

PROPUESTA SOBRE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS Y LA REVISIÓN DE PRECIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA por iniciativa de la COMISIÓN DE CONCESIONES E INFRAESTRUCTURAS

Octubre 2023

I. Introducción

- La Comisión de Concesiones e Infraestructuras, previa consulta a sus miembros, ha considerado oportuno elaborar una propuesta de modificación legislativa en materia de contratación pública para abordar dos cuestiones especialmente problemáticas desde hace tiempo: la anómala utilización de los medios propios y la ausencia de un régimen legal efectivo para la revisión ordinaria de los precios de los contratos.
- Estas propuestas se elaboran partiendo de la posición aprobada por la Junta Directiva CEOE en mayo de 2023 y del documento de propuestas sectoriales de esta misma Comisión de junio del mismo año, como ampliación de las mismas. La finalidad perseguida es dotarse de una propuesta lo más acabada posible para su traslado y debate con las autoridades competentes, tanto en el Gobierno de próxima formación como ante las Cortes Generales.

II. Propuestas de modificación parcial de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)

En aras a la claridad expositiva, se plantea una sucinta justificación de cada propuesta, seguida de la redacción del nuevo texto normativo resaltando los cambios y omitiendo aquellos apartados que se mantendrían inalterados en la norma original.

MEDIOS PROPIOS

La técnica del encargo a medios propios es un recurso excepcional (como alternativa al contrato público regido por la LCSP) y por ello debe utilizarse con mesura según una constante y reiterada jurisprudencia tanto nacional como de TJUE. Sin embargo, como han puesto de manifiesto diversos organismos e instituciones públicas y privadas, la tendencia de los últimos años ha sido un incremento generalizado de los susodichos encargos, a favor de las más variadas entidades públicas, en detrimento del tejido empresarial privado que podría ejecutar los oportunos contratos (de obra, servicios u otra categoría). Además, se ha detectado y denunciado una deficiente publicidad de los encargos realizados, dificultando aún más su control (de legalidad y de oportunidad).

Se propone, en consecuencia, modificar parcialmente la dicción del art. 32 LCSP, para limitar y acotar la utilización de los medios propios a un uso razonable:

Artículo 32. Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados.

1. Los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato.

Para que las entidades del sector público puedan efectuar el correspondiente encargo deberán haber programado previamente la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales de conformidad con el artículo 28 y que, al menos, recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada. El importe total de las prestaciones de los encargos programados para cada categoría de contrato calificado en el artículo 12 de la Ley no podrá superar, en cada ejercicio presupuestario, el diez por

ciento de la capacidad inversora anual del poder adjudicador, siempre que el cómputo total de los importes de las prestaciones de todos los encargos programados en el ejercicio presupuestario no supere el diez por ciento de la capacidad inversora anual del poder adjudicador. Se exceptúa del cómputo la ejecución de obras cuando se trate de un supuesto de emergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120 de la Ley.

[...]

4. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:

a) Que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades.

Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

[...]

5. El incumplimiento sobrevenido de cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados 2 o 4, según corresponda en cada caso, comportará la pérdida de la condición de medio propio personificado en el ejercicio presupuestario siguiente y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada; sin perjuicio de la conclusión de los encargos que estuvieran en fase de ejecución.

6. Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas:

a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo. ***El encargo formalizado mediante convenio que***

prescinda del procedimiento legalmente establecido de publicación será nulo de pleno derecho.

[...]

SOBRE LA REVISIÓN DE PRECIOS

El mecanismo técnico-jurídico de la revisión de precios fue una constante en nuestro derecho de la contratación hasta fechas relativamente recientes. Las sucesivas crisis provocadas por la pandemia del COVID-19 y de la guerra de Ucrania, con un desmedido e inusitado incremento de los precios de la energía y las materias primas, ha dado lugar a diversas medidas extraordinarias, aprobadas mediante sucesivos Reales-Decreto Ley, sin lograr una solución definitiva ni estable, provocando no poca inseguridad jurídica entre los operadores públicos y privados.

Al respecto, en junio 2023 CEOE ya propuso una regulación específica del mecanismo excepcional para la revisión de precios, tanto en contrato de obras como de servicios. Mediante el presente documento se avanza un poco más para proponer la reintroducción de la revisión de precios ordinaria, en todos los contratos, ante la constatación empírica de la necesidad de este mecanismo, sin tener que recurrir a artificiosas o complejas modificaciones de los contratos del sector público.

Artículo 103. Procedencia y límites.

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. **La revisión de precios en los contratos del sector público tendrá lugar en los términos establecidos en este Capítulo y salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos o pactado en el contrato.**~~

~~Salvo en los contratos no sujetos a regulación armonizada a los que se refiere el apartado 2 del artículo 10, 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 30 de marzo, de desindexación de la economía española, **Salvo que se justifique en el expediente administrativo la improcedencia de la revisión de precios, ésta será de aplicación en todos los contratos del sector público.** La revisión periódica y predeterminada de precios sólo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el Real Decreto anteriormente citado.~~

No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. ~~Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el Real Decreto.~~

~~No obstante, previa justificación en el expediente, podrá admitirse la revisión de precios en los contratos que no sean de obras, de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas o de suministro de energía, aunque su período de recuperación de la inversión sea inferior a cinco años siempre que la suma de la participación en el presupuesto base de licitación del contrato de las materias primas, bienes intermedios y energía que se hayan de emplear supere el 20 por ciento de dicho presupuesto. En estos casos la revisión solo podrá afectar a la fracción del precio del contrato que representa dicha participación. El pliego deberá indicar el peso de cada materia prima, bien intermedio o suministro energético con participación superior al 1 por ciento y su respectivo índice oficial de revisión de precios. No será exigible para la inclusión en los pliegos de la fórmula de revisión a aplicar al precio del contrato la emisión de informe por el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.~~

3. En los supuestos en que proceda, **El órgano de contratación podrá establecerá el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo.**

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar, en tales casos, la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato

y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a 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 **presentación de la oferta.**

Cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no establezca la fórmula de revisión de precios, se aplicará la fórmula que aparezca en el proyecto 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.

5. Salvo en los contratos de suministro de energía **u otros tipos contractuales que incluyan prestaciones de suministro de energía en las partidas correspondientes al suministro**, cuando proceda, la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar en los términos establecidos en este capítulo, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiese transcurrido un año desde su formalización **hubiesen transcurrido tres meses desde la presentación de la oferta.** En consecuencia, ~~el primer 20 por ciento ejecutado y el importe ejecutado en los primeros tres meses transcurridos desde el primer año transcurrido~~ **desde la presentación de la oferta** formalización **quedará excluido de la revisión.**

~~No obstante, la condición relativa al porcentaje de ejecución del contrato no será exigible a efectos de proceder a la revisión periódica y predeterminada en los contratos de concesión de servicios.~~

[...]

Madrid, 25 de Octubre 2023