DIPE

MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y COMUNICACIONES

Mesa de Entrada Unica (M. E. U.) No. 12873

Fecha de Presentación: 11 / 4 / 2016

Recurrente: PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Referencia: REF-A NOTA MOPC Nº241/16 PROYECTO DE AMPLIACION Y DUPLICACION DE LA S RUTAS NACIONALES 2 Y 7 TRAMO YPACARAI, CORONEL OVIEDO

Año: 2016

Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones

Secretaría General:

VMOP		VMAF		VMME	
DIRECCION DE VIALIDAD		DIRECC. DE FINANZAS		Dirección de Recursos Energéticos	
Dirección de Obras Públicas		Direcc. de Planificac. Económica		Dirección de Recursos Minerales	
Dirección de Caminos Vecinales		DIRECC. DE CONTADUR.		Jefatura de Gabinete Ministerial	
COMISION PILCOMAYO		Dirección de Bienes y Suministros		Dirección de Asuntos Jurídicos	
Dirección de Relaciones Públicas		Dirección de Recursos Humanos		U. O. C.	
Dirección Archivo Biblioteca		Dirección de Crédito Público		Dirección de Auditoría Interna	
Coordinador IIRSA		DIRECC. INFORMATICA		Dirección de Comunicaciones	
VMT		Dirección de Marina Mercante		PATRULLA CAMINERA	
DIPE	Y	Secretaría Privada		UNIDAD DE AGUA	

OBSERVACIONES;

FYI.

12/04/16

A. S.

SECRETARIA GENERAL

GABINETE MINISTERIAL

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GOBIERNO NACIONAL
Construyendo el futuro hoy

DICTAMEN PGR Nº 161/2016

Asunción, 11 de abril de 2016

SEÑOR MINISTRO:

ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, MINISTRO PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, tiene el agrado de dirigirse a Vuestra Excelencia en relación con la nota MOPC Nº 241/2016 de fecha 06 de febrero de 2016, referente a la propuesta de adenda al pliego de bases y condiciones del *"Proyecto de ampliación y duplicación de las rutas nacionales 2 y 7, tramo: Ypacaraí – Coronel Oviedo (Ruta 2) y Coronel Oviedo – Km. 183 (Ruta 7)"* (en adelante, el "proyecto"), desarrollado por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (en adelante "MOPC" o "administración contratante") en el marco de la ley Nº 5102 *"De promoción de inversión en infraestructura pública y ampliación y mejoramiento de los bienes y servicios a cargo del Estado"*, con la finalidad de evacuar el dictamen solicitado en ella.-

I. CONSULTA EVACUADA

Por la nota MOPC Nº 241 se remite a la Procuraduría General de la República (en adelante "PGR") la propuesta de adenda Nº 10 al pliego de bases y condiciones (en adelante "PBC") de la licitación para la adjudicación del contrato para el desarrollo del proyecto, con mención del artículo 47 del decreto Nº 1350/2014 *"Por el cual se reglamenta la ley Nº 5102/2013 'De promoción de inversión en infraestructura pública y ampliación y mejoramiento de los bienes y servicios a cargo del Estado'"* (en adelante "decreto reglamentario" o "decreto Nº 1350") acompañada de los dictámenes técnico y jurídico que justifican tales modificaciones.-

Sobre la base de estas últimas se realizan las observaciones que siguen.-

II. SOBRE LAS ATRIBUCIONES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN EL MARCO DE LA LEY Nº 5102 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO

En virtud del artículo 246 de la Constitución Nacional, son deberes y atribuciones de la PGR, entre otras cosas, su pronunciamiento a través de dictámenes en los casos y con los efectos señalados en las leyes y, en general, el asesoramiento jurídico de la administración pública.-

En concordancia con los mandatos constitucionales, el artículo 28 del decreto Nº 1350 que reglamenta la ley Nº 5102/2013 *"De promoción de inversión en infraestructura pública y ampliación y mejoramiento de los bienes y servicios a cargo del Estado"* (en adelante "ley Nº 5102"), encomienda a la PGR la elaboración de dictámenes, previo a los dictámenes vinculantes a ser dictados por el Ministerio de Hacienda, sobre los siguientes actos:

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

MOPC
DIRECCION DE PROYECTO
ESTRATEGICO

EXP. Nº: 426
FECHA: 12 ABR 2016
RECIBIDO: Claudia Benítez
ENVIADO A: 11:00 hs.

MOPC
DIRECCION DE PROYECTOS
ESTRATEGICOS

EXP. MEU Nº.....
Fecha Recep. ...../...../.....

A: M. Bergonzi; J. de Oliveira; G. Segovia
Obs: tomar conocimiento y comunicar a JOC
Fecha 12.04.16

DIRECTOR DE PROYECTOS ESTRATEGICOS

a) Los pliegos de bases y condiciones con carácter previo a su aprobación;
b) Los contratos y sus modificaciones con carácter previo a su suscripción;
c) Las solicitudes de indemnización o compensación planteadas por el participante privado por cualquier causa;
d) Las terminaciones anticipadas del contrato, antes de adoptar la decisión; y
e) Cualquier otra circunstancia que pueda comprometer directamente los recursos del Estado.-

El citado artículo agrega que los pedidos de dictamen a la PGR deben ser acompañados de la posición jurídica de la administración contratante y de los antecedentes correspondientes.-

Con respecto a los plazos, el artículo 46 del decreto establece que los dictámenes de las instituciones intervinientes, incluyendo a esta representación constitucional, sobre cada PBC y proforma de contrato deben ser emitidos y enviados a la administración contratante dentro del plazo máximo de 15 (quince) días hábiles desde su recepción.-

Conviene aclarar que si bien el decreto Nº 1350 no confiere carácter vinculante a los dictámenes de la PGR, su pronunciamiento es un requisito previo e ineludible a la aprobación de cada PBC, en razón de sus atribuciones constitucionales.-

A todo esto debe sumarse lo preceptuado en el artículo 47 del decreto reglamentario:

> ***"Consultas y aclaraciones. Procedimiento de recepción de propuestas de mejoras, adiciones o ajustes al pliego y a la proforma de contrato.-***
> *Los oferentes podrán formular consultas, propuestas de mejoras, adiciones o ajustes o solicitar aclaraciones al pliego y a la proforma de contrato, las que deberán dirigirse a la máxima autoridad de la administración contratante dentro del plazo establecido en el pliego. La petición respectiva deberá ser ingresada a través de la mesa de entrada de la administración contratante, conforme a los plazos dispuestos para el efecto en el pliego.-*
>
> *"Tanto las respuestas a las consultas formuladas por los oferentes, como las aclaraciones, rectificaciones, enmiendas o adiciones que la administración contratante decida efectuar sobre las bases de licitación y sobre la proforma de contrato, serán incluidas en comunicaciones denominadas circulares aclaratorias, dirigidas a todos los oferentes, con una antelación mínima de 15 (quince) días a la fecha de apertura de los sobres de la oferta técnica. Si la administración contratante efectúa modificaciones en un plazo menor a 15 (quince) días, se deberá cambiar la fecha de recepción y apertura de los sobres de la oferta técnica a una no menor a 15 (quince) días posteriores a la última modificación. Las circulares aclaratorias deberán ser puestas a disposición de los oferentes en el lugar indicado en el pliego.*

ALBERTO HERMIA RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

"Las circulares aclaratorias, que impliquen modificaciones al pliego y a la proforma del contrato, deberán someterse al mismo procedimiento de aprobación de éste".-

El último párrafo del artículo trascrito refiere que el procedimiento de aprobación del PBC debe ser el mismo en caso de modificaciones, por lo que resulta necesario un nuevo pronunciamiento de la PGR para la formalización de la adenda adjunta a la nota que se contesta.-

III. RESUMEN DE LOS HECHOS QUE ANTECEDEN AL PRESENTE DICTAMEN. CUMPLIMIENTO DE LAS FORMALIDADES PREVIAS

El PBC del proyecto ha merecido el dictamen PGR Nº 818/2015 del 25 de setiembre de 2015, mediante el cual se habían realizado observaciones que, una vez atendidas, han dado lugar a la publicación de la convocatoria por parte de la administración contratante en el portal de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, según lo estipula la reglamentación.-

La recepción de consultas y solicitudes de aclaraciones de parte de los potenciales oferentes, además de correcciones propuestas de oficio por la administración contratante han motivado diversas adendas al PBC original, alcanzándose en esta ocasión la décima modificación.-

En este caso concreto, se señalan como antecedente para los cambios sugeridos, según lo expone en su informe técnico la Dirección de Proyectos Estratégicos (en adelante "DIPE") del MOPC, que se acompaña entre los antecedentes para análisis, a reuniones mantenidas con bancos y organismos internacionales, recomendaciones de la empresa consultora Deloitte & Touch y reuniones del grupo técnico interinstitucional ("GTIE", integrada por el MOPC, la Secretaría Técnica de Planificación para el Desarrollo Económico y Social y el Ministerio de Hacienda, con participación de la PGR) llevadas adelante en el mes de marzo.-

Forma parte del dossier recibido, igualmente, el dictamen DAJ Nº 457 del 05 de abril de 2016 de la Dirección de Asuntos Jurídicos del MOPC.-

El informe técnico de la DIPE señala que las modificaciones propuestas tienen el objetivo

"asegurar las condiciones de bancabilidad del proyecto (...) y alentar la formulación de ofertas por parte de los precalificados que deben asociarse a entidades financieras para obtener financiamiento. También de ese modo se garantiza la libre concurrencia y competencia".-

La PGR tiene a la vista, igualmente, el dictamen de la Secretaría Técnica de Planificación para el Desarrollo Económico y Social del 07 de abril de 2016. No cuenta con el dictamen del Ministerio de Hacienda.-

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

La PGR considera que la intención de la última parte del artículo 28 del decreto reglamentario, al ordenar que los pedidos de dictamen sean acompañados de la posición jurídica de la administración contratante y de los antecedentes correspondientes es la de tener la posición sustancial de esa dependencia, debidamente justificada, lo cual se encuentra tanto en el informe técnico de la DIPE como en el dictamen DAJ Nº 457/2016, ambos de la administración contratante.-

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

La adenda Nº 10 al PBC del proyecto pretende la modificación de algunas cláusulas –en el sentido de la nueva redacción propuesta–, y la incorporación de un nuevo apartado de la siguiente forma:

- Cláusula 1 "Definiciones". Incorporación de la definición de "tramos funcionales".-
- Cláusula 25 "Criterios de Adjudicación". Corrección de la explicación de datos de la fórmula a ser considerada para la oferta económica.-
- Anexo A "Formulario de la Oferta". Modificación del formulario para la consignación en la oferta de los importes correspondientes al impuesto al valor agregado (IVA).-
- Cláusula 40 "Retribución de la SOE (sociedad de objeto específico)". Modificaciones en varios incisos para las aclaraciones del concepto de PDI (pagos diferidos de inversión), del momento de pago del primer PDI, y de la posibilidad y modalidad de pago de los PDI en caso de no culminación de todos los tramos funcionales en el plazo estipulado.-
- Cláusula 69 "Terminación del contrato por resolución". Inclusión de la quiebra de la SOE como causal de resolución del contrato.-
- Cláusula 69.2 "Efectos de la resolución". Modificación de criterios para compensaciones a la SOE en casos de término anticipado del contrato.-
- Sección X. "Formularios del contrato". Adecuación de los formularios a las correcciones realizadas al PBC.-

Antes de analizar cada punto, resulta necesaria una aclaración previa.-

Resulta claro que el espíritu del decreto reglamentario, en su artículo 46, al atribuir a la administración contratante la facultad de aprobar cada PBC –lo mismo que sus modificaciones–, previo dictamen de la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada (en adelante "Unidad de PPPP") de la Secretaría Técnica de Planificación para el Desarrollo Económico y Social, del Ministerio de Hacienda y de la PGR es la de contar con la opinión válida de cada dependencia desde su óptica institucional. De esta manera, son la administración contratante junto con la unidad de PPPP (según el artículo 8º de la ley Nº 5102) las que deben estructurar los proyectos y realizar los análisis de conveniencia y oportunidad propias del interés público. El Ministerio de Hacienda –con carácter vinculante– analiza las implicancias económicas y fiscales del proyecto según el artículo 10, también de la ley Nº 5102. Ya la Procuraduría General de la República debe analizar si lo planteado no riñe con esta última y su reglamentación.-

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
República

Hecha la salvedad, se verificará si estas cláusulas se encuentran acordes con la normativa aplicable.-

- Cláusula 1 "Definiciones". Incorporación de la definición de "tramos funcionales"

  La incorporación de esta definición se considera correcta pues añade certeza a la expresión, utilizada en diversos pasajes del PBC y del contrato. La justificación técnica de la DIPE alude a la necesidad de *"dejar en claro cuáles son los tramos entregables por parte de la SOE que serán reconocidos por la administración contratante, una vez finalizados y recepcionados a través de la emisión del acta de recepción provisoria"*, lo cual resulta coherente.-

- Cláusula 25 "Criterios de Adjudicación". Corrección de la explicación de datos de la fórmula a ser considerada para la oferta económica

  En este punto, la justificación técnica de la DIPE sostiene que *"se corrige un error formal detectado en la nomenclatura de la fórmula para la evaluación de las ofertas, que debiendo ser semestral figuraba anual"*. No se encuentra objeción alguna para proseguir con este cambio.-

- Anexo A "Formulario de la Oferta". Modificación del formulario para la consignación en la oferta de los importes correspondientes al impuesto al valor agregado (IVA)

  La DIPE sostiene que el cambio en el formulario responde a una nota que le fuera remitida por la Subsecretaría de Estado de Tributación. Refiere que con el cambio el agrega el componente de IVA al precio debiendo hacerse la oferta con ese impuesto incluido. No existen objeciones a la propuesta.-

- Cláusula 40 "Retribución de la SOE (sociedad de objeto específico)". Modificaciones en varios incisos para las aclaraciones del concepto de PDI (pagos diferidos de inversión), del momento de pago del primer PDI, y de la posibilidad y modalidad de pago de los PDI en caso de no culminación de todos los tramos funcionales en el plazo estipulado

  La justificación técnica de la DIPE argumenta que para la *"bancabilidad"* –se entendería con este término, la posibilidad de encontrar financiamiento– del proyecto se considera conveniente dar fecha cierta a los pagos de PDI para el confort de los potenciales financiadores y con ello evitar los costos que deberían añadir los potenciales oferentes a sus ofertas ante el riesgo de no culminación de todos los tramos funcionales dentro del plazo estipulado.-

  Yendo a la redacción propuesta, se encuentra que el primer cambio está relacionado con una aclaración sobre el concepto de PDI en la cláusula 40.1.1, lo que parece clarificar el sentido del pago. Tanto el MOPC como el Ministerio de

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General

Hacienda son responsables de este tipo de definiciones por ser de sus áreas de competencias.-

En la cláusula 40.1.5 se establece el momento en el que se abonará el primer PDI agregándose a lo que ya estaba establecido, la alternativa de pago a los 36 meses desde la firma del contrato, lo cual guarda concordancia con lo que ya estaba previsto en la cláusula 40.1.6.-

En la cláusula 40.1.6 se añade –en la propuesta estudiada– que los PDI devengados de los tramos funcionales terminados se pagarán aun cuando no se hayan terminado **todos** los tramos funcionales por culpa de la SOE. Se introduce luego el momento en que estos pagos se realizarían de la siguiente forma:

> *"(...) comenzarán a abonarse* –los PDI– *a los 36 meses desde la firma del contrato, dentro de los 15 (quince) primeros días del mes de marzo o setiembre".*

Esta redacción induce a confusión ya que si, por ejemplo, los 36 meses se cumplen en el mes de abril de un año determinado, la SOE cobrará el primer PDI en el mes de setiembre siguiente, es decir, a los 41 meses. Se recomienda, en consecuencia, revisar la redacción a los efectos de que sea preciso el momento en que debe abonarse ese primer PDI. Sobre la eventual desmejora de las condiciones para el Estado con este cambio, la Unidad de PPPP ha señalado:

> Lo que se busca con el cambio es una estructura aplicada en otros países como Perú, donde existe una fecha cierta de inicio de pago por aquellos hitos que se hayan alcanzado y certificado. Lo que podría ponerse en riesgo por parte del Estado es la terminación al 100% de los tramos en la fecha esperada, porque se comenzaría a pagar por los tramos que se hayan obtenido la conformidad por parte de la Administración. Sin embargo, este riesgo está mitigado por el hecho de que por cada día de atraso la SOE estará sufriendo una pérdida si no consigue construir todo en el plazo previsto (costo de oportunidad, costo de financiamiento, costo de penalidades, etc). Por lo tanto, con la estructura actual de pagos por PDI, PPD y en menor medida PVT, la SOE tiene el incentivo suficiente para terminar a tiempo.
>
> Al no haber fecha cierta de inicio de pago el financiador podría solicitar otros tipos de garantías tales como dar garantía corporativa o que la SOE comprometa más del 20% que se solicita como capital social mínimo. Es habitual que los financiadores les soliciten un fondo de reserva que equivaldría a 1 año de pagos del PDI como ejemplo. Estas garantías adicionales son las que tendrían el efecto de comprometer la bancabilidad.
>
> El único riesgo restante relacionado que deberá ser cubierto por la SOE al financiador generalmente a través de garantías, es el de alcanzar los hitos confirmados por el MOPC. Dar fecha cierta a los pagos de los hitos alcanzados y confirmados por el MOPC como se propone, daría confort al financiador estimulando la participación en la licitación.

Claramente, esta es una decisión que tiene relación tanto con la estructura financiera del proyecto, los objetivos de interés público respecto del avance de las obras y posibles contingencias fiscales, por lo que desde esas ópticas no corresponde el pronunciamiento de la PGR. No obstante, y salvo por la

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

recomendación que se encuentra *supra* respecto de la redacción, no se observa inconveniente legal para la modificación.-

- Cláusula 69 "Terminación del contrato por resolución". Inclusión de la quiebra de la SOE como causal de resolución del contrato

  La inclusión es oportuna ya que en la redacción anterior se preveía la posibilidad de la resolución contractual al acontecimiento de la convocatoria de acreedores de la SOE. Esto último, atendiendo a que la quiebra podría solicitarse incluso sin la previa convocatoria de acreedores por parte de la SOE según el artículo 63 de la ley Nº 154/1969 "De Quiebras".-

- Cláusula 69.2 "Efectos de la resolución". Modificación de criterios para compensaciones a la SOE en casos de término anticipado del contrato

  En este punto se realizan modificaciones e incorporaciones respecto de las compensaciones que corresponderían a la SOE en caso de terminación anticipada del contrato. Se está en presencia, entonces, de una cláusula que afecta sobre todo a eventuales pasivos contingentes, por lo que la pertinencia de las modificaciones debe ser estudiada principalmente por la administración contratante y el Ministerio de Hacienda.-

  No obstante, en la cláusula 69.2.4 se agrega que se pagarán intereses sobre el monto determinado de las compensaciones *"siempre y cuando así se determine mediante resolución de Tribunal Arbitral"*. Se recomienda que tal agregado no sea incorporado y que la determinación de intereses, en su caso, forme parte de la controversia –si la hubiere– en todas las etapas que prevé el mecanismo de solución de controversias de la sección IX del PBC: negociación directa, panel técnico y solo eventualmente el arbitraje.-

  Respecto de la cláusula 69.1.6 no se advierte la necesidad de proceder a cambio alguno en la redacción de la misma, por lo que se recomienda mantener en el mismo tenor del PBC publicado.-

- Sección X. "Formularios del contrato". Adecuación de los formularios a las correcciones realizadas al PBC.-

  En la medida en que estos formularios reflejan todos los cambios que ha sufrido el PBC no se advierte imposibilidad para proseguir los trámites para su modificación.-

V. CONCLUSIONES

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, habiendo hecho las salvedades sobre el marco de competencias institucionales, y teniendo a la vista las posiciones de la administración contratante y de la Unidad de PPPP que no oponen reparos para la aprobación de la propuesta de adenda Nº 10 al PBC del proyecto, presentado para

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Abogado
Procurador General
Procuraduría General de la República

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GOBIERNO NACIONAL
Construyendo el futuro hoy

análisis por el MOPC, la PGR es del parecer que la misma no contraría las previsiones de la ley Nº 5102 y su decreto reglamentario, sin perjuicio de la opinión del Ministerio de Hacienda que no ha sido adjuntada a los documentos analizados.-

Sin otro particular, aprovecha la ocasión para hacerle llegar sus atentos saludos.-

ING. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

A SU EXCELENCIA
DON RAMÓN JIMÉNEZ GAONA, MINISTRO
MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES
E. S. D.

M. O. P. C.
MESA DE ENTRADAS UNICA
Exp. Nº 12873
Fecha: 11 ABR. 2016
Firma: Hora: 8:05