

INFORME 2/2022, DE 28 DE MARZO, DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

OBJETO: APLICACIÓN DEL TÍTULO II DEL REAL DECRETO-LEY 3/2022, DE 1 DE MARZO, RESPECTO A LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES EN MATERIA DE REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS

I.- ANTECEDENTES.

Durante el pasado año, los precios de las materias primas registraron un fuerte incremento, derivado de la recuperación económica global experimentada y el subsiguiente aumento de la demanda de materias primas, productos y servicios. Esto ha ocasionado incrementos de costes que eran imprevisibles en el momento de la licitación de unos contratos que provoca grandes dificultades en su ejecución y excede del que puede ser incluido en los riesgos que el contratista ha de asumir en todo contrato público.

Por ello, el Consejo de Ministros ha aprobado el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras.

Transcurrido el plazo de alegaciones concedido a las tres Diputaciones Forales y a Eudel, ésta última presentó escrito de alegaciones con fecha 11 de marzo de 2022.

II.- COMPETENCIA.

En virtud del art. 26 párrafo segundo del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Junta Asesora de Contratación Pública tiene por objeto el ejercicio de la función consultiva, la coordinación y el desempeño de las actuaciones que de acuerdo con la normativa vigente en materia de contratación pública requieran su intervención.

Asimismo, de acuerdo con el art. 30 del citado Decreto corresponderá a la Comisión Permanente emitir dictámenes sobre cuestiones en materia de contratación pública que la Dirección de Patrimonio y Contratación someta a su consideración, ya sea por su especial importancia o por ser de interés general para las entidades del sector público.

III.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

En primer lugar, debe señalarse que 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, permite en su artículo 103 la revisión periódica y predeterminada para los contratos de obra del sector público a través del mecanismo de la revisión de precios, aplicable cuando el contrato se haya ejecutado al menos en un 20 por ciento de su importe y hayan transcurrido dos años desde su formalización.

Sin embargo, el alza de los precios de las materias primas indispensables para la realización de determinadas obras experimentada desde el año 2021, no puede afrontarse con dicho mecanismo en aquellos contratos cuyos pliegos no incorporan revisión de precios, así como en aquellos que, incorporándola, no hubieran transcurrido dos años desde su formalización o no se hubiera ejecutado el 20% de su importe.

Por ello, el ejecutivo estatal ha considerado oportuno adoptar medidas urgentes y de carácter excepcional para, únicamente en estos supuestos, permitir una revisión excepcional de los precios del contrato. Así, el Consejo de Ministros ha aprobado el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras.

Las medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras se recogen en el Título II del citado Real Decreto-ley 3/2022, artículos del 6 al 10 del mismo, donde se regulan los supuestos en los que será posible esta revisión excepcional

de precios, los criterios para el cálculo de la revisión, el procedimiento para su reclamación y la forma de pago.

Así, el artículo 6 regula los casos susceptibles de revisión excepcional de precios en los contratos de obra. Al respecto, se ha de destacar que la norma se refiere, sólo y exclusivamente, a los contratos de obras, no previéndose esta revisión excepcional de precios para otro tipo de contratos, como podrían ser los de suministro o servicios. Por tanto, afecta a los contratos públicos de obras, ya sean administrativos o privados, adjudicados por las entidades que forman parte del sector público estatal y que se encuentren en ejecución a la entrada en vigor del RDL. Igualmente, también resulta aplicable a los contratos públicos de obras sometidos al Real Decreto-ley 3/2020 (contratación por entidades que operan en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales).

Es importante destacar la previsión que señala el apartado tercero del artículo 6, por cuanto establece que lo dispuesto en el Título II será aplicable en el ámbito de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla que así lo acuerden. Consecuentemente, será necesario que cada Comunidad Autónoma adopte un acuerdo en este sentido para su aplicación en el ámbito de la Comunidad Autónoma y de las Entidades Locales existentes en su territorio.

Por otra parte, el artículo 7 regula los requisitos que deben concurrir para el reconocimiento de la revisión de precios y son los siguientes:

a) Se reconocerá cuando el incremento del coste de los materiales empleados para la obra adjudicada haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante el ejercicio 2021. En este sentido, se considerará que existe ese impacto cuando el incremento del coste de materiales siderúrgicos, bituminosos, aluminio o cobre, calculado aplicando a los importes del contrato certificados en el ejercicio 2021 su fórmula de revisión de precios si la tuviera y, en su defecto, aplicando la que por la naturaleza de las obras le corresponda de entre las fijadas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, exceda del 5% del importe certificado del contrato en el ejercicio 2021.

b) La cuantía de la revisión excepcional no podrá ser superior al 20% del precio de adjudicación del contrato. La cuantía de revisión excepcional de precios no se tomará en consideración a los efectos de los límites sobre modificaciones contractuales.

Asimismo, el artículo 8 regula los criterios de cálculo de la revisión excepcional de precios, señalando como debe calcularse la cuantía resultante de la revisión.

Por otro lado, el artículo 9 establece un procedimiento específico para la revisión excepcional de precios. Así, corresponde al órgano de contratación aprobar, si procede, la revisión excepcional de precios y se establece como requisito necesario que el contratista previamente realice una solicitud, que debe presentarse en el plazo de dos meses a contar bien desde la entrada en vigor del RDL (2 de marzo de 2022), o bien desde la publicación de los índices mensuales de los precios de los componentes básicos de costes, relativos al último trimestre de 2021, si dicha publicación fuera posterior.

Junto a la solicitud del contratista, debe acompañarse la documentación necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias de excepcionalidad que establece el RDL.

El órgano de contratación debe apreciar que se cumple la circunstancia de excepcionalidad. Si considera que no se ha aportado debidamente la documentación, concederá un plazo improrrogable de 7 días hábiles al contratista para subsanar el defecto. Si no se subsana en plazo, se denegará la solicitud.

Igualmente, el órgano de contratación debe dictar una propuesta provisional indicando si procede o no reconocer la revisión excepcional de precios y fórmula aplicable al contrato, dando traslado al contratista por un plazo de 10 días hábiles para formular alegaciones.

Asimismo, el órgano de contratación resolverá motivadamente la solicitud en el plazo de un mes a contar desde la recepción de las alegaciones o finalización del plazo para presentarlas. Si no se produce la resolución expresa en el citado plazo, faculta al solicitante para entenderla desestimada por silencio. La concesión de la revisión excepcional de precios no requerirá reajuste de la garantía definitiva.

El artículo 10 regula el pago de la cuantía resultante de la revisión excepcional de precios, estableciendo que el pago quedara condicionado a que el contratista desista, acreditándolo fehacientemente, de cualquier reclamación, recurso administrativo o acción judicial que hubiera interpuesto por causa del incremento del coste de los materiales del contrato concreto.

La cuantía resultante se aplicará en la certificación final de la obra, pero el órgano de contratación estará facultado para realizar pagos a cuenta a la fecha de pago de cada certificación de obra. El importe se corregirá, en su caso, al alza o a la baja, en la liquidación del contrato, con los índices oficiales definitivos correspondientes al período en que se haya aplicado la revisión.

Para asegurar la protección de los subcontratistas, el contratista que perciba la cantidad resultante de esta revisión excepcional deberá repercutir al subcontratista la parte que le corresponda por la porción de obra subcontratada.

Por último, el artículo 10 en su apartado 4 obliga, en los casos en los que se haya reconocido el derecho a la revisión excepcional de precios, a que el órgano de contratación, previa audiencia del contratista, apruebe un nuevo programa de trabajo adaptado a las circunstancias actuales de la obra, quedando el contratista obligado a cumplirlo. El incumplimiento del mismo por causa imputable al contratista producirá los efectos establecidos en el citado artículo (multas coercitivas, penalidades e incluso llegar a perder el derecho a la revisión excepcional de precios y devolver las cantidades recibidas y resolución del contrato por culpa del contratista).

Con la nueva regulación se permite la revisión excepcional de los precios de los contratos del sector público incluso en aquellos supuestos en que no procediese conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, bien por no haberse pactado en el contrato, bien por no haber transcurrido el periodo mínimo establecido en la ley o no haberse ejecutado la parte de la obra necesaria para la aplicación de la revisión. La utilización de este instrumento de la revisión excepcional de precios tiene la ventaja de su conocimiento por parte de los órganos de contratación, lo que facilita la aplicación urgente e inmediata de la medida, al tiempo que permite una modulación en sus componentes para que únicamente influyan en la cantidad resultante de la aplicación de la fórmula aquellos costes que se consideren procedentes.

Este Real Decreto-ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1. 18.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado competencia en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas. Por tanto, lo previsto en este Real Decreto-ley, que tiene carácter extraordinario y no modifica ni sustituye al marco vigente relativo a la revisión de los precios de los contratos públicos, establecido en la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española y en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, habrá de ser considerado legislación básica a los efectos de su aplicación por las demás Administraciones Públicas.

No obstante, se permite su aplicación facultativa en el ámbito propio de cada Comunidad Autónoma, pudiendo cada una de ellas decidir individualmente la aplicación de esta norma dispositiva, tal como se recoge en su artículo 6 apartado 3. En este sentido, debe señalarse también que de conformidad con el art. 11.1 b) de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de

diciembre, de Estatuto de Autonomía del País Vasco, es competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución dentro de su territorio de la legislación básica del Estado en materia de expropiación forzosa, contratos y concesiones administrativas, en el ámbito de sus competencias, y sistema de responsabilidad de la Administración del País Vasco.

IV.- CONCLUSIONES.

A la vista de todo lo anterior puede concluirse que el impacto económico de estas medidas será claramente positivo para el sector y conllevará una disminución del número de resoluciones de contratos, una menor litigiosidad y un mayor porcentaje de ejecución presupuestaria, todo lo cual contribuirá a afianzar la recuperación económica en un momento especialmente importante en el que se está ejecutando el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Debe señalarse que entre los elementos del contrato potencialmente revisables por este procedimiento excepcional no se incluye el precio de la energía, ya que el Gobierno ya ha adoptado importantes medidas para amortiguar el impacto de la subida de los precios mayoristas de la electricidad en la factura de hogares y empresas, como la rebaja del IVA o del Impuesto Especial sobre la Electricidad, la suspensión del Impuesto sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica; así como para la protección de los consumidores y la introducción de transparencia en los mercados mayorista y minorista de electricidad y gas natural y el fomento de la movilidad eléctrica, el autoconsumo y el despliegue de energías renovables (en concreto, se han aprobado el Real Decreto-ley 12/2021, de 24 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la fiscalidad energética y en materia de generación de energía, y sobre gestión del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua; el Real Decreto Ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad; el Real Decreto-ley 23/2021, de 26 de octubre, de medidas urgentes en materia de energía para la protección de los consumidores y la introducción de transparencia en los mercados mayorista y minorista de electricidad y gas natural; y el Real Decreto-ley 29/2021, de 21 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito energético para el fomento de la movilidad eléctrica, el autoconsumo y el despliegue de energías renovables).

Por tanto, se considera procedente adoptar el Acuerdo de aplicación del Título II del mencionado Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, incluyendo expresamente las Entidades Locales existentes en la misma.