ÓRGANOS CONSULTIVOS

Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía del 28 de noviembre de 2017, Núm. 11/2017

Informe 11/2017, de 28 de noviembre, sobre la revisión de precios en la contratación de la gestión del servicio público de abastecimiento y saneamiento de agua domiciliaria.

Órgano: Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía

Tipo de pronunciamiento: Informe

Número: 11/2017

Informe 11/2017, de 28 de noviembre, sobre la revisión de precios en la contratación de la gestión del servicio público de abastecimiento y saneamiento de agua domiciliaria.

I. – ANTECEDENTES

La Alcaldesa Presidenta del Ayuntamiento de Fuengirola solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

"Por parte de este Ayuntamiento se han iniciado los trámites para la adjudicación de un contrato de gestión de servicio público, bajo la modalidad de concesión (gestión indirecta), de abastecimiento y saneamiento de agua domiciliaria del municipio de Fuengirola.

Entre los actos preparatorios de esa clase de contratos (artículo 132 del TRLCSP), se ha elaborado un estudio económico al efecto, estableciéndose en el mismo un sistema en el que el concesionario abona una cantidad periódica en concepto de canon al Ayuntamiento, retribuyéndose aquel directamente de los usuarios mediante el cobro de las tarifas aprobadas al efecto. El contrato ha sido valorado a efectos de licitación con un valor estimado de 180 millones de euros, para el total de 25 años de duración previstos.

Del análisis de la documentación obrante en el expediente ha surgido cierta controversia jurídica respecto de la posible revisión de precios que podría preverse en el contrato, máxime tras la modificación operada en el TRLCSP con la entrada en vigor de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española y su posterior desarrollo reglamentario. El artículo 89 del TRLCSP señala lo siguiente:

“ Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este Capítulo.

No cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.

Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios “.

En similares términos se manifiesta el artículo 9 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, pro el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, añadiendo lo siguiente:

1. Los precios contenidos en los contratos del sector público a los que es de aplicación el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, distintos a los contratos de obras y a los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, sólo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada.
2. Procederá la revisión periódica y predeterminada de dichos precios, transcurridos dos años desde la formalización del contrato y ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe, cuando concurran acumulativamente las siguientes circunstancias:

    a. Que el período de recuperación de la inversión del contrato sea igual o superior a cinco años, justificado conforme al criterio establecido en el artículo 10.

    b. Que así esté previsto en los pliegos, que deberán detallar la fórmula de revisión aplicable.

Del estudio económico elaborado al efecto, se desprende que el plazo de recuperación de la inversión es inferior a 5 años, conforme a las previsiones iniciales de canon e inversión a exigir, por lo que expresamente se excluye la posibilidad de revisión de precios periódica y predeterminada stricto sensu, inaplicando, por tanto, el Real Decreto mencionado.

No obstante, en el pliego de condiciones elaborado (cuya copia se adjunta para mejor conocimiento de la cuestión por el órgano consultivo), se prevé una revisión de tarifas (que recordemos cobra directamente el concesionario de los usuarios) a fin de mantener el equilibrio económico de la concesión. Se justifica en los "supuestos de variación al alza o a la baja de los costes significativos del servicio (precio de agua en alta, materiales, suministros y personal)". Grupo de costes, que por su naturaleza, o procedencia el posible concesionario carece de facultad de decisión, o en cuya gestión apenas puede incidir. Se prevé expresamente lo siguiente:

"Solo procederá la revisión de las tarifas cuando por aplicación de las fórmulas establecidas en el Estudio Económico se obtenga un valor equivalente a un +/-2,5% de revisión, que se establece como umbral mínimo, por debajo del cual, las variaciones de costes son asumidas en sentido positivo o negativo por la contratista. Sobrepasado dicho umbral, el contratista podrá proponer la revisión las tarifas

No obstante, el Ayuntamiento podrá optar en los casos en los que proceda la revisión, por no variar las tarifas, mediante la minoración del canon en el % o cuantía que resulte del importe de la variación de costes que arroje la fórmula de la revisión. De esta forma el incremento de costes que resultara de la aplicación de la fórmula, y una vez detraída la variación en el canon municipal, será la cuantía a compensar minorándola del canon o de la siguiente anualidad, lo que se adoptará por acuerdo de la Junta de Gobierno Local, tras consultar con el concesionario:

La Fórrmula de revisión a emplear es la siguiente:

$$Rt=[a((At/At-1)-1)+ b ((MPt/MPt-1)-1 + c (\sum tt-1\ \Delta CMOt) + d (0,01(Nt-Nt-1)] / (1-Ca)$$

Definición de la nomenclatura:

Rt = Coeficiente de revisión, en tanto por uno, que será aplicable a las tarifas, en el momento t de la revisión. Partiendo de la más que posible existencia de varias revisiones en el periodo de concesión, este coeficiente no será acumulativo desde el origen, sino que se calcula desde la última revisión aprobada. Rt puede resultar negativo, por variaciones en costes hacia la baja, lo que supondría modificar las tarifas en el mismo sentido, para que no exista enriquecimiento de las partes.

At = Valor unitario por m³ del agua en alta, definido por las Ordenanzas de Mancomunidad en el momento "t", o momento de la revisión de tarifas. En el momento cero, fecha de comienzo (2017) de la concesión dicho valor es A0 = 0,3814€ m³, y At-1 el valor unitario del agua, en m³ en el momento de la revisión anterior.

MPt = Valor índice del cemento que se tome como referencia, definido por el INE en “base 2011” en el momento “t”, o momento de la revisión de tarifas. En el momento cero, fecha de comienzo (2017) de la concesión dicho valor MP0 = 100,616 (último dato publicado periodo 2016M03) y MP-1 el valor índice del material, en la misma serie estadística en el momento de la revisión anterior.

ΔCMOt = El incremento experimentado por el coste de la mano de la obra , referido a las retribuciones del personal del sector público según la Ley de Presupuestos Generales, en tanto por uno, en el momento “t”, o momento de la revisión de tarifas, respecto al momento “t-1”, momento de la revisión anterior. En el momento cero, fecha de comienzo de la concesión (2017) el valor es cero. Si los incrementos de este personal dejaran de referenciarse como un porcentaje único, debería tomarse la media que varíen los mismos, desde el año de partida, o desde la revisión anterior.

Nt-Nt-1 = Número de años que media desde la revisión del año t y la anterior en el año t-1. Así t, año de la concesión en que se realiza la revisión, menos t-1, o año de la concesión en que se realizó la anterior revisión, serán el periodo que se haya de tomar de referencia para los distintos valores.

Ca = Canon en tanto por uno ofrecido por el contratista en la oferta adjudicataria. En el modelo que se aporta Ca=0,2, ya que el canon que se toma es el 20%.

A los coeficientes a, b, c y d les corresponden los siguientes valores:

a: 0,3781, b=0,0265, c=0,2016 y d = 0,0553

Otra forma de expresarla sería:

Rt=[a((At/At-1)/At-1)+ b ((Mpt/Mpt-1)/Mpt-1 + c (∑tt-1 ΔCMOt) + d (0,01(Nt-Nt-1)] / (1-Ca) Si bien en este caso Rt equivaldría a uno más el diferencial de revisión

Para la primera revisión deberá haber transcurrido UN AÑO desde la citada formalización, ello de conformidad con el art.89 y siguientes del TRLCSP, y en el art. 9 del Real Decreto 55/2017 de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015 de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

En consonancia con la argumentación esgrimida, el estudio económico formula dicha revisión de tarifas no como una revisión de precios stricto sensu, argumentando que no podría serlo a tenor de lo indicado respecto de la inaplicación del Real Decreto al ser la recuperación de la inversión inicialmente prevista y bajo el canon mínimo exigido inferior a 5 años. Se interpreta en ese estudio que nos encontramos ante una fórmula de mantenimiento del equilibrio económico, en los términos del artículo 282 del TRLCSP, donde se prevé en su párrafo 5 que "el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato".

Como contraposición a lo anterior, se duda de que dicha revisión de tarifas sea realmente un mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, debiendo articularse en todo caso como revisión de precios en sentido estricto, teniendo en cuenta la dicción literal del artículo 89 del TRLCSP

"Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios", debiendo cumplirse en este caso con todos los trámites que señala el artículo 9 del Real Decreto 55/2017, en especial el establecido en su párrafo 7 por el que se exige informe preceptivo valorativo de la estructura de costes, emitido por el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

Sentados los anteriores antecedentes, surgen controversias jurídicas sobre siguientes CUESTIONES:

PRIMERA.- ¿La revisión de tarifas prevista debe incardinarse como revisión de precios periódica y predeterminada en sentido estricto? En caso afirmativo, ¿cabría dicha posibilidad teniendo en cuenta que la recuperación de la inversión, en las condiciones inicialmente previstas, se establece en un período inferior a 5 años, no cumpliendo, por tanto, con lo exigido por el artículo 9 del Real Decreto 55/2017 para llevar a cabo dicha forma de revisión?.

SEGUNDA.- En caso contrario, ¿resulta acertada la redacción del pliego incardinando dicha revisión de tarifas como parte del mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en los términos del artículo 282 del TRLCSP?

TERCERO.- ¿Cómo debe interpretarse el párrafo 7 del Real Decreto 55/2017? ¿Exige en todo caso la emisión del informe valorativo de la estructura de costes por el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado al ser el precio del contrato superior a 5 millones de euros? ¿O bien dicho informe únicamente resulta preceptivo en aquellos casos en los que concurran además los presupuestos del párrafo segundo del precitado artículo, esto es, que se aplique una revisión periódica y predeterminada de precios?

CUARTA.- De no resultar aplicable la revisión periódica y predeterminada, y dado que se estima que los licitadores pueden mejorar la oferta exigida, tanto en canon como en inversiones, razón por la que se establece esa duración de la concesión, aspectos que son establecidos como criterios para la selección, y con ello el plazo de recuperación de la inversión podría superar, hipotéticamente, los 5 años, sin estar establecida y prevista en el pliego dicha revisión, ¿sería obligatoria la misma?

Y finalmente, en consonancia con las cuestiones anteriores, si se apreciase la posibilidad de articular la revisión de tarifas como parte del mantenimiento del equilibrio económico del contrato,

¿sería preceptivo el mencionado informe valorativo del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado? ".

II. – INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, no obstante realizaremos algunas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas.

1.- Se plantea por el Ayuntamiento de Fuengirola como primera cuestión si ¿La revisión de tarifas prevista debe incardinarse como revisión de precios periódica y predeterminada en sentido estricto? En caso afirmativo, ¿cabría dicha posibilidad teniendo en cuenta que la recuperación de la inversión, en las condiciones inicialmente previstas, se establece en un período inferior a 5 años, no cumpliendo, por tanto, con lo exigido por el artículo 9 del Real Decreto 55/2017 para llevar a cabo dicha forma de revisión?.

La regulación del sistema de la revisión de precios establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) se ha visto modificada tras la redacción dada por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española y por el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla dicha Ley.

La Disposición Final Tercera de la Ley 2/2015 modifica el artículo 89 del TRLCSP y establece que "1. Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este capítulo. No cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos. Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios. 2. Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el real decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años (…)" .

El Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española establece en su artículo 9 lo siguiente:

"1. Los precios contenidos en los contratos del sector público a los que es de aplicación el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, distintos a los contratos de obras y a los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las administraciones Públicas, sólo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada.

2. Procederá la revisión periódica y predeterminada de dichos precios, transcurridos dos años desde la formalización del contrato y ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe, cuando concurran acumulativamente las siguientes circunstancias:
   a. Que el período de recuperación de la inversión del contrato sea igual o superior a cinco años, justificado conforme al criterio establecido en el artículo 10.
   b. Que así esté previsto en los pliegos, que deberán detallar la fórmula de revisión aplicable(...)".

Por tanto, el régimen de revisión de precios previsto en el artículo 89 del TRLCSP en la redacción dada por la Ley 2/2015 prevé únicamente la posibilidad de revisión periódica y predeterminada de los contratos del sector público en los supuestos y términos establecidos en dicho artículo y en el Real Decreto de desarrollo de la Ley de desindexación. Debemos tener en cuenta que los expedientes de los contratos que pueden ser objeto de revisión periódica y predeterminada iniciados después del 5 de de febrero de 2017 deben aplicar el régimen de revisión de precios previsto en art. 89 del TRLCSP modificado por la Ley 2/2015 y en el Real Decreto 55/2017. Según establece el art. 89 del TRLCSP, sólo van a poder ser objeto de revisión, previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto, los contratos de obra, los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento, y aquellos contratos en los que el periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. El artículo 9 del citado Real Decreto establece que procederá la revisión periódica y predeterminada de dichos precios, transcurridos dos años desde la formalización del contrato y ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe, cuando concurran acumulativamente las siguientes circunstancias: a) que el período de recuperación de la inversión del contrato sea igual o superior a cinco años y b) que así esté previsto en los pliegos, que deberán detallar la fórmula de revisión aplicable. En los contratos de gestión de servicios públicos la condición relativa al porcentaje de ejecución del contrato no será exigible a efectos de proceder a la revisión periódica y predeterminada.

A la vista de la citada normativa misma cabe concluir que la revisión de tarifas prevista no puede incardinarse como revisión de precios periódica y predeterminada tal y como plantea el Ayuntamiento de Fuengirola al no cumplirse los requisitos establecidos en la misma.

2.- Cuestiona también el Ayuntamiento si, en caso de no proceder la revisión de precios periódica y predeterminada por producirse la recuperación de la inversión en un periodo inferior al de cinco años, "¿resulta acertada la redacción del pliego incardinando dicha revisión de tarifas como parte del mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en los términos del artículo 282 del TRLCSP?".

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 29/2000, de 30 de octubre, señala que "la revisión de precios de un contrato ha de llevarse a cabo conforme a las prescripciones concretas del pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que su aplicación pueda quedar desvirtuada por los principios de riesgo y ventura y mantenimiento del equilibrio económico-financiero pensados a favor del contratista para distintos supuestos".

Con respecto a esta cuestión el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de octubre de 1987 (STS 6277/1987) ha manifestado que "el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio del riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos íntegros a la "res pública", en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales".

Por su parte, el art. 282.4 del TRLCSP al regular la modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico en el caso del contrato de gestión de servicios públicos establece que la

Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato en beneficio de la parte que corresponda en los siguientes supuestos:

"a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el Título V del libro I, las características del servicio contratado.

b. Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.
c. Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley."

Por ello, no puede plantearse una revisión de tarifas, que más bien parece pretender ser una revisión de precios, como si de un mantenimiento del equilibrio económico financiero se tratase sin darse las circunstancias previstas en el art. 284.2 del TRLCSP.

3.- Cuestiona también el Ayuntamiento "¿cómo debe interpretarse el párrafo 7 del artículo 9 del Real Decreto 55/2017? ¿exige en todo caso la emisión del informe valorativo de la estructura de costes por el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado al ser el precio del contrato superior a 5 millones de euros? ¿o bien dicho informe únicamente resulta preceptivo en aquellos casos en los que concurran además los presupuestos del párrafo segundo del precitado artículo, esto es, que se aplique una revisión periódica y predeterminada de precios?".

El apartado 7 del artículo 9 del Real Decreto 55/2017 establece lo siguiente:

"7. Para los contratos con un precio igual o superior a cinco millones de euros, el órgano de contratación incluirá en el expediente de contratación un informe preceptivo valorativo de la estructura de costes".

Respecto a la primera parte de la pregunta cabe decir que el apartado 7 se incardina dentro del artículo 9 referido a la revisión periódica y predeterminada de precios y debe interpretarse como uno de los requisitos que deben cumplirse una vez que se determine que procede la revisión periódica y predeterminada en el contrato del sector público de que se trate y cuando el mismo tenga un precio igual o superior a cinco millones de euros; si fuera inferior a cinco millones de euros, el apartado 8 del mismo artículo recoge otra forma de proceder. En el supuesto que plantea el Ayuntamiento y, una vez determinado que no es posible establecer un sistema de revisión de precios al ser el período de recuperación de la inversión inferior a 5 años, debe concluirse que no es preceptivo solicitar el informe valorativo de la estructura de costes previsto en el artículo 9.7 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero.

Respecto a la segunda parte de la pregunta debe responderse afirmativamente. Ese informe sólo es necesario cuando se establezca una revisión periódica y predeterminada.

4.- Como cuarta cuestión plantea el Ayuntamiento "de no resultar aplicable la revisión periódica y predeterminada, y dado que se estima que los licitadores pueden mejorar la oferta exigida, tanto en

son establecidos como criterios para la selección, y con ello el plazo de recuperación de la inversión podría superar, hipotéticamente, los 5 años, sin estar establecida y prevista en el pliego dicha revisión,

¿sería obligatoria la misma?".

El artículo 9.2 b) del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015 establece que la revisión periódica y predeterminada debe estar prevista en los pliegos y éstos detallarán la fórmula de revisión aplicable por lo que no procedería establecerla en el caso que plantea el Ayuntamiento.

5.- Como última cuestión el órgano consultante plantea que si se apreciase la posibilidad de articular la revisión de tarifas como parte del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, ¿sería preceptivo el mencionado informe valorativo previsto en el artículo 9.7 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero ?".

Cabe decir que ese informe sólo está previsto para cuando se establezca una revisión periódica y predeterminada de los precios. Acudiendo de nuevo al artículo 89, con la procedencia y límites para la revisión de precios establecida en el mismo, señala en su apartado 4º que "el pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en tales casos, la fórmula de revisión aplicable", en los términos del art. 9 RD 55/2017. Como ya hemos dicho el mantenimiento del equilibrio económico del contrato es una figura distinta y sólo se podrá llevar a cabo si se dan las circunstancias establecidas en el art. 282.4 del TRLCSP.

III. – CONCLUSIONES

1.- No procede la revisión de precios periódica y predeterminada, única permitida en los contratos del sector público, en un contrato de gestión de servicios públicos con un periodo de recuperación de la inversión inferior a cinco años, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.2 del TRLCSP.

2.- Si no procede la revisión de precios periódica y predeterminada tampoco procede recabar el informe previsto en el artículo 9.7 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

3.- Las tarifas que deben abonar los usuarios podrán modificarse con el fin último de lograr el mantenimiento del equilibrio económico en los supuestos establecidos en el artículo 282.4 del TRLCSP.

4.- Si se diesen las circunstancias y requisitos necesarios para que tuviese lugar la adopción de algunas de las medidas previstas para lograr el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, entre ellas, la de modificar las tarifas a abonar por los usuarios, no es necesario solicitar el informe previsto en el artículo 9.7 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero ya que en este caso solo está previsto en los casos de que los pliegos establezcan una revisión periódica y predeterminada de los precios.

Es todo cuanto se ha de informar.