



## Observaciones de Asagua al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) de la Agencia Andaluza del Agua para las Licitaciones de Concesiones de Plantas Depuradoras

Octubre de 2010

### 1. ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE

El desarrollo del contrato de concesión está basado (1) en el establecimiento de un convenio de colaboración entre la Agencia Andaluza del Agua y la Entidad Local, (2) en el contrato de concesión entre la Agencia y el concesionario, y (3) en la subrogación de la Entidad Local en la posición jurídica de la Agencia durante la fase de explotación, con arreglo a la cláusula 42 bis del PCAP.

Aunque parezca una cuestión formal, sería preferible que -en virtud de dicho convenio, y manteniendo los mismos derechos y obligaciones de todas las partes- el contrato con el concesionario se estableciera de forma conjunta y solidaria por parte de ambas Administraciones -la Agencia y la Entidad Local-, mediante un órgano mixto de contratación constituido de acuerdo con el artículo 40 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP).

En el paso de la fase de construcción a la de explotación, un contrato de este tipo aporta mayores garantías a las entidades financieras que el mecanismo de la subrogación, y por consiguiente contribuye a facilitar y abaratar la financiación, que actualmente es la mayor dificultad para la viabilidad de la concesión.

### 2. PLAZOS DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Los plazos de ejecución del contrato -regulados en la cláusula 10 del PCAP, y en la 35 a efectos expropiatorios- se consideran extremadamente difíciles de cumplir y, en algunos aspectos, disfuncionales, por lo que se hacen las siguientes sugerencias:

- a) Dentro del plazo total concesional de 25 años no deberían computarse los tiempos de aprobación de los proyectos ni los de obtención de los terrenos, que por consiguiente deberían regularse fuera de dicho plazo total.
- b) Sin perjuicio de lo anterior, un plazo de 24 meses (cláusula 10.2.1) para la elaboración y aprobación de los proyectos, obtención de los terrenos y construcción es prácticamente imposible de cumplir, aunque dicho plazo dependa, naturalmente, de las infraestructuras de que se trate en cada caso.
- c) La preocupación principal debe ser disponer del mejor proyecto posible sin escatimar plazos, como garantía de un buen desarrollo de la concesión en las fases de construcción y explotación.
- d) Por lo dicho en a) y c), una vez que la Administración considere que se dispone ya de una primera versión completa del proyecto, se debería abrir un periodo -no computable dentro



de los 25 años- de aprobación que incluyera todas las revisiones que hayan de hacerse con el fin de asegurar la calidad final del proyecto.

- e) Dada su trascendencia, los plazos para la obtención de los terrenos -tampoco computables dentro de los 25 años- deberían cuantificarse y regularse expresamente con independencia de las otras actividades, y establecerse de forma suficientemente amplia -para preparar la relación de bienes y para obtenerlos- a efectos del buen resultado de la operación.
- f) Los acuerdos mutuos en la obtención de terrenos -cláusula 35.10 del PCAP- favorecen todo el proceso, por lo que la Administración debería apoyar en lo posible la consecución de tales acuerdos.

### 3. RÉGIMEN ECONÓMICO Y TRASFERENCIA DE RIESGOS

Las tres componentes de la tarifa parecen reflejar (1) la financiación de la inversión, retribuida por la Agencia, (2) el coste fijo de operación y (3) el coste variable de operación, retribuidos ambos por la Entidad Local. Los porcentajes respectivos deben establecerse por tanto en función de las características concretas de cada concesión.

El abono de la primera componente procede pues como consecuencia de que las infraestructuras se han financiado y construido por el concesionario adecuadamente para el fin perseguido, lo que se acredita mediante todas las pruebas y controles que preceden a la firma en conformidad del Acta de Comprobación de la cláusula 42 del PCAP.

Con este acto se culmina la asunción y cumplimiento del riesgo de construcción por parte del concesionario. En consecuencia, la contribución económica de la Agencia -denominada D en la cláusula 56.6- no debería ser objeto de ninguna deducción, puesto que dicha contribución está vinculada a la construcción -ya acreditada por el Acta de Comprobación- y no a la explotación.

El riesgo de disponibilidad es el que está vinculado a la operación, y determina que sea la contribución fija F de la Entidad Local la que deba estar sujeta a deducciones por esta causa.

La contribución variable de la Entidad Local será función sólo, naturalmente, del volumen realmente tratado, y no constituye ninguna transferencia de riesgo -sin perjuicio de los requisitos de calidad-; simplemente refleja los costes variables de explotación. Por ello debería retribuirse todo el volumen tratado, y no limitarlo al 1,1 de caudal de diseño, como hace la cláusula 56.6.

Ya se ha dicho que la financiación es el problema principal para la viabilidad de la concesión. A efectos de garantizarla sería muy importante que la retribución del concesionario se acomodara a la estructura expuesta de transferencia de riesgos, que puede resumirse como sigue por las razones ya dichas:

- a) La componente de financiación de la inversión no debe ser objeto de ninguna deducción.
- b) Las deducciones por disponibilidad, rendimiento o calidad deben aplicarse a las componentes de explotación.
- c) Sin perjuicio de b), se debe retribuir la componente variable de todo el volumen realmente tratado.



- d) A efectos conceptuales, debería eliminarse del PCAP cualquier referencia equívoca -entre otras, cláusulas 14.3.3.II y 26.2- en el sentido de que la componente variable de explotación comporta ninguna transferencia del riesgo de demanda, ya que, en todo caso, no sería más que de disponibilidad.

#### 4. REVISIÓN DE LA TARIFA

La cláusula 57 señala que la retribución económica se actualizará con un incremento anual del 2,25%, “sin perjuicio de lo establecido en la cláusula 58 en relación con el mantenimiento del equilibrio económico del contrato”.

No parece lógico fijar a priori una tasa de actualización para un periodo de 25 años, y por otra parte nada específica la mencionada cláusula 58 respecto a cómo se restablecería el equilibrio económico en el caso -que se presentará sin ninguna duda- de que la evolución de los costes no coincida con el 2,25%.

La actualización de la tarifa es particularmente importante para la viabilidad económica de una concesión, por lo que se sugiere el establecimiento de una fórmula polinómica de revisión que contemple separadamente los costes de producción más relevantes, como son entre otros la energía, el personal y -a efectos de la componente de amortización- las tasas de interés.

#### 5. RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y ERRORES EN EL ANTEPROYECTO

Las determinaciones del PCAP en relación con el restablecimiento del equilibrio económico presentan ciertas disparidades, pues, mientras de algunas cláusulas -34.4, 58.2- no se desprende que las causas imprevistas motiven el restablecimiento del equilibrio económico, otras -67- sí dan pie a ello.

En particular, la indicada cláusula 34 establece que el concesionario es responsable de las deficiencias de su proyecto que puedan derivarse de errores en el anteproyecto de la Administración sometido a licitación, y que ante una situación de esta naturaleza no ha lugar al restablecimiento del equilibrio económico.

Por otra parte, las cláusulas 46 y 51.3 obligan al concesionario en todo lo que se refiere a los cambios normativos y avances tecnológicos y medioambientales a lo largo de la concesión, sin que expresamente ello pueda ser motivo para el restablecimiento del equilibrio económico.

Cabe señalar en primer lugar que, en general, hay jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la obligación de la Administración de restablecer el equilibrio económico de una concesión cuando se presenten circunstancias imprevistas en el PCAP e imprevisibles razonablemente en el momento de la licitación.

En segundo lugar, difícilmente puede responsabilizarse al concesionario de errores en el anteproyecto de la Administración, pues dichos errores constituyen “actuaciones de la Administración” a efectos de lo previsto por la LCSP y por el propio PCAP en la indicada cláusula 58.2.



Tampoco parece razonable que el concesionario asuma la responsabilidad de cambios normativos y tecnológicos -durante 25 años- que o serán resultado de la actuación de la Administración o son imprevistos e imprevisibles en el momento de la licitación.

Finalmente, desde un punto de vista muy distinto, el PCAP establece -cláusulas 35.10 y 58.2 -que habrá lugar al restablecimiento del equilibrio económico cuando los costes reales de las expropiaciones se desvíen más del 20% de lo previsto en el presupuesto de licitación, desviación que puede parecer excesiva para que sea obligado el restablecimiento del equilibrio.

En función de todo lo anterior se sugiere introducir en el PCAP las modificaciones necesarias para:

- a) Establecer como motivo del restablecimiento del equilibrio económico las “causas imprevistas e imprevisibles en el momento de la licitación”.
- b) No responsabilizar al concesionario de los errores en el anteproyecto de la Administración que afecten al equilibrio económico.
- c) Considerar determinados cambios normativos y tecnológicos como posible causa de restablecimiento del equilibrio económico.
- d) Reducir al 10% la desviación en el coste de las expropiaciones para proceder al restablecimiento del equilibrio económico.

## 6. ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS

La cláusula 14.11, en lo relativo a la solvencia técnica, exige que “el licitador ejecutará las prestaciones objeto del contrato con los mismos medios que ha aportado para acreditar su solvencia y deberá mantenerlos durante todo el tiempo de vigencia del contrato”, y “sólo podrá sustituirlos por causa imprevisibles”.

Evidentemente debe haber la necesaria adecuación entre los medios ofrecidos por el licitador y los empleados por el concesionario, pero lo verdaderamente importante es cumplir -bajo el control de la Administración- los niveles de calidad ofertados, y ello dependerá del proyecto finalmente aprobado, de la experiencia obtenida en la puesta a punto de las instalaciones y en los primeros tiempos de explotación, y de los indudables cambios tecnológicos que se producirán a lo largo de toda la concesión.

Por ello se sugiere que la exigencia de medios regulada por las cláusulas 14.11 y 31 se acomode a este principio general básico de garantizar los niveles de calidad requeridos, y utilizar en cada momento los medios necesarios para ello.

## 7. CAPITAL SOCIAL

Las cláusulas 7.2.1 y 14.13.2 establecen como variable económica de la licitación el capital social de la sociedad concesional.



Es bien sabido que, en general, el coste de los recursos propios es mayor que el de la financiación ajena, por lo que considerar como variable económica el capital social es un mecanismo promotor del encarecimiento de la concesión y, en definitiva, de los objetivos de interés general a que da respuesta la misma.

Por ello se sugiere la supresión de esta variable de la licitación, manteniendo como exigencia de capital social el 20% de la inversión que establece la cláusula 23.2.

## 8. COSTES DE CONTROL Y VIGILANCIA Y DE DIRECCIÓN DE OBRA

Hay abundantes referencias en el PCAP -entre otras, cláusulas 7.4, 14.3.3, 30, 41 ó 51.2- a la obligación que tiene el concesionario de asumir los costes de control y de vigilancia y de dirección de obra.

Sería conveniente por ello concretar en alguna cláusula cuáles son los conceptos incluidos en esa obligación, y en particular si se incluye también el coste del Responsable del Contrato regulado por la cláusula 30.