



G CONSELLERIA
O HISENDA I RELACIONS
I EXTERIORS
B JUNTA CONSULTIVA
/ CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA

Exp. Junta Consultiva: RES 28/2022

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte administratiu d'obres d'ampliació de l'IES Isidor
Macabich, TM Eivissa

Òrgan de contractació: gerent de l'Institut Balear d'Infraestructures i Serveis
Educatius i Culturals (IBISEC)

Recurrent: Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, SA

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 27 de febrer de 2023

Atès el recurs especial en matèria de contractació que ha interposat l'empresa Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, SA, contra la Resolució del gerent de l'IBISEC de finalització d'expedient de revisió excepcional de preus i aprovació de certificació final, de 9 de novembre de 2022, i la seva correcció d'errades de data 24 de novembre de 2022, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 27 de febrer de 2023, ha adoptat l'Acord següent:

Fets

1. El 18 de febrer de 2021, l'IBISEC i TECNOLOGÍA DE LA CONSTRUCCIÓN Y OBRAS PÚBLICAS SA (en endavant TECOPSA) van formalitzar el contracte de referència, amb un termini d'execució de 12 mesos a comptar des de l'acta de comprovació del replanteig, la qual es va subscriure el 16 de març 2021.
2. El 16 de febrer de 2022, TECOPSA va sol·licitar a l'IBISEC l'ampliació del termini en 2,5 mesos. El 3 de maig de 2022 l'òrgan de contractació resolgué, previ informe de la direcció facultativa, optar per la continuació de les obres i l'ampliació formal de dit termini, afegint 2,5 mesos a la data de finalització contractual de les obres sense imposar penalitzacions, determinant-se formalment, doncs, un nou termini per al dia 31 de maig de 2022.



4. El 13 de maig de 2022 l'òrgan de contractació va aprovar una modificació imprevista i insubstantial ja executada, per convalidació de la mateixa formalitzant-se en data 29 de juny de 2022.

5. El 12 d'agost de 2022, amb el contracte encara en execució i sense reconeixement formal d'altra ampliació de termini, va entrar al registre de l'IBISEC una sol·licitud de TECOPSA respecte de l'adopció de mesures reequilibri econòmic del contracte, en el marc d'allò que disposa el Reial decret Llei 3/2022, d'1 de març, de mesures per a la millora de la sostenibilitat del transport de mercaderies per carretera i del funcionament de la cadena logística i de mesures excepcionals en matèria de revisió de preus en els contractes públics d'obres.

6. Traslladada aquesta sol·licitud al servei de Projectes, Obres i Supervisió de l'IBISEC, el 30 d'agost 2022, la cap del servei emet informe tècnic en el que conclou

- Se trata de un caso susceptible de revisión excepcional de precios en un contrato de obras, según el artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2022.

- Según valoración del contratista el importe solicitado de revisión se ajusta a las condiciones exigidas para el reconocimiento establecidas en el artículo 7 del Real Decreto-ley 3/2022.

- Referente a los criterios de cálculo de la revisión de precios el contratista utiliza la fórmula 821 "Obras de edificación con alto componente de materiales metálicos e instalaciones" cuando la fórmula que hubiera correspondido al contrato de entre las mencionadas en el Real decreto 1359/2011, de 7 de octubre, es la fórmula 811. "Obras de edificación general".

- Debe tenerse en cuenta el artículo 104 de la Ley 9/2017, "Revisión en casos de demora en la ejecución" que establece que cuando la cláusula de revisión se aplique sobre períodos de tiempo en los que el contratista hubiese incurrido en mora y sin perjuicio de las penalidades que fueren procedentes, los índices de precios que habrán de ser tenidos en cuenta serán aquellos que hubiesen correspondido a las fechas establecidas en el contrato para la realización de la prestación en plazo, salvo que los correspondientes al período real de ejecución produzcan un coeficiente inferior, en cuyo caso se aplicarán estos últimos.

Lo que se informa a los efectos del artículo 9 del Real Decreto-ley 3/2022, para que el órgano de contratación dicte propuesta provisional indicando en ella si procede reconocer la revisión excepcional de precios y, de ser así, la fórmula aplicable al contrato

7. El 14 de setembre de 2022 es procedeix a la recepció de conformitat (pendent de repassos) de l'obra, iniciant-se els tràmits previstos a l'article 166 del RGLCAP per a l'amidament general i emissió de la certificació final de l'obra.



8. El 22 de setembre de 2022, s'aixeca acta d'amidament general de l'obra; acta que el contractista no signa. Durant el termini d'audiència conferit als punts 5 i 6 de l'article 166 RGLCAP no consta d'entrada cap reclamació al respecte.

9. El 22 de setembre de 2022, l'òrgan de contractació dicta proposta provisional de reconeixement de revisió extraordinària de preus la qual disposa

1. Admetre a tràmit la sol·licitud de TECOPSA de REP conforme el RDL 03-2022, i efectuar una proposta provisional en els termes de l'article 9.3 de l'esmentada Normativa, en el següent sentit:

a) Es reconeix que les circumstàncies concurrents, vista la sol·licitud, l'informe tècnic emès i la normativa aplicable, determinen que, efectivament, procedeix efectuar una REP.

b) La fórmula aplicable per a dita REP és la 811 «obres d'edificació general» recollida al RD 1359-2011.

c) En existir demora objectiva i demostrable en l'execució del contracte, per a l'aplicació de dita fórmula s'haurà de tenir en compte allò que determina l'article 104 LCSP.

2. Notificar electrònicament aquesta Resolució a la contractista, atorgant-li un termini de 10 dies hàbils per a que presenti, si escau, les al·legacions que consideri front a aquesta proposta provisional.

Cas que no presentés cap al·legació durant el termini conferit, s'entendrà la seva conformitat amb la present proposta provisional, i es continuarà el procediment previst a l'article 9.3 del RDL 003-2022.

10. Exhaurit el termini d'audiència, el contractista no va presentar al·legació o valoració alguna de la revisió excepcional de preus, motiu pel qual l'òrgan de contractació demana informe tècnic de valoració de la revisió conforme els paràmetres establerts a la seva resolució provisional.

11. El 21 d'octubre de 2022, es va emetre un primer informe de valoració de la revisió excepcional de preus. La quantia de la revisió excepcional s'inclou a la certificació final de l'obra d'acord amb el que estableix l'article 10.2 RDL 3/2022, que va ser aprovada per resolució de l'òrgan de contractació de 9 de novembre de 2022 i que es notifica a TECOPSA.

A mode de resum, aquesta resolució aprova:

1. Un augment d'amidaments per import de 107.509,75 €

2. Una revisió extraordinària de preus de 174.454,47 €

12. El 10 de novembre de 2022, es va emetre un informe tècnic de correcció d'errades al càlcul de la revisió excepcional de preus, informe que determina que l'òrgan de contractació hagi d'emetre resolució de rectificació d'errades de la resolució de 9 de novembre, únicament pel que fa al càlcul de la revisió excepcional de preus, que es fixa en 118.871,53 € (IVA no inclòs).

13. El 5 de desembre de 2022, TECOPSA va interposar davant la Junta Consultiva recurs especial en matèria de contractació contra les resolucions de l'òrgan de contractació de 21 d'octubre de 2022 i de 10 de novembre de 2022.



14. El 13 de desembre 2022, la Junta Consultiva va sol·licitar a l'IBISEC per a la resolució del recurs, l'expedient de contractació, informe tècnic i informe jurídic.

15. El 15 de desembre 2022, la cap del servei de Projectes, Obres i Supervisió va emetre l'informe tècnic sol·licitat.

16. El 23 de desembre de 2022 l'òrgan de contractació va trametre a la Junta Consultiva l'expedient administratiu i l'informe jurídic corresponents, d'acord amb l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte del recurs especial és la Resolució de finalització d'expedient de revisió excepcional de preus i aprovació de certificació final, de 9 de novembre de 2022, i la seva correcció d'errades de data 24 de novembre de 2022, a un contracte d'obres adjudicat per l'IBISEC, el qual té caràcter d'administració pública.

Contra aquests actes es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (LRJCAIB). La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra *m* de l'article 2 i l'article 7 del text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener.

2. El règim jurídic aplicable al fons és el del Reial decret llei 3/2022, d'1 de març, de mesures per a la millora de la sostenibilitat del transport de mercaderies per carretera i del funcionament de la cadena logística, i pel qual es transposa la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de juliol de 2020, per la qual es fixen normes específiques respecte a la Directiva 96/71/CE i la Directiva 2014/67/UE per al desplaçament dels conductors en el sector del transport per carretera, i de mesures excepcionals en matèria de revisió de preus en els contractes públics d'obres, modificat per l'article 15 del Reial decret llei 14/2022, d'1 d'agost, de mesures de sostenibilitat econòmica en l'àmbit del transport, en matèria de beques i ajudes a l'estudi, així com de mesures d'estalvi, eficiència energètica i de reducció de la dependència energètica del gas natural.



La Comunitat Autònoma de les Illes Balears, mitjançant l'Acord del Consell de Govern, de 30 de març de 2022 (BOIB núm. 44 de 31 de març de 2022), va acordar l'aplicació del que disposa el Reial decret llei 3/2022 en l'àmbit de la comunitat autònoma.

També resulta d'aplicació la normativa que regula, amb caràcter general, la revisió de preus en els contractes públics recollida en la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, el Reial decret 55/2017, de 3 de febrer, pel qual es desenvolupa la Llei 2/2015, de 30 de març, de desindexació de l'economia espanyola i el Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques.

El procediment de tramitació del recurs especial de l'article 66 de la LRJCAIB equival al recurs de reposició dels art. 123 i 124 de la Llei 39/2015, de procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPACAP).

3. La recurrent es troba legitimada per interposar el recurs, que s'ha interposat mitjançant representant acreditat.
4. El termini per interposar el recurs especial de l'art. 66 de la LRJCAIB, d'acord amb l'art. 122 LPACAP, és d'un mes des de la notificació de l'acte impugnat. El recurs s'ha interposat dins del termini establert.
5. En el recurs interposat, la recurrent sol·licita que s'anul·lin les resolucions impugnades, en virtut de les quals es va acordar el pagament al seu favor d'un augment d'amidaments per import de 107.509,75 € i una revisió extraordinària de preus de 174.454,47 € i s'ordini a l'òrgan de contractació practicar un nou càlcul.

Els principals motius d'oposició de la recurrent són, resumidament, els següents:

- Al·legació primera. La recurrent al·lega disconformitat amb els criteris aplicats per a determinar l'import de la revisió excepcional de preus per entendre que el càlcul realitzat per l'Administració s'aparta del legalment establert. El càlcul efectuat, és erroni i no s'ajusta a la legalitat, en excloure sense cap suport legal, aquelles certificacions en les quals puntualment no s'ha produït un increment de cost superior al 5%.
- Al·legació segona. La recurrent considera que n'hi ha un error en el càlcul de la revisió de preus i una aplicació incorrecta de l'art. 104 LCSP. Al·lega que els càlculs de l'informe tècnic en aplicació de l'art. 104 LCSP són totalment improcedents ja que es realitza sobre una estimació de certificacions que no



responen a la realitat de l'obra executada, no considera el valor real de l'obra executada (inclosa la modificació), sinó que part del pressupost d'adjudicació.

L'art. 104 de la LCSP estableix que s'aplicaran els índexs de preu que haguessin correspost a les dates establertes en el contracte per a la realització de la prestació en termini, tret que els corresponents al període real d'execució produeixin un coeficient inferior, però en tot cas al realment certificat i no a una previsió de certificació.

També al·lega que des del moment en què l'òrgan de contractació va declarar expressament que l'augment de termini responia a causes no imputables al contractista, i s'ha aprovat una modificació del contracte en moments molt tardans de l'obra, és improcedent l'aplicació de l'art. 104 de la LCSP 9/2017, i per tant totes consideracions respecte de les operacions.

- Al·legació tercera. Per últim la recurrent manifesta que existeix disconformitat amb l'amidament general de l'obra i import de la certificació final d'obra. La quantitat aprovada no es correspon amb l'acta d'amidament subscripta per totes les parts, ni amb la certificació emesa que va ser sotmesa a signatura per la seva part. Al·lega que s'ha reduït l'amidament de la unitat 15.01 Fusteria Exterior d'Alumini, reduint l'amidament de 313,49 m² a 262,93 m², en haver introduït dues partides negatives. Aquesta detracció no és acceptada per la contractista per contravenir l'acta d'amidament subscripta per les parts, a més de ser totalment improcedent en el tràmit de certificació final d'obra. L'import aprovat respon a una modificació de la certificació final que ha estat efectuada sense el consentiment ni conformitat de la contractista, i es contradiu amb la certificació signada per tots els intervinents.

6. Abans d'entrar a analitzar les al·legacions de la recurrent, cal fer una referència als preceptes que resulten d'aplicació directa a les qüestions plantejades, així com als que contribueixen, mitjançant la seva interpretació sistemàtica, a completar el quadre normatiu aplicable per obtenir la solució correcta a la qüestió que es planteja.

6.1 La revisió de preus excepcional dels contractes d'obres que permet el Reial decret llei 3/2022, es recull en els art. 6 a 10, dels quals interessa esmentar, especialment, el següent:

Article 6. Casos susceptibles de revisió excepcional de preus en els contractes d'obres.

1. Excepcionalment, en els **contractes públics d'obres**, ja siguin administratius o privats, adjudicats per qualsevol de les entitats que formen part del sector públic estatal **que es trobin en execució, licitació, adjudicació o formalització a l'entrada en vigor d'aquest reial decret llei**, o l'anunci d'adjudicació del qual o formalització es publiqui en la plataforma de contractació del sector públic en el període d'un any des de l'entrada en vigor d'aquest reial decret llei, **es reconeixerà al contractista la possibilitat d'una revisió excepcional de preus sempre que concorri la circumstància establerta en aquest reial decret llei.**

....

Article 7. Reconeixement de la revisió excepcional de preus.

1. La revisió excepcional de preus es reconeixerà quan l'increment del cost dels materials emprats per al contracte d'obres hagi tingut un impacte directe i rellevant en l'economia del contracte **durant la seva vigència i fins a la seva finalització**, això és, una vegada formalitzada l'acta de recepció i emesa la corresponent certificació final.

A aquest efecte es considerarà que existeix tal impacte quan l'increment del cost de **materials siderúrgics, materials bituminosos, alumini o coure**, calculat aplicant als imports del contracte certificats en el període, sempre posterior a l'1 de gener de 2021, que determini el contractista en la seva sol·licitud i que **no podrà ser inferior a dotze ni superior a vint-i-quatre mesos**, la seva **fórmula de revisió de preus** si la tingués, i, en defecte d'això, aplicant la que **per la naturalesa de les obres li correspongui** d'entre les fixades en el Reial decret 1359/2011, de 7 d'octubre, **excedeixi del 5 per cent de l'import certificat del contracte en aquest mateix període**. El càlcul d'aquest increment s'efectuarà suprimint de la fórmula aplicable al contracte els termes que representen els elements de cost diferents dels abans citats, i incrementant el terme fix, que representa la fracció no revisable del preu del contracte, en el valor dels coeficients dels termes suprimits, de manera que la suma de tots els coeficients mantinguts més el terme fix sigui la unitat.

En cas que el contracte tingués una durada inferior a dotze mesos, l'increment del cost es calcularà sobre la totalitat dels imports del contracte certificats. El període mínim de durada del contracte perquè pugui ser aplicable aquesta revisió excepcional de preus serà de quatre mesos, per sota del qual no existirà aquest dret.

Per Ordre del Ministeri d'Hisenda i Funció Pública, previ informe del Comitè Superior de Preus de Contractes de l'Estat, es podran establir altres materials l'increment de cost dels quals hagi de tenir-se també en compte als efectes anteriors.

2. La quantia de la revisió excepcional a la qual es refereix aquest article no podrà ser superior al 20 per cent del preu d'adjudicació del contracte. Aquesta quantia no es prendrà en consideració a l'efecte del límit del 50 per cent previst en l'article 205.2. de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, i en l'article 111.2 del Reial decret llei 3/2020, de 4 de febrer; ni a l'efecte d'altres límits sobre modificacions prevists en la normativa anterior que fos aplicable al contracte.

Article 8. Criteris de càlcul de la revisió excepcional de preus.

La quantia resultant de la revisió excepcional es calcularà de la següent manera:

a)

b) Quan el plec de clàusules administratives particulars no estableixi la fórmula de revisió de preus, aquesta quantia es determinarà com **la diferència entre l'import certificat per l'execució de l'obra cada any des d'1 de gener de 2021, o des de la primera certificació si aquesta fos posterior, fins a la conclusió del contracte i el que s'hauria certificat si aquesta execució hagués tingut dret a revisió de preus, aplicant la fórmula** que aparegui en el projecte de construcció que va servir de base per a la licitació del mateix o en defecte d'això la **que hagués correspost al contracte** d'entre les esmentades en el Reial decret 1359/2011, de 7 d'octubre, modificada suprimint el terme que representi l'element de cost corresponent a energia, i incrementant el terme fix, que representa la fracció no revisable del preu del contracte, en el valor del coeficient del terme suprimit, de manera que la suma de tots els coeficients mantinguts més el terme fix sigui la unitat. Aquesta regla s'aplicarà si bé encara no s'hagués executat el 20 per cent de l'import del contracte o no haguessin transcorregut dos anys des de la seva formalització.

En tots dos casos, **la data a considerar com a referència per als índexs de preus** representats amb subíndex 0 en les fórmules de revisió serà la **data de formalització** del contracte, sempre que la formalització es produeixi en el termini de tres mesos des de la finalització del termini de presentació d'ofertes, o respecte a la data en què acabi aquest termini de tres mesos si la formalització es produeix amb posterioritat. En tot cas, **si la data de formalització és anterior a l'1 de gener de 2021, es prendrà com a referència el 31 de desembre de 2020.**

6.2 Pel que fa a la revisió de preus en cas de demora en l'execució s'ha d'aplicar l'article 104 de la LCSP:

Article 104. Revisió en casos de demora en l'execució.

Quan la clàusula de revisió s'apliqui sobre períodes de temps en els quals el contractista hagués incorregut en mora i sense perjudici de les penalitats que fossin procedents, els índexs de preus que hauran de ser tinguts en compte seran aquells que haguessin correspost a les dates establertes en el contracte per a la realització de la prestació en termini, tret que els corresponents al període real d'execució produeixin un coeficient inferior, i en aquest cas s'aplicaran aquests últims.

6.3 En relació amb l'al·legació sobre l'amidament general i la certificació final d'obra s'han d'aplicar els articles 166 del RGLCAP i 240 i 243 de la LCSP:

Article 166. amidament general i certificació final de les obres.

1. Rebudes les obres es procedirà seguidament al seu amidament general amb assistència del contractista, formulant-se pel director de l'obra, en el termini d'un mes des de la recepció, el amidament de les realment executades d'acord amb el projecte. A aquest efecte, en l'acta de recepció el director de l'obra fixarà la data per a l'inici d'aquest amidament, quedant notificat el contractista per a aquest acte. Excepcionalment, en funció de les característiques de les obres, podrà establir-se un termini major en el plec de clàusules administratives particulars.
2. El contractista té l'obligació d'assistir a la presa de dades i realització del amidament general que efectuarà el director de l'obra.
3. Per a realitzar el amidament general s'utilitzaran com a dades complementàries la comprovació del replanteig, els replantejos parcials i els amidaments efectuats des de l'inici de l'execució de l'obra, el llibre d'incidències, si n'hi hagués, el d'ordres i quants uns altres estimin necessaris el director de l'obra i el contractista.
4. D'aquest acte s'estendrà acta en triplicat exemplar que signaran el director de l'obra i el contractista, retirant un exemplar cadascun dels signants i remetent-se el tercer pel director de l'obra a l'òrgan de contractació. Si el contractista no ha assistit al amidament l'exemplar de l'acta li serà remès pel director de l'obra.
5. El resultat del amidament es notificarà al contractista perquè en el termini de cinc dies hàbils presti la seva conformitat o manifesti les objeccions que estimi oportuns.
6. Les reclamacions que estimi oportú fer el contractista contra el resultat del amidament general les dirigirà per escrit en el termini de cinc dies hàbils a l'òrgan de contractació per



conduite del director de l'obra, el qual les elevarà a aquell amb el seu informe en el termini de deu dies hàbils.

7. Sobre la base del resultat del amidament general i dins del termini que estableix l'apartat 1, el director de l'obra redactarà la corresponent relació valorada.

8. Dins dels deu dies següents al final del termini que estableix l'apartat 1, el director de l'obra expedirà i tramitarà la corresponent certificació final.

9. Dins del termini de dos mesos, comptats a partir de la recepció de l'obra, l'òrgan de contractació haurà d'aprovar la certificació final de les obres executades, que serà abonada, en el seu cas, al contractista dins del termini de dos mesos a partir de la seva expedició a compte de la liquidació del contracte. En el cas que de conformitat amb l'excepció prevista en l'apartat 1 es fixés un termini superior a un mes per al amidament de les obres, l'aprovació de la certificació final no podrà superar el termini d'un mes des de la recepció de la contestació del contractista al tràmit d'audiència a què fa referència l'apartat 5.

Article 240. Certificacions i abonaments a compte.

1. A l'efecte del pagament, l'Administració expedirà mensualment, en els primers deu dies següents al mes a què corresponguin, certificacions que comprenguin l'obra executada conforme a projecte durant aquest període de temps, excepte prevenció en contra en el plec de clàusules administratives particulars, els abonaments de les quals tenen el concepte de pagaments a compte subjectes a les rectificacions i variacions que es produeixin en el amidament final i sense suposar en cap forma, aprovació i recepció de les obres que comprenen.

En aquests abonaments a compte s'observarà el que es disposa en el paràgraf segon de l'apartat 2 de l'article 198.

2. El contractista tindrà també dret a percebre abonaments a compte sobre el seu import per les operacions preparatòries realitzades com a instal·lacions i apilament de materials o equips de maquinària pesant adscrits a l'obra, en les condicions que s'assenyalin en els respectius plecs de clàusules administratives particulars i conforme al règim i els límits que amb caràcter general es determinin reglamentàriament, havent d'assegurar els referits pagaments mitjançant la prestació de garantia.

Article 243 Recepció i termini de garantia:

1. (...) Dins el termini de tres mesos comptats a partir de la recepció, l'òrgan de contractació ha d'aprovar la certificació final de les obres executades, que ha de ser abonada al contractista a compte de la liquidació del contracte en el termini que preveu aquesta Llei. (...)

2. Si les obres es troben en bon estat i d'acord amb les prescripcions previstes, el funcionari tècnic designat per l'Administració contractant i representant d'aquesta les ha de donar per rebudes i aixecar l'acta corresponent; s'inicia llavors el termini de garantia. (...)

3. (...) Dins el termini de quinze dies anteriors al compliment del termini de garantia, el director facultatiu de l'obra, d'ofici o a instància de la contractista, ha de redactar un informe sobre l'estat de les obres. Si aquest és favorable, la contractista queda rellevat de tota responsabilitat, tret del que disposa l'article següent, i s'ha de procedir a la devolució o cancel·lació de la garantia, a la liquidació del contracte i, si s'escau, al pagament de les obligacions pendents que s'ha d'efectuar en el termini de seixanta dies. (...)



7. La cap del Servei de Projectes, Obres i Supervisió de l'IBISEC informa el següent:

«MOTIVO PRIMERO. Disconformidad con los criterios aplicados para determinar el importe de la revisión excepcional de precios.

En la revisión excepcional de precios tramitada no se revisaron las certificaciones de obra correspondiente a los meses en que el incremento de costes era inferior al 5 por ciento del importe certificado.

Teniendo en cuenta el artículo 8b, el contratista tiene razón al argumentar que no debe excluirse del cálculo de revisión ninguna certificación.

Posteriormente a la emisión de la certificación de revisión de precios el 10 de noviembre de 2022 se publicó la Orden HFP/1070/2022 que establece la relación de otros materiales que también deben tenerse en cuenta en la revisión excepcional de precios, y que por lo tanto también debe tenerse en cuenta en ésta.

CONCLUSIÓN.

Salvo opinión mejor fundada, **debe incluirse en el cálculo de revisión las 16 certificaciones ordinarias y la certificación final** según art 8 RDL 3/2022 y la Orden HFP/1070/2022.

MOTIVO SEGUNDO. Respecto del incremento de plazo de ejecución de la obra.

[...]

Si atendemos a las 16 certificaciones de obras, hay 4 meses más de ejecución que lo previsto en el contrato inicial y 1,5 meses más si no contamos como retraso la ampliación de 2,5 meses del plazo de ejecución según resolución del gerente de Ibisec.

Queda acreditado en los informes que las deficiencias de ejecución no permitieron recepcionar los trabajos hasta septiembre de 2022.

Por lo que, las obras finalizaron seis meses más tarde del plazo previsto en contrato.

[...]

Referente a la aplicación de artículo 104 LCSP el criterio utilizado ha sido aplicar los índices que hubiesen correspondido a las fechas establecidas en el contrato, es decir los 12 meses, al comprobarse que el importe de la revisión es inferior a los correspondientes al período real de ejecución.

El importe del modificado se abonó en la última certificación ordinaria (cert 16) pero en el cálculo de la revisión no se ha tenido en cuenta este incremento ya que se han tomado los importes que hubiesen correspondido a las fechas establecidas en el contrato.

Tiene razón el contratista en que debe incluirse en la revisión de precios el importe del modificado pero debe calcularse aplicando los índices del mes correspondiente al período real de ejecución.

CONCLUSIÓN.

Salvo opinión mejor fundada, **al cálculo de revisión debe aplicarse el art. 104 de LCSP por haber demora en la ejecución del contrato.**

[...]

Tiene razón el contratista en que debe incluirse en la revisión de precios el importe del modificado pero debe calcularse aplicando los índices del mes correspondiente al período real de ejecución.

MOTIVO TERCERO. Disconformidad con la medición general de la obra e importe de la certificación final.

[...]

Referente a la reducción de la medición de la carpintería exterior de aluminio, consta



en el acta de recepción que deben cambiarse algunas carpinterías de aluminio al estar incorrectamente colocadas.

[...]

Para subsanarse las deficiencia de dichas carpintería éstas deben ser substituidas, no pueden repararse. Es por ese motivo que las unidades de carpintería mal ejecutas se han suprimido de la medición general y por tanto, de la certificación final. En el caso que el contratista ejecute correctamente las unidades se certificará en la liquidación del contrato.

A día de hoy continua sin subsanarse.

[...]

CONCLUSIÓN.

Los documentos 7 y 8 aportados por el contratista en el recurso son borradores sin validez.

El único documento válido es la medición general firmada por la dirección facultativa de la obra.

Las unidades de carpintería no recogidas en la medición general corresponden a unidades de obra mal ejecutadas tal como consta en el Acta de recepción y en los informes técnicos emitidos.

8. El día 30 de gener de 2023 per correu electrònic, la cap del Servei de Projectes, Obres i Supervisió, en relació amb les unitats mal executades de la fusteria d'alumini va informar el següent:

«El perfil aceptado en obra permite la colocación con apertura interior o exterior. La DF se puso en contacto con el industrial que fabricó las carpinterías y éste les dijo que TECOPSA no les especificó el sentido de apertura de las puertas. Por lo tanto es un error de TECOPSA. TECOPSA se ha comprometido a cambiarlas».

I a més adjunta compromís escrit de TECOPSA per al canvi d'aquestes unitats d'obra.

9. El servei jurídic d'IBISEC ha informat favorablement l'estimació parcial del recurs, basant-se, en síntesi, en els fonaments jurídics següents:

Motiu 1. Disconformitat amb el criteri aplicat per la REP.

Tal i com s'ha dit a la consideració prèvia, aquest es considera un tema absolutament tècnic. Així, l'informe de la CS de Projectes, Obres i Supervisió de 15/12/2022, es pronuncia expressament sobre aquest motiu considerant que, excepte criteri contrari, **procedeix reconèixer el càlcul de la REP conforme el que exposa TECOPSA al seu recurs.**

Motiu 2. Increment del termini l'obra. Demora. Aplicació del 104 LCSP.

Així respecte els càlculs de la REP, es coincideix amb el criteri de la CS de Projectes, Obres i Supervisió de 15/12/2022, pel que fa a:

a. Admetre amb TECOPSA que sí s'ha de tenir en compte l'import certificat del modificat aprovat (per convalidació) per l'òrgan de contractació, fet que modificarà el càlcul de la REP.

b. Aplicar per al càlcul de la REP el 104 de la LCSP, tota vegada aquest article indica com procedir a les revisions de preu en cas de demora, sense cap



consideració respecte si aquesta demora és imputable al contractista o no.

Motiu 3. Disconformitat amb l'amidament general de l'obra i import de la CF.

[...]

Ja a la recepció s'indicà que aquesta partida havia de ser objecte d'esmena i que, en tant en quant no es practiquessin aquestes esmenes, els treballs no es donaven per rebuts, entrant en la categoria de «repassos».

• Res va al·legar TECOPSA en el termini conferit pels punts 5 i 6 de l'article 166 RGLCAP, per la qual cosa el procediment d'emissió de la CF continuà tal i com determina aquest article i l'article 243 de la LCSP.

En qualsevol cas i respecte les consideracions que efectua TECOPSA respecte l'execució i admissió o no d'aquesta partida durant el decurs de les obres, tal i com determina l'article 240, les certificacions ordinàries de l'obra tenen caràcter de pagament a compte d'allò que es determini a l'amidament general i estan sotmeses a les «rectificacions i variacions que es produeixen a l'amidament general» i no suposen «de cap manera, aprovació i recepció de les obres que comprenen».

I, a més, respecte les consideracions que efectua TECOPSA respecte l'execució i admissió o no d'aquesta partida a l'amidament general i a la CF, tal i com determina l'article 243.1 segon paràgraf, **l'abonament d'aquesta certificació s'ha de fer, encara, a compte de la liquidació contractual**, un cop realitzat el tràmit previst a aquests efectes a l'article 169 del RGLCAP.

A dates actuals, i conforme l'informe tècnic de la CS de Projectes, Obres i Supervisió de 15/12/2022, no s'ha portat a terme l'esmena de les deficiències detectades, per la qual cosa, partint del principi de veracitat i exactitud d'aquest tipus d'informes, **aquesta partida no pot ser recollida ni reconeguda a la CF per no haver-se executat conforme a projecte.**

8. Entrant ja en el fons de recurs cal dir el següent:

8.1 Aquesta Junta Consultiva comparteix els arguments del recurrent i el criteri manifestat per l'IBISEC tant en l'informe tècnic com en l'informe jurídic respecte de l'al·legació primera sobre l'exclusió del càlcul de la revisió d'aquelles certificacions en les quals puntualment no s'ha produït un increment de cost superior al 5%.

Efectivament, una vegada superat el llindar d'entrada de l'increment igual o superior al 5% establert a l'article 7 procedeix calcular l'import de la revisió de preus, i per a això cal tenir en compte l'art. 8.b) del RDL 3/22 :

La quantia resultant de la revisió excepcional es calcularà de la següent manera:

a)

b) Quan el plec de clàusules administratives particulars no estableixi la fórmula de revisió de preus, aquesta quantia es determinarà com **la diferència entre l'import certificat per l'execució de l'obra cada any des d'1 de gener de 2021, o des de la primera certificació si aquesta fos posterior, fins a la conclusió del contracte i el que s'hauria certificat si aquesta execució hagués tingut dret a revisió de preus.**



Per al càlcul de l'import de la revisió no s'exclouen més certificacions que les que s'hagin pogut emetre amb anterioritat a l'1 de gener de 2021.

Per tant aquesta al·legació s'ha d'estimar.

8.2 Pel que fa a l'al·legació segona aquesta s'ha d'estimar parcialment.

D'una banda, té raó el recurrent quan afirma que

«Aún cuando no se especifica el plazo de demora, del cálculo que consta en los anexos del informe se desprende que se ha considerado en mora el periodo de ejecución que excede los 12 meses originarios del plazo de ejecución del contrato. Este planteamiento es asumido por el órgano de contratación en la resolución que se impugna mediante el presente escrito.

Esta afirmación es completamente errónea, contradice los actos propios anteriores del órgano de contratación y vulnera el principio de confianza legítima de la Administración.

El 3 de mayo de 2022 el órgano de contratación de IBISEC aprobó expresamente una ampliación del plazo de ejecución de las obras de 2,5 meses, tras haberlo solicitado la contratista el 16 de febrero de 2022. Dicha resolución de ampliación (que se adjunta como documento nº 2) fue dictada en el expediente de contratación 12/2020, con referencia INCIDENCIA 2022-TER-06.

I que

«los cálculos obrantes al informe técnico en aplicación del art. 104 LCSP son totalmente improcedentes ya que se realiza sobre una estimación de certificaciones que no responden a la realidad de la obra ejecutada, y además "desplaza" temporalmente las certificaciones emitidas a los meses siguientes, lo que distorsiona todo el cálculo.

En primer lugar, sigue excluyendo del derecho de revisión, de forma totalmente injustificada y anómala, aquellas certificaciones que no han tenido un incremento de coste superior al 5%. En segundo lugar, no considera el valor real de la obra ejecutada (incluida la modificación), sino que parte del presupuesto de adjudicación, con lo que su cálculo se realiza sobre un presupuesto de 1.896.412,73 euros; frente al presupuesto contratado y ejecutado de 1.936.768,50 euros».

A l'informe sobre el càlcul de la revisió de preus de 21 d'octubre s'adjunten 3 annexos amb el càlcul de la revisió. L'annex 1 es refereix al càlcul del llindar per a l'admissió de la revisió excepcional de preus, l'annex 2 sobre càlcul de la revisió sobre l'import certificat de les 16 certificacions d'obra, però sense incloure el modificat i exclouent aquelles amb increment inferior al 5%, aplicant a les quatre darreres els coeficients segons estableix l'article 104 de la LCSP i l'annex 3 en el que es realitza un nou càlcul sobre imports estimats que s'haurien d'haver certificat si l'obra no s'hagués retardat i el termini hagués estat de 12 mesos. És l'import d'aquest annex 3 el que s'aprova en la resolució recorreguda. Dit informe es modifica mitjançant una correcció d'errades de 10 de novembre perquè

«En el cálculo anterior no se había suprimido el término que representa el elemento de coste correspondiente a energía, y si se había incrementando el término fijo. Además había un error en el coeficiente del elemento correspondiente a elementos electrónicos de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo era superior a la unidad».



A aquest informe de correcció d'errades s'adjunten tres nous annexos amb la mateixa forma de calcular la revisió excepcional sobre imports estimats i sense incloure ni el modificat ni les certificacions amb increment inferior al 5%. La resolució de rectificació d'errades té en compte l'import de l'annex 3.

D'acord amb l'article 8 del RD Llei 3/2022 la quantia de la revisió excepcional de preus es determinarà com la diferència entre l'import certificat per l'execució de l'obra cada any des d'1 de gener de 2021, o des de la primera certificació si aquesta fos posterior, fins a la conclusió del contracte i el que s'hauria certificat si aquesta execució hagués tingut dret a revisió de preus. Per tant, independentment que existeixi retard, el càlcul s'ha de fer sobre l'import certificat no sobre estimacions del que s'hauria d'haver certificat si el contracte s'hagués executat dins del termini establert.

L'article 104 de la LCSP estableix que quan la clàusula de revisió s'apliqui sobre períodes de temps en els quals el contractista hagués incorregut en mora els índexs de preus que hauran de ser tinguts en compte seran aquells que haguessin correspost a les dates establertes en el contracte per a la realització de la prestació en termini, tret que els corresponents al període real d'execució produeixin un coeficient inferior, i en aquest cas s'aplicaran aquests últims.

Si bé el termini d'execució del contracte era de 12 mesos hem de recordar que el contractista va sol·licitar una ampliació del termini de 2,5 mesos i que aquesta ampliació va ser acceptada per l'òrgan de contractació per la qual cosa el termini per a la realització de la prestació seria de 14,5 mesos i per tant tan sols s'ha d'aplicar allò que preveu l'article 104 a l'excés de 1,5 mesos que no s'havien autoritzat.

En segon lloc no es pot acceptar l'afirmació sobre la no aplicació de l'article 104 per no existir demora en el termini d'execució. L'execució de l'obra s'ha vist demorada, en total, en 1,5 mesos, cosa que ve sustentada i demostrada per les certificacions ordinàries d'obra emeses que han estat 16, quan el termini d'execució contractual, com hem dit abans, era de 14,5 mesos.

8.3 En l'al·legació tercera afirma el recurrent

«La cantidad aprobada no se corresponde con el acta de medición suscrita por todas las partes, ni con la certificación emitida que fue sometida a firma de esta parte. El 22 de septiembre se procedió a la medición general de la obra suscribiendo todas las partes un "acta de medición" suscrita por la directora de obra, director de ejecución, coordinador de seguridad y salud, y contratista, y se emitió certificación final de las obras por importe de 109.775,01 euros más IVA (132.827,76 euros) firmada por todos los intervinientes. Se adjunta como documento 7 y 8 los documentos referidos.»



Els documents 7 i 8 aportats pel recurrent són esborranys sense signatura mancats de validesa, que no formen part de l'expedient administratiu tramès per l'òrgan de contractació per a la resolució del recurs. En l'expedient els únics documents que figuren en relació amb l'amidament general i la certificació final són l'acta d'amidament de 22 de setembre signada per tots els assistents excepte pel contractista i la certificació final signada per la directora d'obra i la cap del Servei de Projectes, Obres i Supervisió i aprovada per l'òrgan de contractació que inclou obres per import de 88.851,03 euros més IVA.

Pel que fa amb la disconformitat amb l'import de la certificació final per haver-se descomptat les unitats de fusteria d'alumini mal col·locades afirma el recurrent que

No resulta creíble que desde el mes de marzo de 2022 no se haya requerido a la contratista la subsanación de unas unidades supuestamente "mal colocadas", hasta el punto de que se sigue ratificando el criterio de reconocimiento de ejecución y se incorporan en la certificación final que se somete inicialmente a firma de todas las partes.

Carece de toda lógica que se detraigan de forma sorpresiva unas mediciones bajo el pretexto de "mal colocadas" en una medición final "rectificada", reduciéndolas incluso a mediciones del mes de marzo de 2022.

[...]

Es más, estas unidades están colocadas desde hacía casi un año según las indicaciones y perfilerías elegidas y aprobadas por la dirección de obra, e incluso se realizó el CFO sin ningún reparo en estas unidades que están en perfecto estado de uso. Se entiende que el reparo que ha hecho detraer la medición es un criterio personal y aleatorio del técnico que recibió la obra por parte de Ibisec no compartido con la DF que ejecuto las obras.

Las certificaciones ordinarias de obra no implican aceptación de los trabajos ejecutados, precisamente por ello es el momento técnicamente hábil para exigir la correcta ejecución de unidades que presenten incidencias, o excluyendo de la certificación las unidades ejecutadas de forma "defectuosa" o que "no se ajusten estrictamente a lo solicitado" pero no es de recibo que se difiera dicho rechazo a la certificación final de obra, sin existir un previo requerimiento en fase de ejecución.

La deducción de medición carece de justificación legal y técnica y se contradice con el devenir y los hechos constatados de los últimos meses de ejecución de la obra, en los que se ha venido certificando medición de forma gradual conforme a su grado de avance.

Tal com afirma la tècnica que subscriu l'informe jurídic

Ja a la recepció s'indicà que aquesta partida havia de ser objecte d'esmena i que, en tant en quant no es practiquessin aquestes esmenes, els treballs no es donaven per rebuts, entrant en la categoria de «repassos».

Res va al·legar TECOPSA en el termini conferit pels punts 5 i 6 de l'article 166 RGLCAP, per la qual cosa el procediment d'emissió de la CF continuà tal i com determina aquest article i l'article 243 de la LCSP.

En qualsevol cas i respecte les consideracions que efectua TECOPSA respecte l'execució i admissió o no d'aquesta partida durant el decurs de les obres, tal i com determina l'article 240, les certificacions ordinàries de l'obra tenen caràcter de pagament a compte d'allò que es determini a l'amidament general i estan sotmeses a les «rectificacions i variacions que es produeixen a l'amidament general» i no suposen «de cap manera, aprovació i recepció de les obres que comprenen».

El Tribunal Suprem (en la STC núm. 1593/2005), considera que:

(...) la obligación del contratista es una obligación de resultado y no de actividad para llegar a un resultado; a la Administración sólo le interesa la total y definitiva construcción de la obra pactada y no la actividad mediante la cual llega el contratista a este resultado, por ello, la Administración no debe el precio sino cuando el resultado final ha sido realizado a satisfacción.

En casos similars al que ens ocupa, en què s'han certificat treballs que no s'ajusten a allò que està en el projecte, la Jurisprudència ha considerat que la determinació dels treballs realment executats s'haurà de fer necessàriament en la liquidació del contracte.

Per a la resolució del recurs és irrellevant que el recurrent s'hagi compromès al canvi de les unitats de fusteria mal col·locades ja que, a dia d'avui, encara no s'han substituït per tant l'Administració abonarà el seu import en el moment de la liquidació del contracte.

Atès tot això aquesta al·legació s'ha de desestimar.

Per tot això, dict el següent

Acord

1. Estimar parcialment les pretensions de la recurrent i anul·lar la Resolució del Gerent de l'IBISEC de finalització d'expedient de revisió excepcional de preus i aprovació de certificació final, de 9 de novembre de 2022, i la seva correcció d'errades de data 24 de novembre de 2022, en el contracte d'obres d'ampliació de l'IES Isidor Macabich a Eivissa.
2. Estimar íntegrament l'al·legació primera; desestimar parcialment l'al·legació segona en relació amb l'aplicació de l'art. 104 de la LCSP i desestimar íntegrament l'al·legació tercera, relativa a l'import de la certificació final.
3. En conseqüència, ordenar a l'òrgan de contractació que retrotregui el procediment al moment de calcular novament l'import de la revisió excepcional de preus, d'acord amb el que preveu l'art. 8 b) del Reial decret llei 3/2022, d'1 de març, i amb les indicacions del punt 8 d'aquest acord.
4. Notificar aquest Acord a la recurrent i a l'òrgan de contractació.

Interposició de recursos



G
O
I
B
/

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 a i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

La secretària de la Junta Consultiva
de Contractació

Maria Matilde Martínez Montero