

NOTAS ACLARATORIAS EN RELACIÓN AL “CONCURSO PÚBLICO PARA EL OTORGAMIENTO DE UNA CONCESIÓN DE DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO CON DESTINO A LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE UNA TERMINAL MARÍTIMA DE CONTENEDORES, ABIERTA AL USO GENERAL, EN EL ESPIGÓN CENTRAL DEL PUERTO DE BILBAO” (EXPDTE. 5759).

En relación con el Concurso de referencia, se procede a efectuar las siguientes aclaraciones sobre diversas cuestiones formuladas por interesados (anonimizadas), respecto al contenido y alcance de determinadas cuestiones reguladas en los pliegos del mismo:

CONSULTA 1.-

Podrían por favor aclarar cómo funciona el proceso de bastanteo de la garantía provisional por parte de los Servicios Jurídicos del Estado (al que se hace referencia en la Base 13.2). ¿Cuánto tiempo requiere y si es necesario antes o después de la presentación de la propuesta junto con la garantía provisional?

El bastanteo de poderes es una práctica estándar que se regula en la legislación española y tiene como objeto acreditar la comprobación de que las facultades o poderes de una o varias personas físicas (los representantes o apoderados del Banco) son suficientes para actuar en nombre y representación de una determinada persona jurídica (el Banco) en la realización de determinadas garantías o actuaciones presentadas ante la Administración Pública y/o sus Organismos.

Este bastanteo es por tanto una mera necesidad formal en orden a que los poderes notariales de los representantes del Banco deben estar bastanteados por la Abogacía del Estado o la Asesoría Jurídica de la Caja General de Depósitos, circunstancia que se reflejará en la parte inferior del aval para su verificación. La mayoría de los bancos que actúan ante las Administraciones españolas tienen ya bastanteados de forma habitual dichos poderes.

CONSULTA 2.-

La redacción de la garantía provisional (Anejo nº 2) es especialmente complicada de aceptar para los bancos, que exigen que la garantía esté limitada en el tiempo. Dado que esta garantía cubrirá el compromiso del licitador de mantener su oferta durante un periodo de 8 meses (Base 15.4), se sugiere que se modifique el Anejo nº 2 (MODELO DE AVAL PARA CONSTITUIR LA GARANTÍA PROVISIONAL) para limitar la validez de la garantía a un periodo de 12 meses, o antes si la Autoridad Portuaria de Bilbao autoriza expresa y oficialmente su cancelación o devolución.

“El aval se mantendrá vigente durante el plazo de doce (12) meses desde la fecha de su formalización cuando se entenderá caducado, salvo que establece con carácter indefinido por , debiendo considerarse vigente en tanto la Autoridad Portuaria de Bilbao no autorice, expresa y formalmente, su cancelación o devolución antes de dicha fecha.”

Ante las dificultades esgrimidas y considerando que la garantía provisional responde del mantenimiento de las proposiciones presentadas por los licitadores hasta la adjudicación del concurso, y del mantenimiento de las condiciones de la proposición del adjudicatario hasta el otorgamiento de la concesión, entendemos que el plazo de vigencia de la garantía provisional no podrá ser inferior a dieciocho (18) meses, siendo ese el plazo mínimo necesario para cubrir cualquier imprevisto o eventualidad que pudiera surgir durante la tramitación del concurso. A tal efecto, el Presidente de este Organismo va a proceder a modificar esta aclaración en los pliegos del concurso, en el sentido expuesto.

CONSULTA 3.-

Por favor confirmen que la garantía provisional puede ser otorgada por un banco internacional.

El aval podrá ser otorgado por un banco extranjero de reconocida solvencia, que podrá pertenecer a un país miembro o no de la Unión Europea, pero que en todo caso deberá disponer de una sucursal en España.

CONSULTA 4.-

Al objeto de garantizar que el Contrato de Concesión resista una evaluación exhaustiva de riesgos por parte de los posibles financiadores del proyecto, sobre esta base, se solicita incluir una disposición general en el Contrato de Concesión en virtud de la cual APB y el concesionario se comprometan a negociar de buena fe un "acuerdo directo" con los prestamistas del proyecto. Dicho acuerdo directo regulará aspectos como el derecho eventual de subrogación de los financiadores en la posición contractual del concesionario (step-in rights), derechos de subsanación (cure rights), el paquete de garantías, etc. Por favor, confirme si dicha disposición se incluirá en las condiciones particulares del Contrato de Concesión y en cuyo caso nos ponemos a su disposición para negociar la redacción conjuntamente.

No se prevé en la normativa portuaria española la posibilidad de un acuerdo directo entre la Autoridad Portuaria y posibles prestamistas. No obstante, en caso de que intervengan posibles prestamistas, éstos podrán comunicar a la Autoridad Portuaria las

garantías y demás cuestiones concernientes derivadas de la financiación acordadas con el concesionario, con las garantías, medidas o cautelas que el ordenamiento jurídico permite.

CONSULTA 5.-

Por favor confirmen que no existen garantías reales, gravámenes o cualquier otra carga sobre el terreno en el que se ubicará la terminal (Fase 1 y Fase 2).

Les confirmamos que no existe ningún tipo de gravamen ni carga sobre el terreno en el que se ubicará la terminal.

CONSULTA 6.-

Entendemos que el concesionario no necesita aprobación para conceder hipotecas o prendas sobre sus activos (activos, contratos, cuentas bancarias, etc.). Únicamente la hipoteca sobre la concesión y la prenda de acciones están sujetas a autorización previa.

La normativa sectorial portuaria, en particular el artículo 92.7 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, únicamente requiere la expresa autorización previa por parte de la Autoridad Portuaria respecto de la constitución de hipotecas y otros derechos de garantía sobre las concesiones, esto es, respecto de cualquier gravamen con incidencia en el dominio público portuario, autorización que se otorgará sobre la base de las previsiones establecidas en dicho artículo. Asimismo, el hipotecante tiene el derecho a inscribir la hipoteca autorizada en el Registro de la Propiedad, como garantía frente a terceros.

Por su parte, la constitución de una prenda sobre los activos o cuentas bancarias titularidad del concesionario se trataría de una cuestión que afectaría exclusivamente a la esfera empresarial del concesionario, sin que requiera autorización de la Autoridad Portuaria al no tratarse de la constitución de una hipoteca o de otros derechos de garantía sobre la concesión, por lo que no entraría dentro del contenido y alcance objetivo del artículo 92.7 del Real Decreto Legislativo 2/2011.

CONSULTA 7.-

Para conseguir financiación para este proyecto greenfield será clave que el concesionario pueda ofrecer garantías adecuadas a los prestamistas, siendo esenciales la hipoteca sobre la concesión y la prenda sobre las acciones del concesionario. Por favor, confirmen si la APB autoriza la enajenación de las acciones (Regla 29 de las Disposiciones Generales) y la hipoteca sobre la concesión (Regla 31

de las Disposiciones Generales) por parte de los prestamistas en la financiación del proyecto. En ese caso, debe incluirse una disposición explicativa en las disposiciones particulares del Contrato de Concesión para acordar de antemano, aclarar y asegurar a los potenciales prestamistas la capacidad de otorgar dicha hipoteca y prenda.

La normativa sectorial portuaria establece que la enajenación de acciones, participaciones o cuotas de una sociedad, comunidad de bienes u otros entes sin personalidad jurídica que tengan como actividad principal la explotación de la concesión exigirá la autorización de la Autoridad Portuaria, siempre que pueda suponer que el adquirente obtenga una posición que le permita influir de manera efectiva en la gestión o control de dicha sociedad o comunidad (artículo 92.4 del Real Decreto Legislativo 2/2011).

La enajenación de acciones se configura, por tanto, como un derecho que el concesionario podrá ejercer y su autorización se otorgará previo cumplimiento de las formalidades previstas en la legislación sectorial portuaria.

CONSULTA 8.-

Por favor confirmen que la Regla 29 (Transferencia), par. 3, que requiere autorización para transmitir la concesión, no aplica en el supuesto de que los prestamistas en la financiación del proyecto ejecuten la hipoteca sobre la concesión, siempre y cuando dicha la hipoteca haya sido autorizada en el momento de la concesión.

La Regla 29 del pliego de condiciones generales y particulares relativa a la transmisión de la concesión, que exige autorización previa de la Autoridad Portuaria, no resulta de aplicación al supuesto de que los prestamistas en la financiación del proyecto ejecuten la hipoteca sobre la concesión (siempre y cuando dicha hipoteca haya sido autorizada previamente), dado que no existiría un supuesto de transferencia pactada, sino la mera ejecución de un derecho reconocido en la legislación hipotecaria.