

INFORME JUSTIFICATIVO DE LA NECESIDAD DEL CONTRATO SERVICIOS DE GESTIÓN DE RECUPERACIÓN DE CRÉDITO Y ASISTENCIA LETRADA EN ARBITRAJE INTERNACIONAL

1.- JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD

EQUIPOS TERMOMETÁLICOS, S.A. (en adelante ETM) se constituyó en 1990, siendo su actividad el diseño, fabricación, reparación y comercialización de cualquier tipo de intercambiadores de calor por carcasa o tubos, fabricación de reactores para la industria química y condensadores para centrales térmicas.

El 100% de sus acciones pertenecían al Grupo SEPI, a través de Babcock Wilcox Española, S.A. (en adelante BWE), primero, y de COFIVACASA, S.A., S.M.E. después (en adelante COFIVACASA) mediante la fusión por absorción que llevó a cabo de BWE.

La sociedad venezolana BARIVEN, que forma parte del grupo estatal Petróleos de Venezuela SA (en adelante PDVSA), encargó a ETM, a través de su representante en Países Bajos PDVSA Services BV, la fabricación de unos intercambiadores de calor para la construcción de la primera fase de la refinería “Batalla de Santa Inés”, en Venezuela.

Ante la satisfacción por el resultado del encargo, éste se amplió con otro pedido adicional.

No obstante, las facturas pendientes correspondientes a esta segunda fase del encargo, por importe de 3.496.681,30 euros, no han sido abonadas hasta la fecha, habiendo resultado infructuosas todas las gestiones de cobro extrajudiciales o amistosas realizadas a tal fin, según se detalla a continuación.

Desde el mes de enero de 2015 se formularon por ETM numerosos requerimientos para la toma de posesión de los equipos por el comprador, así como reclamaciones de pago a BARIVEN y PDVSA Services, B.V. sin obtener resultado alguno.

En concreto estos requerimientos de pago se realizaron mediante cartas, cartas con acuse de recibo y/o correos electrónicos (hasta doce correos electrónicos se dirigieron a BARIVEN reclamando el pago de las facturas entre agosto de 2014 y octubre de 2015) que constituyeron el medio usual y aceptado por ambas partes de comunicación entre ellas, quedan todos ellos unidos al presente expediente de contratación.

Al no haber sido atendidos los anteriores requerimientos, el 13 de junio de 2016 fue remitida una carta al embajador de Venezuela en España al objeto de tratar la situación y lograr una solución amistosa satisfactoria para ambas partes, gestión que resultó nuevamente infructuosa al no recibir respuesta alguna por parte de la embajada.

COFIVACASA recabó asesoramiento acerca de la vigencia y exigibilidad del crédito frente a BARIVEN, concluyendo que el referido crédito deriva de una obligación sujeta al Derecho neerlandés, válida, exigible, y no se halla afecto por la prescripción.

Al hilo de lo anterior y con el propósito de no decaer en la reclamación de la deuda, interrumpiendo el plazo de prescripción a tales efectos, en el mes de mayo de 2018 se envió una carta con acuse de recibo, a través de una empresa especializada, en la que los abogados de COFIVACASA reclamaron de nuevo a BARIVEN el pago de la deuda con sus intereses, sin obtener respuesta por parte de aquella una vez más.

Las condiciones generales que rigen el contrato entre ETM y BARIVEN contienen una cláusula de sumisión a arbitraje de todas las controversias derivadas del mismo, arbitraje que se sustanciará conforme a las normas de la Corte Internacional de Arbitraje ("ICA") de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sumisión al Derecho neerlandés, sede en La Haya e idioma inglés.

Por todo lo anterior, y como última alternativa para hacer efectivo el cobro de la deuda pendiente, tal y como se recoge en el contrato de origen se hace preciso acudir a un procedimiento arbitral ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional – CCI - con sede en La Haya, debiendo contratar al efecto un despacho que materialice las actuaciones pre-procesales necesarias, iniciación y llevanza del procedimiento, así como las impugnaciones y/o ejecuciones del laudo que sean necesarias y actuaciones posteriores de todo tipo para materializar el cobro efectivo de la deuda.

2.- PRESUPUESTO

2.1 Presupuesto base de licitación: El presupuesto base de licitación que opera como límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, que se indica como partida independiente, asciende a la cantidad expresada en el cuadro de características del contrato, e incluye los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos precisos para su ejecución.

La complejidad y especiales circunstancias del objeto del contrato (desarrollo de un arbitraje internacional en sus diferentes fases, indeterminación de las gestiones necesarias para lograr una recuperación efectiva de la deuda durante todo el periodo de ejecución del contrato, imposibilidad de definir ex ante el tiempo de dedicación a estos servicios e incluso la totalidad de los medios necesarios, etc)

hacen que la estimación del valor del contrato resulte poco ajustada si se acude a valores de mercado ya que éstos no son estrictamente, comparables. Asimismo no se dispone de referencias de contratos similares en otras empresas del grupo o en sociedades gestionadas a los que poder acudir como punto de partida para fijar el presupuesto.

Como ha reiterado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en doctrina consolidada sobre la determinación del presupuesto de los contratos, a pesar de que el presupuesto de licitación debe estar en consonancia con el precio de mercado de la prestación en proporción a su contenido (Resoluciones 66/2012, de 14 de marzo, o 292/2012, de 5 de diciembre), es forzoso reconocer en esta materia un amplio margen de estimación a la Administración.

Así el TACRC ha declarado que la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica (Resoluciones 237/2017, de 3 de marzo, y 423/2017, de 12 de mayo, entre otras), entendiendo que *“... al tratarse de criterios netamente técnicos gozarían de una discrecionalidad, propia de las valoraciones técnicas de los órganos de contratación, en tanto no quede completamente acreditado que se ha incurrido en un error en la apreciación. Podemos decir, finalizando esto que manifestamos que, frente a esa concreción en el precio del ente adjudicador, en el que debemos presumir un acierto propio del que es conocedor de las cuestiones técnicas del contrato que se ha convocado en otras ocasiones, conoce suficientemente éste y los precios a que puede enfrentarse el mercado, estableciendo, dentro de sus potestades propias como tal órgano adjudicador, un precio del contrato que, desde este punto de vista, gozaría de una presunción análoga, a la que tienen las manifestaciones técnicas de los órganos de contratación, cuando se debaten por los licitadores las mismas...”*

Por todo lo anterior la determinación del precio del contrato queda amparada por el principio de la discrecionalidad técnica, gozando de presunción de acierto de que gozan las declaraciones de carácter técnico mencionadas.

Adicionalmente a la hora de fijar el presupuesto de licitación debe entrar en juego un principio general en la contratación administrativa cual es el principio de riesgo y ventura del contratista, recogido en el artículo 197 LCSP, el cual implica que al contratar con la Administración el contratista asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la LCSP y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial, como ya quedo definido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de octubre de 2009. En consecuencia, los costes en que incurra el licitador para prestar el servicio objeto del contrato no deben ser relevantes para el Órgano de Contratación, por ser el contrato de servicios una “obligación de resultados”.

En base a todo lo expuesto, y considerando las dificultades reseñadas para poder establecer un presupuesto del contrato por cauces mas usuales u ordinarios (referencias a convenios, calculo de horas de prestación de los servicios, contratos con objeto similar, etc), un presupuesto base de licitación equivalente a un 25 por ciento de la deuda objeto de recobro (1.057.746,09- €) se estima suficiente para cubrir los costes que pueden generarse por este contrato, atendiendo al objetivo de estabilidad presupuestaria, control del gasto y eficiente utilización de los fondos públicos para los contratos recogido en el artículo 1 LCSP.

2.2 Valor estimado del contrato: En el valor estimado del contrato asciende a la cantidad expresada en el cuadro de características del contrato, y en el mismo estarán incluidos todos los honorarios y contraprestaciones que en su caso se abonarían por la ejecución material de los servicios contratados, así como los costes derivados de aquellos y las prórrogas del contrato que pudieran producirse, todo ello en los términos previstos en el artículo 100 de la LCSP.

Se considera que el valor estimado del contrato es apropiado y acorde al conjunto de antecedentes y a las características de los servicios solicitados, atendiendo a la definición de necesidades realizada en el objeto del contrato y a la duración del mismo, siendo suficiente para cubrir los costes que pueden generarse por este contrato.

Como se ha expuesto en el apartado primero de este informe, inicialmente ETM y posteriormente COFIVACASA han llevado a cabo numerosas gestiones extrajudiciales y amistosas en orden a lograr una efectiva recuperación de la deuda, sin ningún éxito hasta la fecha pese al tiempo (4 años) y recursos invertidos en ello.

La situación de especial incertidumbre política y social en Venezuela, unida al hecho de que la empresa reclamada ostenta la condición de pública, sin duda no ha facilitado que se atendieran los requerimientos efectuados, por lo que se estima un horizonte muy incierto de cara a lograr satisfacer la deuda pendiente.

Por todo lo anterior, acudir a la vía del arbitraje internacional deviene la última actuación para intentar el recobro del crédito previamente a su calificación como incobrable en las cuentas de la empresa.

En la fijación del porcentaje que, en definitiva, constituye el precio del contrato se ha buscado garantizar la concurrencia en el procedimiento de contratación. La complejidad y especiales circunstancias del objeto del contrato hacen que la estimación del valor del contrato resulte poco ajustada si se acude a valores de mercado ya que éstos que no son, estrictamente, comparables, dado que no solo se incluyen los servicios de representación en arbitraje internacional, sino también todas aquellas actuaciones previas al mismo y posteriores para lograr en su caso una ejecución efectiva de un posible laudo arbitral favorable y la consiguiente recuperación de la deuda (sin ser posible una mayor definición de las mismas en el momento actual).

Adicionalmente, dentro del objeto del contrato se han incluido todos los gastos derivados de la prestación del servicio licitada, de manera que el adjudicatario no pueda repercutir importe alguno que con el curso del procedimiento arbitral que eventualmente se inicie, lo que muy habitualmente incrementa las previsiones iniciales (apartado 4.1 del PCAP). En consecuencia, la modalidad de determinación del precio escogida conlleva que COFIVACASA no asume desembolso alguno en caso de imposibilidad de cobro del crédito sino que todo riesgo de impago lo asume por completo el contratista (ver apartado relativo a financiación del contrato).

El conjunto de todas las circunstancias expuestas obliga a que la contraprestación de los servicios sea suficiente y atractiva para estimular la concurrencia en el presente proceso, fijando un importe de 874.170,32 euros como cantidad máxima que el adjudicatario podría llegar a percibir sobre el importe del valor estimado del contrato, cantidad equivalente al 25 por ciento del importe del principal de deuda pendiente de recuperación por COFIVACASA (no incluye los intereses cuyo devengo constante que no puede servir como referencia a efectos de determinar el valor estimado).

No obstante y como claramente se especifica en el apartado C2, el contratista percibirá como precio final del contrato el porcentaje ofertado sobre el importe de deuda efectivamente recobrado, teniendo en cuenta que en cualquier caso el precio máximo que podrán percibir por la prestación de los servicios queda fijado en 874.170,32 euros en el caso de que se consiguiera el recobro efectivo de la totalidad de la deuda descrita en el presente pliego. En caso en el que en el procedimiento arbitral se fijara otra cantidad, el porcentaje ofertado será aplicado al importe efectivamente cobrado por COFIVACASA para fijar la remuneración del contratista.

2.3 Financiación del contrato: El Contratista percibirá por los servicios, como única remuneración, el porcentaje ofertado sobre la deuda cuya recuperación real logre en los términos expresados en los apartados del PCAP y CCC relativos a presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato, y el mismo se devengará en el momento en que se haya materializado efectivamente el cobro de aquella por COFIVACASA.

El devengo del porcentaje a favor del contratista queda totalmente condicionado al buen fin de la operación para COFIVACASA, por lo que ésta únicamente vendrá obligada a su abono cuando la cantidad de deuda efectivamente recobrada se hubiere pagado o hecha efectiva íntegramente con éxito.

Todo ello implica que no se precise certificar la existencia de crédito o financiación suficiente para la celebración del contrato en los términos del artículo 324.2 apartado b) de la LCSP.

3.- REQUISITOS EMPRESA ADJUDICATARIA:

La empresa adjudicataria debería, en su caso, cumplir los siguientes requisitos:

3.1 Clasificación empresarial propuesta: No requerida.

3.2 Solvencia económica propuesta:

- Volumen anual de negocio equivalente al valor estimado del contrato (874.170,32.- €) en servicios de asesoría y representación jurídica en procedimientos de arbitraje internacional (equivalente a una vez el valor estimado del contrato, dentro de los límites previsto en el artículo 87 de la LCSP).

3.3 Solvencia técnica propuesta:

- Acreditación de haber dirigido al menos 10 procedimientos de arbitraje internacional (comerciales o de inversión) de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en los últimos tres años, así como al menos 5 procedimientos de anulación o ejecución en el mismo periodo de tiempo. Las empresas de nueva creación estarán eximidas de este requisito.
- Relación de medios humanos adscritos a la ejecución de los servicios objeto del contrato: Será requisito esencial contar con un equipo integrado por al menos un socio y dos abogados, cuya experiencia, individualmente o en su conjunto, sea al menos igual al número de procedimientos anteriormente indicados, lo que acreditará mediante la presentación de las correspondientes titulaciones y de resoluciones o laudos emitidos en dichos procesos arbitrales en los que quede acreditada su intervención.
- Relación de medios humanos adscritos a la ejecución de los servicios objeto del contrato equivalente a la anterior para desarrollar actuaciones procesales en los Países Bajos, por sí o por medios externos

(Dentro de los límites previsto en el artículo 90 de la LCSP).

3.4 Habilitación empresarial: las precisas para el desarrollo de los servicios de representación arbitraje internacional y funciones conexas.

4.- CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS PROPUESTOS

4.1 Objetivos: Criterio oferta con mejor calidad relación precio, en los términos y con las especificaciones previstas en el PCR y CCC.

4.2 Subjetivos: No se recogen

4.3 Obligaciones esenciales del adjudicatario: según descripción de funciones llevada a cabo en el PCR y CCC.

4.4 Consultas preliminares del mercado: No se realizarán por los motivos expuestos en el presente informe (La complejidad y especiales circunstancias del objeto del contrato hacen que la estimación del valor del contrato resulte poco ajustada si se acude a valores de mercado ya que éstos que no son, estrictamente, comparables).

5.- PLAZO DE EJECUCIÓN

Sin perjuicio de lo que en su momento establezca el Pliego de Condiciones para la contratación de los trabajos, se estima un plazo máximo de UN AÑO para su ejecución, contados a partir del día del estudio de las necesidades, con la posibilidad de celebrar tras su finalización prorrogas anuales hasta un límite máximo de 4 años adicionales en función del desarrollo de las gestiones necesarias para la recuperación de la deuda y de los plazos procedimentales del arbitraje que se iniciará.

Se estima que el procedimiento de adjudicación debe ser RESTRINGIDO.

Madrid, a 16 de junio de 2020

El Órgano de Contratación

Fdo: Jorge Pipaón Pulido
Administrador Único COFIVACASA SA SME