MEDIDAS EXCEPCIONALES Y URGENTES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Boletín Oficial del Estado número 52, de fecha de 2 de marzo, publico 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.**

El Título II regulo medidas en materia de revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público estatal, el citado título fue modificado por el Real Decreto ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 76, de fecha de 30 de marzo.

Con ocasión de la publicación de ambas normas se comunico que el Título II no es directamente aplicable al sector público local, sus disposiciones se refieren a los distintos tipos de contratos de obras del sector público estatal indicando en el apartado 3 del artículo 6 que: "*Lo dispuesto en este Título también será aplicable en el ámbito de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla que así lo acuerden.*", por lo que será de aplicación a las entidades locales de aquellas comunidades autónomas que así lo acuerden.

El Boletín Oficial de Aragón, número 69, de fecha 8 de abril de 2022 el **Decreto-ley 3/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública de Aragón.**

Entrada en vigor (DF 2ª): al día siguiente de su publicación en el BOA.

En esta comunicación se aborda la aplicación de estas medidas a las entidades locales así como su contenido.

Con carácter previo resulta preciso destacar que no sólo la norma autonómica va a permitir la aplicación de la **revisión excepcional de precios** en los términos regulados por el Estado sino que va ampliar su ámbito de aplicación así como va a regular otras medidas excepcionales como la **modificación de los materiales** en los contratos de obra pública o la **inaplicación de penalidades por demora en la ejecución** de la obra, cuando el retraso sea imputable a la escasez en el mercado de suministros.

Plaza de España, 2. 50071 Zaragoza ● Teléfonos: 976 28 89 32 / 976 28 89 48 ● E-mail: zp4e@dpz.es

1.- APLICACIÓN DECRETO-LEY 3/2022 A LAS ENTIDADES LOCALES (DA 2ª)

El artículo 2 regula el ámbito de aplicación y por lo que se refiere al ámbito subjetivo indica que es el sector público autonómico.

En relación con la aplicación de estas medidas a las entidades locales es la DA 2ª la que establece que serán de aplicación a las entidades locales**, previo acuerdo expreso de éstas en este sentido.**

Por tanto, será cada entidad la que deberá decidir si estas medidas son aplicables a los contratos que prevé el decreto-ley.

En relación con la competencia del órgano para adoptar este acuerdo de conformidad con la competencia residual prevista en el artículo 21 .1 s) LBRL *(El Alcalde es el Presidente de la Corporación y ostenta las siguientes atribuciones: s) (….) aquellas que la legislación del Estado o de las comunidades autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales)* puede defenderse que esta decisión corresponde al Alcalde.

No obstante, no puede desconocerse que en materia de contratación pública, en los municipios existen dos órganos de contratación de conformidad con la atribución competencial establecida por la DA 2ª LCSP y que junto al Ayuntamiento en algunas entidades existen entes dependientes o adscritos, por ello se recomienda que el citado acuerdo sea adoptado por el Pleno de la Corporación para todos los contratos del sector público local incluidos en el ámbito de aplicación de estas medidas.

2.- REVISIÓN DE PRECIOS (Arts. 3, 4 y 7 D-LEY y TÍTULO II RD-ley 3/2022)

2.1.- Supuestos a los que es de aplicación del Título II del RD ley 3/2022.

Los artículos 3 y 4 establecen que excepcionalmente será de aplicación el Título II del RD Ley 3/2022 a los siguientes tipos de contratos:

1.-Contratos públicos de obras, administrativos y privados.
2.-Contratos mixtos respecto a la prestación de obras.
3.-Contratos de servicios y suministros necesarios para la ejecución de una obra pública. Se entiende por contratos de servicios necesarios para la ejecución de una obra pública los contratos de conservación y mantenimiento de carreteras, conservación y mantenimiento de edificios públicos y los suministros de los materiales mencionados en el apartado segundo del artículo 3.

Las medidas se aplicarán a estos contratos cuando, que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de este Decreto-ley *(9/4/2022)* y a aquellos cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el periodo de un año desde la entrada en vigor de este Decreto-ley.

Plaza de España, 2. 50071 Zaragoza ● Teléfonos: 976 28 89 32 / 976 28 89 48 ● E-mail: zp4e@dpz.es

El artículo 3.2 extiende la revisión de precios excepcional además de a los materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre que prevé el RD ley 3/2022, a los siguientes: cemento, materiales cerámicos, madera, productos plásticos, áridos y rocas y vidrio.

2.2.- Medidas del Título II del RD-Ley 3/2022

El artículo 6 de este RD-ley reconoce al contratista la **posibilidad** de una revisión excepcional de precios siempre que concurra la circunstancia establecida en el mismo.

Conforme al artículo 7 la circunstancia que habilita esta posibilidad es el incremento del coste de los materiales empleados para el contrato de obras haya tenido un **impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia y hasta su finalización,** esto es **una vez formalizada el acta de recepción y emitida la correspondiente certificación final.**

A estos efectos se considerará que existe tal impacto cuando el incremento del coste de los materiales previstos en el caso de Aragón en el artículo 3.2 del Decreto-ley 3/2022, calculado aplicando a los importes del contrato certificados en un periodo determinado, que no podrá ser inferior a un ejercicio anual ni superior a dos ejercicios anuales, 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 por ciento del importe certificado del contrato en ese mismo período.

Y como límite a esta revisión excepcional establece que la cuantía de ésta **no podrá ser superior al 20 por ciento del precio de adjudicación del contrato**.

También prevé que esta cuantía no se tomará en consideración a los efectos del límite del 50 por ciento previsto en el artículo 205.2 de la LCSP *(Modificaciones no previstas en PCAP)*, y en el artículo 111.2 del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero; ni a los efectos de otros límites sobre modificaciones previstos en la normativa anterior que fuese de aplicación al contrato.

El artículo 8 regula los **criterios para el cálculo de esta revisión** distinguiendo dos supuestos, si el pliego de cláusulas particulares establece una fórmula de revisión y si no la establece.

- En el primer supuesto la cuantía de la revisión será el incremento que resulte de la aplicación de dicha fórmula modificada suprimiendo el término que represente el elemento de coste correspondiente a energía, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor del coeficiente del término suprimido, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad, a las certificaciones de lo ejecutado durante el periodo desde el 1 de enero de 2021, o desde la primera certificación si ésta fuera posterior, hasta el momento en el que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 103 de la Ley 9/ 2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, pueda ser efectiva la revisión prevista en la cláusula. Transcurrido este periodo, el contrato se regirá por lo establecido en el pliego.

Plaza de España, 2. 50071 Zaragoza ● Teléfonos: 976 28 89 32 / 976 28 89 48 ● E-mail: zp4e@dpz.es

- En el segundo supuesto, el PCAP no establece fórmula de revisión, la cuantía de la revisión se determinará como la diferencia **entre** el importe certificado por la ejecución de la obra cada año desde 1 de enero de 2021, o desde la primera certificación si ésta fuera posterior, hasta la conclusión del contrato **y** el que se habría certificado si dicha ejecución hubiera tenido derecho a revisión de precios, aplicando la fórmula que aparezca en el proyecto de construcción que sirvió de base para la licitación del mismo o en su defecto la que hubiera correspondido al contrato de entre las mencionadas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, modificada suprimiendo el término que represente el elemento de coste correspondiente a energía, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor del coeficiente del término suprimido, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad. Esta regla se aplicará aunque todavía no se hubiera ejecutado el 20 por ciento del importe del contrato o no hubiesen transcurrido dos años desde su formalización.

En ambos casos, la fecha de referencia para los índices de precios representados con subíndice 0 en las fórmulas de revisión será la fecha de formalización del contrato, siempre que la formalización se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la formalización se produce con posterioridad. En todo caso, si la fecha de formalización es anterior al 1 de enero de 2021, se tomará como referencia el 31 de diciembre de 2020.

El artículo 9 regula el **procedimiento para la revisión excepcional de precios**.

La aprobación de la misma por el órgano de contratación requiere la presentación de la correspondiente **solicitud del contratista**.

La solicitud debe ser presentada durante la vigencia del contrato y, en todo caso, antes de la aprobación, por el órgano de contratación de la certificación final de obras, acompañada de la documentación necesaria para acreditar la concurrencia de la circunstancia excepcional que habilita a aplicar esta medida

En caso de no aportarse debidamente la citada documentación el órgano de contratación concederá un plazo improrrogable de siete días hábiles para subsanar tal defecto. En caso de que en dicho plazo no se subsanase la deficiencia, denegará la solicitud.

El órgano de contratación deberá apreciar el cumplimiento de la mencionada circunstancia utilizando siempre que sea posible datos procedentes del Instituto Nacional de Estadística y dictará una propuesta provisional indicando en ella si procede reconocer la revisión excepcional de precios y, de ser así, la fórmula aplicable al contrato. De esta propuesta se dará traslado al contratista por un plazo de 10 días hábiles para que presente sus alegaciones.

Transcurrido el citado plazo, el órgano de contratación resolverá motivadamente lo que proceda en el plazo de un mes a contar desde la recepción de las alegaciones o desde la finalización del plazo para su presentación. Si no dicta resolución expresa en este plazo la solicitud se entenderá desestimada por silencio administrativo.

Plaza de España, 2. 50071 Zaragoza ● Teléfonos: 976 28 89 32 / 976 28 89 48 ● E-mail: zp4e@dpz.es

La concesión de la revisión excepcional de precios no requerirá el reajuste de la garantía definitiva.

El artículo 10 regula el **pago de la cuantía resultante de la revisión excepcional de precios.**

El pago de esta cuantía quedará condicionado a la acreditación fehaciente del desistimiento de cualesquiera reclamaciones o recursos en vía administrativa o de las acciones judiciales por causa del incremento del coste de los materiales en ese contrato interpuestas por el contratista.

Esta cuantía se aplicará a la certificación final de la obra como partida adicional **con pleno respeto a la legislación presupuestaria.** El órgano de contratación estará facultado, siempre que cumpla con los requisitos exigidos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, para realizar pagos a cuenta por el importe de la revisión calculada a la fecha de pago de cada certificación de obra.

El contratista deberá repercutir al **subcontratista** la parte de la misma que corresponda a la porción de la obra subcontratada. El subcontratista tendrá acción contra el contratista para reclamarle dicha parte y **no tendrá acción directa frente a la Administración contratante** por las obligaciones contraídas por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos.

En los casos en que se haya reconocido el derecho a la revisión excepcional de precios, el órgano de contratación, previa audiencia del contratista, deberá aprobar un nuevo **programa de trabajo adaptado a las circunstancias actuales de la obra**. El contratista estará obligado a cumplir el citado programa.

El incumplimiento del programa de trabajo por causa imputable al contratista, una vez percibida la cuantía resultante de la revisión excepcional en todo o en parte, producirá los siguientes efectos:

a) Si el retraso fuera superior a un mes, el órgano de contratación podrá imponer al contratista **multas coercitivas** cuando persista en el incumplimiento de sus obligaciones siempre que hubiera sido requerido previamente y no las hubiera cumplido en el plazo fijado. El importe diario de la multa será proporcional al daño causado al interés público, con un límite máximo de 10.000 euros al día.

b) Si el retraso fuera superior a dos meses, el órgano de contratación podrá imponer además al contratista una **penalidad del diez por ciento del precio de adjudicación del contrato**.

c) Si el retraso fuera superior a tres meses, sin perjuicio de las multas y penalidades ya impuestas, el contratista **perderá el derecho a la revisión excepcional de precios y estará obligado a devolver todas las cantidades que en tal concepto hubiera recibido**. En este caso, el órgano de contratación podrá, previa audiencia al contratista, declarar resuelto el contrato por culpa del contratista a los efectos previstos en el artículo 71.2 c) de la LCSP

Los acuerdos que se adopten en aplicación de lo previsto en este artículo serán inmediatamente ejecutivos. Todas las deudas que de ellos deriven podrán hacerse

Plaza de España, 2. 50071 Zaragoza ● Teléfonos: 976 28 89 32 / 976 28 89 48 ● E-mail: zp4e@dpz.es

efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de los mencionados pagos. Cuando la garantía no sea bastante para cubrir estas responsabilidades, se procederá al cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio, con arreglo a lo establecido en las normas de recaudación aplicables.

Respecto a la aplicación de esta medida y dado el incremento de gasto que representa debe indicarse que con carácter previo a su aprobación en supuestos de insuficiencia de crédito adecuado y suficiente debe tramitarse la modificación presupuestaria correspondiente.

2.3.- Revisión de precios en las contrataciones posteriores al Decreto-ley

Por último, señalar que el artículo 7 establece que desde la entrada en vigor del Decreto-ley , 9/4/2022, y mientras estas medidas sean de aplicación (fecha que no está determinada en la norma) la obligación de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la licitación de una obra pública que se tramiten por procedimiento abierto la revisión periódica y predeterminada de precios y la fórmula de revisión que deba aplicarse según lo previsto en el artículo 103 de la LCSP, y la normativa vigente sobre desindexación.

3.- MODIFICACIÓN DE LOS MATERIALES DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA. (Art.5)

El artículo 5 prevé que simultáneamente a las medidas relativas a las revisión excepcional de precios, en los contratos de obra pública, a petición de la empresa adjudicataria de la obra, ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso y previo informe del responsable del contrato, a criterio del órgano de contratación podrá acordarse una modificación de los materiales tomados en cuenta para la elaboración del proyecto que sirvió de base a la licitación, siempre que la modificación permita una rebaja de los precios y no implique una merma en la funcionalidad y seguridad de la obra en ejecución.

A estos efectos, se fomentará la utilización de materiales cuya elección responda a criterios que permitan una reducción de las emisiones y una huella de carbono baja.

La solicitud del contratista incluirá una propuesta de modificación de los materiales tomados en cuenta para la elaboración del proyecto que sirvió de base a la licitación y su sustitución por otros más económicos.

Para la tramitación de esta modificación se remite a lo dispuesto para las modificaciones contractuales en la LCSP.

Plaza de España, 2. 50071 Zaragoza ● Teléfonos: 976 28 89 32 / 976 28 89 48 ● E-mail: zp4e@dpz.es

4.- RETRASOS EN LOS PLAZOS DE EJECUCIÓN POR FALTA DE SUMINISTROS (Art.6)

El artículo 6 establece que durante la vigencia de estas medidas, si se originaran retrasos en los plazos parciales o totales de ejecución de las obras como consecuencia de la falta de suministros por su escasez en el mercado, debidamente acreditada, no procederá la imposición de penalidades al adjudicatario del contrato.

Para esta acreditación el responsable del contrato emitirá informe en el que determine la imputabilidad o no al adjudicatario del retraso producido.

Para finalizar esta comunicación se considera oportuno recordar lo dispuesto artículo 101 LCSP por la que se regula valor estimado de los contratos, en particular, su apartado 7 establece que la estimación de éste *deberá hacerse teniendo en cuenta* ***los precios habituales en el mercado****, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo,* ***al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato.***

Por tanto, se aconseja antes de iniciar licitación de un contrato de obras, que el proyecto o documento técnico equivalente, si éste no se precisa, o el presupuesto de las obras en lo contratos menores que no requieran proyecto sea evaluado previamente por técnico competente en relación a la adecuación a mercado de los precios en el momento de licitar, y en caso de no adecuarse se proceda a su actualización para evitar que la licitación quede desierta.

Esta actualización de los precios previa a la licitación puede requerir tramitar la modificación presupuestaria correspondiente para dotar de crédito suficiente a la autorización del gasto que implica la aprobación del expediente de contratación.

En Zaragoza, a 8 de abril de 2022.

SERVICIO CUARTO ESPACIO
DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE ZARAGOZA

Plaza de España, 2. 50071 Zaragoza ● Teléfonos: 976 28 89 32 / 976 28 89 48 ● E-mail: zp4e@dpz.es