimiento de hitos u objetivos y este sea imputable a los contratistas podrán preverse penalidades e incluso adaptar las causas de resolución del contrato (especialmente las previstas en las letras d) y f) del artículo 211 de la LCSP) con este fin. En la medida en que la resolución del contrato puede aparejar un importante retraso y atendiendo al tipo de contratos de que estamos tratando, cuya ejecución puede tener que estar finalizada en un plazo limitado, la inclusión de una causa de resolución por esta causa se producirá únicamente en supuestos excepcionales en que tal retraso no

suponga, desde este punto de vista, un perjuicio significativo para la entidad contratante.

b) En los pliegos se habrá de incluir necesariamente una referencia al preceptivo cumplimiento de las obligaciones asumidas en materia de etiquetado verde y etiquetado digital y los mecanismos establecidos para su control, así como al preceptivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por la aplicación del principio de no causar un daño significativo y las consecuencias en caso de incumplimiento.

Será oportuno prever como causa de modificación del contrato la orden de la Autoridad Responsable para adoptar medidas correctoras en estos puntos. También parece razonable que el órgano de contratación atienda, a la hora de elaborar los pliegos, a las orientaciones aprobadas por los órganos competentes en la materia.

Se recuerda que, con la finalidad de facilitar el seguimiento y evaluación del cumplimiento del compromiso de etiquetado verde y digital, el sistema de información y seguimiento incorporará una estructura de datos que permita determinar la aportación de los distintos proyectos y subproyectos al objetivo fijado en el CID.

c) En los pliegos se habrá de incluir necesariamente una referencia expresa a la obligatoria aplicación al contrato en cuestión del plan de medidas antifraude y anticorrupción –incluyendo el conflicto de intereses– correspondiente al contrato, que habrá de haberse aprobado previamente por la entidad decisora o ejecutora.

Esta obligación se impone con el fin de garantizar y declarar que, en su respectivo ámbito de actuación, los fondos correspondientes se han utilizado de conformidad con las normas aplicables, en particular, en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses. Se recuerda nuevamente que estas medidas serán obligatorias a medida que se aprueben los correspondientes Planes de medidas antifraude, conforme a lo señalado en el artículo 6.5 de la Orden HFP/1030/2021.

d) En los pliegos se habrá de incluir necesariamente la obligación de cumplimentación de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses (DACI) por todas las personas obligadas a ello.

Tal obligación refuerza la exigencia imperativa del cumplimiento de tal obligación para el contratista una vez que se haya formalizado el contrato. Se recomienda que se prevean penalidades para el incumplimiento de esta obligación. También es posible configurarla como una obligación contractual esencial y calificarla como causa de resolución del contrato. En la medida en que la resolución del contrato puede aparejar un importante retraso y atendiendo al tipo de contratos de que estamos tratando, cuya ejecución puede tener que estar finalizada en un plazo limitado, la inclusión de una causa de resolución por esta causa se producirá únicamente en supuestos excepcionales en que tal retraso no suponga, desde este punto de vista, un perjuicio significativo para la entidad contratante.

e) También se hará constar en el pliego la obligación de cumplimiento de las obligaciones de información previstas en el artículo 8.2 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre.

Tales obligaciones alcanzan a los siguientes aspectos:

- NIF del contratista o subcontratistas.
- Nombre o razón social.
- Domicilio fiscal del contratista y, en su caso, de los subcontratistas.
- Aceptación de la cesión de datos entre las Administraciones Públicas implicadas para dar cumplimiento a lo previsto en la normativa europea que es de aplicación y de conformidad con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (Modelo anexo IV.B).
- Declaración responsable relativa al compromiso de cumplimiento de los principios transversales establecidos en el PRTR y que pudieran afectar al ámbito objeto de gestión (Modelo anexo IV.C).
- Los contratistas acreditarán la inscripción en el Censo de empresarios, profesionales y retenedores de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o en el Censo equivalente de la Administración Tributaria Foral, que debe reflejar la actividad efectivamente desarrollada en la fecha de participación en el procedimiento de licitación.

La inclusión de tales obligaciones en el pliego de cláusulas administrativas particulares refuerza la obligatoriedad de la Orden e informa específicamente al contratista (o al subcontratista si es que existe) de su obligación de aportar toda esta información al órgano de contratación, incrementando la seguridad jurídica. Conviene también recordar el régimen transitorio que, en esta materia, contiene la disposición transitoria única de la norma.

f) La obligación de aportación por parte del contratista y de los subcontratistas de la información relativa al titular real del beneficiario final de los fondos en la forma prevista en el artículo 10 de la Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre.

El artículo 10 de la Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, establece la obligación de todas las entidades ejecutoras del PRTR de aportar la información sobre el nombre y fecha de nacimiento del titular real² del contratista y el subcontratista en los términos establecidos en el punto 6

² «titular real»: la persona o personas físicas que tengan la propiedad o el control en último término del cliente o la persona o personas físicas por cuenta de las cuales se lleve a cabo una transacción o actividad, con inclusión, como mínimo, de:

a) en el caso de las personas jurídicas:

i) la persona o personas físicas que en último término tengan la propiedad o el control de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta de un porcentaje suficiente de acciones o derechos de voto o derechos de propiedad en dicha entidad, incluidas las carteras de acciones al portador, o mediante el control por otros medios, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y que estén sujetas a requisitos de información acordes con el Derecho de la Unión o a normas internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad.

El hecho de que una persona física tenga una participación en el capital social del 25 % más una acción o un derecho de propiedad superior al 25 % en el cliente será un indicio de propiedad directa. El hecho de que una sociedad, que esté bajo el control de una o varias personas físicas, o de que múltiples sociedades, que estén a su vez bajo el control de la misma persona o personas físicas, tenga una participación en el capital social del 25 % más una acción o un derecho de propiedad superior al 25 % en el cliente será un indicio de propiedad indirecta. Lo anterior se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a decidir que un porcentaje menor pueda ser indicio de propiedad o control. La existencia de «control por otros medios» podrá determinarse, entre otras maneras, de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 22, apartados 1 a 5, de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo,

ii) en caso de que, una vez agotados todos los medios posibles y siempre que no haya motivos de sospecha, no se identifique a ninguna persona con arreglo al inciso i), o en caso de que haya dudas de que la persona o personas identificadas sean los titulares reales, la persona o personas físicas que ejerzan un cargo de dirección de alto nivel, las entidades obligadas conservarán registros de las medidas tomadas para identificar a quien ejerce la titularidad real con arreglo al inciso i) y al presente inciso;

b) en el caso de los fideicomisos:

i) el fideicomitente,

ii) el fideicomisario o fideicomisarios,

iii) el protector, de haberlo,

iv) los beneficiarios; o cuando los beneficiarios de la entidad o la estructura jurídicas estén aún por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúan principalmente la entidad o la estructura jurídicas,

v) cualquier otra persona física que ejerza en último término el control del fideicomiso a través de la propiedad directa o indirecta o a través de otros medios;

c) si se trata de entidades jurídicas como las fundaciones, y de estructuras jurídicas similares a los fideicomisos, estarán incluidas en esta categoría la persona o personas físicas que ejerzan un cargo equivalente o similar a los contemplados en la letra b);



del artículo 3 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, en los términos en los que se determine por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, con la finalidad de dar cumplimiento a la exigencia del artículo 22.d) del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021. En tanto no se efectúe este desarrollo sería conveniente indicarse en los pliegos el modo de acreditar esta obligación.

g) 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.

h) Las normas sobre conservación de la documentación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 132 del Reglamento Financiero.

i) En los pliegos se han de hacer constar otras cuestiones tales como el obligado cumplimiento de los compromisos en materia de comunicación, encabezamientos y logos que se contienen en el artículo 9 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre.

Cabe destacar también en este punto la conveniencia de que, en determinados casos, se elaboren modelos de pliegos ajustados a las nuevas exigencias impuestas por las Órdenes HFP 1030/2021 y 1031/2021, todo ello de acuerdo con el artículo 54 del Decreto-ley 36/2020.



III

Aspectos a incluir en el expediente de contratación:

a) En el expediente de contratación se habrá de hacer constar en un documento que forme parte del expediente cuáles son las actuaciones previas (las mencionadas en el apartado 2.I de esta Instrucción) ya realizadas.

b) También se habrá de hacer constar la constatación de que se ha realizado una evaluación de riesgo de fraude, corrupción o conflicto de interés aplicada al contrato público en cuestión.

A esta cuestión se ha hecho referencia en el apartado 2.I c) i) de esta instrucción.

c) Se hará referencia a la disponibilidad de un procedimiento para abordar conflictos de intereses y fraudes.

A esta cuestión se ha hecho referencia en el apartado 2.I c) ii) de esta instrucción, siendo suficiente una mención a tal disponibilidad, sin necesidad de incluir el documento que contenga ese procedimiento.



d) Se incluirán todas las DACI cumplimentadas por los intervinientes en la licitación por parte del órgano de contratación y las de contratistas y subcontratistas cuando se obtengan.

e) Por su importancia, es necesario también incluir constancia de la verificación que debe realizar el órgano gestor para garantizar la ausencia de doble financiación del contrato.