COPIA

1(Uno)

SECRETARÍA
TÉCNICA DE PLANIFICACIÓN
DEL DESARROLLO ECONÓMICO
Y SOCIAL

GOBIERNO NACIONAL
Construyendo el futuro hoy

Misión: "Coordinar e impulsar el diseño, implementación, seguimiento y evaluación del proceso de desarrollo nacional"

Asunción, 14 de junio de 2016

STP/S.E./Nº 1006/2016

Señor Ministro:

Tengo el honor de dirigirme a Vuestra Excelencia, en referencia a la propuesta de adenda Nº 13 del Pliego de Bases y Condiciones del proyecto de Iniciativa Pública denominado "*Ampliación y Duplicación de las Rutas Nacionales 2 y 7, Tramo Ypacaraí – Coronel Oviedo (Ruta 2) y Coronel Oviedo – Km 183 (Ruta 7)*", presentada a la Secretaría Técnica de Planificación del Desarrollo Económico y Social (STP) por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, en fecha 13 de junio de 2016, por nota con mesa de entrada STP Nº 1.899/2016.

Al respecto, la mencionada propuesta de adenda al Pliego de Bases y Condiciones ha sido evaluada por esta Secretaría Técnica en cumplimiento a lo establecido en los artículos 46 y 47 del Decreto Nº 1.350/2014, reglamentario de la Ley Nº 5.102/2013 "*De Promoción de la Inversión en Infraestructura Pública y Ampliación y Mejoramiento de los Bienes y Servicios a cargo del Estado*".

Como resultado de la evaluación, la STP ha emitido su dictamen (adjunto), que en su parte conclusiva manifiesta: "... *La STP no opone reparos al proyecto de adenda N° 13 al pliego de bases y condiciones, e incorpora observaciones a ser tenidas en cuenta para la versión final de la adenda, conforme al alcance previsto en los artículos 46 y 47 del Decreto N° 1.350/14, sin perjuicio del análisis que en el marco de sus competencias corresponde al Ministerio de Hacienda y la Procuraduría General de la República (PGR)*".

Sin otro particular, hago propicia la ocasión para saludar a Vuestra Excelencia con mi consideración más distinguida.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA · MINISTRO · SECRETARIO EJECUTIVO · SECRETARÍA TÉCNICA DE PLANIFICACIÓN

José R. Molinas Vega, Ph.D.
Ministro – Secretario Ejecutivo

A Su Excelencia
Don Ramón Jiménez Gaona, Ministro
Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
E. S. D.

M. O. P. C.
MESA DE ENTRADAS
Exp. Nº 22030
Fecha: 14 JUN. 2016
Firma: Hora 10:45

Visión: "Liderazgo con excelencia en la promoción, orientación y coordinación del desarrollo nacional"

DGPPPP/cc/cac

Estrella 505 esq. 14 de Mayo
Tel.: (595-21) 450.422 – Fax: (595-21) 496.510
www.stp.gov.py e-mail: sg-stp@stp.gov.py

SECRETARÍA TÉCNICA DE PLANIFICACIÓN DE DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL

GOBIERNO NACIONAL
Construyendo el futuro hoy

Dictamen sobre el proyecto de Adenda N° 13 al Pliego de Bases y Condiciones elaborado por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC)

Proyecto de Participación Público-Privada

"Ampliación y Duplicación de las Rutas Nacionales 2 y 7, Tramo Ypacaraí – Coronel Oviedo (Ruta 2) y Coronel Oviedo – Km 183 (Ruta 7)"

14/06/2016

SECRETARIA TÉCNICA DE PLANIFICACIÓN DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL DE PROYECTOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

DGPPPP N° 6/16

SECRETARIA TÉCNICA DE PLANIFICACIÓN DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL - DIRECCIÓN GENERAL DE PROYECTOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE ADENDA N° 13 AL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES DEL PROYECTO *"AMPLIACIÓN Y DUPLICACIÓN DE LAS RUTAS NACIONALES 2 Y 7, TRAMO YPACARAÍ – CORONEL OVIEDO (RUTA 2) Y CORONEL OVIEDO – KM 183 (RUTA 7)".*

El presente documento constituye un análisis sobre el proyecto de Adenda N° 13 al Pliego de Bases y Condiciones (PBC), el cual fuera remitido a esta Secretaría por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC) en su carácter de Administración Contratante en fecha 13 de junio de 2016, a los efectos establecidos en el Artículo 131 del Decreto N° 1.350/14, que dispone: *"La Administración Contratante deberá comunicar a la Unidad de Proyectos de Participación Público Privada, las convocatorias, así como las decisiones de adjudicación adoptadas al concluir el mecanismo de selección competitiva pertinente y las adendas que pudiesen corresponder. Las comunicaciones deberán realizarse hasta 5 (cinco) días hábiles anteriores a las fechas de las aperturas de las precalificaciones, convocatorias, aprobaciones de pliegos y/o resoluciones de adjudicación".*

El artículo 47 de la misma reglamentación señala: *"...Las circulares aclaratorias, que impliquen modificaciones al Pliego y a la proforma del contrato, deberán someterse al mismo procedimiento de aprobación de este...".* A su vez, el artículo 46 preceptúa: *"El Pliego de Bases y Condiciones de licitación y la proforma de contrato serán aprobados por la Administración Contratante previo dictamen de la Unidad de PPP, del Ministerio de Hacienda y de la Procuraduría General de la República. Los dictámenes deberán ser emitidos y enviados a la Administración Contratante dentro del plazo máximo de 15 (quince) días hábiles desde su recepción...".*

La propuesta de adenda analizada corresponde al proyecto de inversión en infraestructura ***"Ampliación y Duplicación de las Rutas Nacionales 2 y 7, Tramo Ypacaraí – Coronel Oviedo (Ruta 2) y Coronel Oviedo – Km 183 (Ruta 7)".*** Este proyecto de Iniciativa Pública, es impulsado bajo el marco de la Ley 5.102/13 de *"Promoción de la Inversión en Infraestructura Pública y Ampliación y Mejoramiento de los Bienes y Servicios a cargo del Estado".* La elaboración de la Adenda corresponde al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC).

Mediante la Adenda propuesta la Administración Contratante introduce modificaciones a cláusulas del Pliego de Bases y Condiciones, las cuales remplazan a las originalmente establecidas o incluyen nuevos puntos, constituyéndose la adenda en parte integrante del Pliego de Bases y Condiciones para todos los efectos legales, una vez que sea aprobada.

Es preciso delimitar las responsabilidades y el alcance del presente dictamen y a estos efectos debe dejarse en claro que tanto el contenido, como la aprobación final del proyecto de

Abg. Marta Granada

adenda, son de autoría y responsabilidad de la Administración Contratante, de conformidad a lo establecido el Artículo 8 de la Ley N° 5.102/13, y el Artículo 46 del Decreto 1.350/14.

El presente constituye uno de los dictámenes obligatorios que deben emitirse de manera previa a la difusión de toda adenda que contenga cambios considerados sustanciales y en cuyo análisis participan además de la STP, el Ministerio de Hacienda (MH) y la Procuraduría General de la República (PGR).

Asimismo, se ha entendido pertinente por parte de las instituciones evaluadoras la realización de tareas comunes -cada institución dentro del ámbito de su competencia- a fin de optimizar el proceso de análisis, por lo que han sido verificadas varias versiones de la propuesta de adenda, en carácter de borrador, antes de su ingreso formal por la mesa de entrada institucional.

Corresponde al MH emitir dictamen técnico vinculante en las áreas de su competencia, atendiendo a los compromisos y riesgos fiscales para la Administración Financiera del Estado. Por su parte atañe a la PGR en el ámbito de sus funciones constitucionales de representar y defender, judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, analizar la conveniencia de las modificaciones efectuadas ante posibles impugnaciones de potenciales oferentes.

En el presente dictamen, la STP analizará cada una de las modificaciones introducidas, exponiendo su parecer técnico sobre las mismas, el cual, de conformidad a la normativa trascripta precedentemente, deberá ser considerado por la Administración Contratante de manera previa a la aprobación y difusión de la adenda que nos ocupa.

1. Análisis de las modificaciones introducidas por la Adenda propuesta:

1.1. Se agrega al Pliego de Bases y Condiciones el "Anexo H. Modelo de Acta o Acuerdo de Intención de Constitución de una Sociedad De Objeto Especifico (SOE)"

En este punto se introduce el Modelo de Acta o Acuerdo de Intención de Constitución de una Sociedad de Objeto Específico (SOE), en el cual los representantes legales de la empresa oferente o un representante de cada empresa que forma parte del consorcio oferente deberán detallar: su composición (en caso de consorcio); su único domicilio legal en Paraguay; duración de la sociedad hasta la reversión de los bienes a favor del Estado más dos años, o el tiempo que deba durar la garantía de las obras; designar un gestor del oferente o una empresa que asumirá el liderazgo del mismo, cuyo representante legal será quién suscriba la oferta.

Parecer de la STP:

Consideramos apropiada la inclusión del modelo de acta, considerando que con el mismo se deja en claro a todos los participantes la obligación y compromiso de constitución de la SOE, su alcance, representación legal y forma de presentación del instrumento. Esto podría evitar interpretaciones diversas con respecto a los requerimientos del PBC al momento de que los interesados presenten sus ofertas.

Abg. María Granada

Por otra parte, la inclusión de este tipo de proforma o modelo facilita a los interesados la confección de sus ofertas precautelando el principio de igualdad, así como la necesidad de coherencia entre los pliegos y el contrato que en definitiva se suscriba con el adjudicatario.

Establecer en las bases de la licitación las condiciones en que deberá constituir la SOE el oferente adjudicado, y disponer la obligación de que todos aquellos potenciales adjudicatarios manifiesten formalmente la aceptación de dichas condiciones mediante el modelo dispuesto por la Administración, evita la práctica lamentablemente pero habitual de incorporar en el contrato que se firma con el adjudicatario, cláusulas que no fueron previstas en el pliego, o contempladas en éste de una determinada forma, concediendo al contratista beneficios que no formaron parte de las reglas del llamado.

Por las razones expuestas, la UPPPP se encuentra de acuerdo con la inclusión propuesta por la Administración Contratante.

1.2. Modificación propuesta a la cláusula N° 2. DEFINICIONES

En esta cláusula se modifica la definición de "Tramo prioritario", modificando el hito que marca el inicio del plazo, pasando a ser este el de la notificación de la orden de inicio de las obras, en lugar de la firma del contrato, y estableciendo que este será de 15 (quince) meses en lugar de 12 (doce).

Parecer de la STP:

Con respecto al "Tramo Prioritario", se aclaran los plazos para la finalización de los mismos de manera a unificar los plazos con el punto de partida de la notificación de la orden de inicio de obras. El plazo de 15 (quince) meses establecido proporcionaría tiempo suficiente a la SOE para la culminación de estos tramos, mitigando los riesgos de demora asociados a liberaciones de franja de dominio.

La inclusión de la previsión relativa al plazo señalada en el cláusula de "definiciones" tiene fundamental importancia, porque según el uso que demos a la expresión, así deberemos aplicar luego todas las demás consecuencias jurídicas pertinentes, sea cual sea el sentido en que la expresión sea empleada. La claridad del vocablo o definición que se estipule es un prerrequisito de la claridad de todo lo que luego se exponga sobre el tema.

1.3. Modificación propuesta a la cláusula N° 2. DEFINICIONES

Se introduce la definición "Efecto material adverso", que se refiere a un cambio o acontecimiento que tiene un efecto adverso significativo en los mercados financieros, ocurrido entre la oferta y el plazo exigido para el cierre financiero, verificable mediante el rendimiento de los bonos internacionales y la calificación de la deuda a largo plazo del Paraguay.

Parecer de la STP:

Se agrega la definición de "Efecto material adverso" limitando sus efectos a dos condiciones específicas que gatillarán su ejecución que se relacionan directamente con variaciones adversas y significativas de los mercados financieros. Estas causales serán motivos de eventuales compensaciones a ser definidas en otros artículos de la presente adenda. Se considera apropiada la redacción de la definición propuesta de cuáles serán estos factores adversos.

Hay circunstancias que eximen de responsabilidad al contratista de la Administración Pública en caso de incumplimiento (inejecución) del contrato, total o parcial, definitivo o provisional, o

Abg. Marta Granada

por retardo en el cumplimiento del mismo. De manera general podemos señalar que los casos de exención de esa responsabilidad son: la "fuerza mayor" y el "hecho de la Administración Pública". Mediante la incorporación propuesta por la Administración Contratante se constituye por tanto el "Efecto material adverso" en un eximente de responsabilidad para el contratista equiparable a la fuerza mayor

La fuerza mayor se concreta en un acontecimiento ajeno a la persona que la invoca. Este acontecimiento implica un impedimento para que el obligado cumpla sus obligaciones. El "acontecimiento" debe reunir ciertos caracteres para ser considerado fuerza mayor o caso fortuito y por ende eximir de responsabilidad al obligado. Debe ser: a) exterior, ajeno a la persona obligada y a su voluntad; b) imprevisible, es decir, que no puede ser razonablemente considerado por el contratante en el momento de celebrar el contrato; también se califica al suceso de "extraordinario", presentándoselo como "anormal"; c) inevitable, "irresistible", según algunos, o "insuperable" por el contratante, y d) actual[1].

Vemos que la definición de "efecto material adverso" reúne todos los caracteres enunciados en la doctrina para que se configure este eximente de responsabilidad, por lo cual la UPPPP no pone reparos a la incorporación propuesta.

1.4. Modificación propuesta del Formulario N°5 de la oferta económica, del Anexo A, Formularios de la oferta

Los cambios en el formulario de oferta económica se refieren a incorporar el monto del IVA en el mismo, lo cual proporciona claridad y consistencia al PBC. Asimismo, se estipula la actualización de los pagos del PPD de acuerdo a los términos establecidos posteriormente en la presente adenda.

Otra modificación relevante incorporada se refiere a la opción que se otorga al oferente de convertir hasta un máximo del 50% del Pago por Disponibilidad ofertado a Dólares de los Estados Unidos de América.

Parecer de la STP:

Respecto a las correcciones resultantes de la desvalorización monetaria, las mismas a nuestro criterio resultan adecuadas por la simple razón de que quien cumple una obligación a valores monetariamente actualizados no paga más, sino lo mismo, pero expresado con una cantidad diferente, de modo que si la Administración no actualizara dichos montos, estaría en realidad abonando menos de lo que recibió, sin justa causa para ello.

Se considera razonable, tanto otorgar un factor de ajuste a estos pagos como la posibilidad de cobro de una porción en dólares, considerando que con estos pagos la empresa estará compensando los gastos operativos realizados tanto en dólares como en guaraníes y podrá optar por el nivel de riesgo a asumir en cada moneda y sus mecanismos de cobertura. Para el Estado una proporción de compromisos de pago de hasta 50% en ambas monedas puede considerarse razonable, asumiendo principios de paridad cambiaria a largo plazo. No obstante, nuestra opinión es sin perjuicio de la opinión que pueda tener el Ministerio de Hacienda (MH) en el ámbito de su competencia.

[1] Dromi, Roberto, Tratado de Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina,, 1998. Pág 351.

Adg. María Granada

1.5 Modificación propuesta a la cláusula 34. SOCIEDAD DE OBJETO ESPECÍFICO: SUBCLÁUSULA 34.2. CAPITAL SOCIAL DE LA SOE

Se modifican los requerimientos de integración mínima del Capital Social al momento de la constitución de la SOE en efectivo al 10%, y el 90% restante se deberá integrar en efectivo y/o en bienes a la par con las necesidades financieras de la construcción según el cronograma de obra de la oferta y como máximo a la fecha de terminación de las obras acorde con dicho cronograma.

Parecer de la STP:

El artículo 1° de la Ley N° 3.228/07, modificatoria de Código Civil, en materia de Sociedades Anónimas establece: "*Para proceder a la constitución de una Sociedad Anónima es necesario que se haya suscripto por entero el capital social emitido. Cumplidas las condiciones establecidas por la Ley para la constitución de las Sociedades Anónimas o una Sociedad de Responsabilidad Limitada, éstas deberán presentar la documentación respectiva a la Abogacía del Tesoro, la cual expedirá el dictamen pertinente en un plazo no mayor de ocho días hábiles para su correspondiente inscripción en los Registros Públicos...*".

Vemos en la modificación propuesta que las bases de la contratación han impuesto al adjudicatario la condición de la integración del 10% del capital social en efectivo al momento de la constitución de la SOE, lo que en su momento se verá plasmado en dicho acto.

Siempre y cuando se tenga en claro que, en materia de sociedades, por más que las bases no transcriban estas normas, rigen las disposiciones del Código Civil, la Administración Contratante tiene la potestad de establecer en el PBC las formas y tiempos de integración del capital social, a condición de que se atengan a dicho marco legal y permitan a la SOE operar normalmente.

Por tanto, consideramos razonable que el capital social sea integrado por la SOE a medida que las necesidades de inversión así lo requieran y la disminución del porcentaje de integración en efectivo establecido en el PBC.

1.6 Modificación propuesta a la cláusula 40. RETRIBUCIÓN DE LA SOE: 40.1 PAGOS DIFERIDOS DE INVERSIÓN (PDI)

En esta cláusula se modifica el plazo para abonar los pagos diferidos de inversión y se establece que este sea abonado el mes siguiente luego de los 30 meses desde la orden de inicio de las obras. Se aclara que la Administración Contratante precisará el monto que, a través del Ministerio de Hacienda, instruirá al fideicomiso a abonar a la SOE.

Parecer de la STP:

En nuestra opinión, en lo referente a los plazos de los PDI se propone que los pagos de los montos (fijos, no reajustables) que se devengan a partir de la recepción provisoria de cada uno de los tramos funcionales, comenzarán a abonarse a partir de la puesta en servicio provisoria de la totalidad de los tramos funcionales de las Rutas 2 y 7, o a los 30 meses desde el inicio de las obras, lo que ocurra primero. Con la introducción de este plazo cierto de 30 meses se proporciona una fecha cierta de estos pagos los cuales son importantes determinar para facilitar la bancabilidad del proyecto y posibilitar el cierre financiero. Se unifica el criterio del plazo de 30 meses desde el inicio de obras que en la redacción original figuraba a los 36 meses desde la firma del contrato.

Adg. María Granada

Establecer una fecha cierta de pago converge en una significativa reducción de riesgos para el contratista, lo cual contribuye a la seguridad jurídica del contrato, pues el derecho del contratista a percibir el precio establecido en su favor por el contrato administrativo es el más importante de sus derechos. Uno de los principios que rigen la existencia del precio en la contratación administrativa es el de su intangibilidad, lo cual significa que no puede ser variado o alterado. El precio contractual debe ser pagado en el lugar, tiempo, forma y condiciones que hayan sido estipuladas, y la observancia de estas circunstancias sirve también para mantener su real intangibilidad[2].

Por las circunstancias expuestas, consideramos razonables los cambios presentados por lo que no tenemos reparos a la modificación propuesta.

1.7 Modificación propuesta a la cláusula 40. RETRIBUCIÓN DE LA SOE: 40.2 PAGOS POR DISPONIBILIDAD (PPD)

En esta cláusula se incluye la opción para el oferente de que el 50% de los pagos por disponibilidad sean abonados en Dólares de los Estados Unidos de América utilizando el tipo de cambio 1 US$ = 5.834,73 Gs. (correspondiente a la cotización del dólar de los Estados Unidos de América publicado por el Banco Central del Paraguay el día 4 de enero de 2016 por ser el 1 de enero de 2016 un día inhábil). La conversión a Dólares de los Estados Unidos de América se hará una sola vez al momento de la firma del contrato y por la totalidad de los PPD a percibir durante la vigencia del contrato.

El porcentaje de los PPD a ser actualizado en guaraníes será actualizado anualmente con efecto 1 de enero de cada año vigente en el año anterior por el Índice de Precios al Consumidor (IPC), publicado por el Banco Central del Paraguay. El porcentaje de los PPD en Dólares de los Estados Unidos de América será actualizado anualmente con efecto al 1 de enero de cada año, ajustando los valores vigentes en el año anterior por el Índice anual de Precios al Consumidor Urbano Todos (CPI-U All) de los Estados Unidos de América correspondiente al mes de septiembre (interanual) del año inmediato anterior.

Los pagos por disponibilidad comenzarán a abonarse a la SOE a partir del mes siguiente a la Puesta en Servicio Provisoria de cada uno de los tramos funcionales de las rutas 2 y 7. El importe quedará determinado por el porcentaje que representa cada tramo según lo establecido en la cláusula 98.1.2 Factores a considerar en el Mecanismo de Pago.

Se establece que el plazo para revisar y aprobar la solicitud de pago de la SOE corre desde la presentación de la solicitud de la SOE. En todos los casos, al momento de la aprobación de la solicitud se incluirán las deducciones que correspondan por incumplimiento de los Indicadores de Calidad y Servicio establecidos en el Pliego únicamente sobre los Pagos por Disponibilidad en Guaraníes.

Parecer de la STP:

En nuestra opinión, la posibilidad que se otorga al oferente de optar por convertir el 50% de los Pagos por Disponibilidad ofertados a Dólares de los Estados Unidos de América, se considera razonable, considerando que con estos pagos la empresa estará compensando los gastos operativos realizados tanto en dólares como en guaraníes y podrá optar por el nivel de riesgo a

[2] Comadira, Julio Rodolfo – Escola, Héctor Jorge. Curso de Derecho Administrativo. Pág. 447.

asumir en cada moneda y sus mecanismos de cobertura. Para el Estado una proporción de compromisos de pago de hasta 50% en ambas monedas puede considerarse razonable, asumiendo principios de paridad cambiaria a largo plazo.

También se detallan los mecanismos y procedimientos para la recepción y procesamiento de los pagos por parte de la Administración contratante, incluyendo las deducciones estimadas que pudieran corresponder, por lo que no tenemos reparos a las modificaciones propuestas.

1.8 Modificación propuesta a la cláusula 42. COMPENSACIONES POR ACTOS SOBREVINIENTES Y REEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO: Se agrega el inciso 42.2 Condiciones de Bancabilidad

De entre los eventos considerados para las compensaciones por actos sobrevinientes y reequilibrio económico financiero del contrato se excluye el punto 4 del inciso 1 de la cláusula 42 que considera al incremento en más de 100 puntos básicos en el diferencial de rendimiento entre el bono paraguayo a 10 años y el bono americano a 10 años por el deterioro del bono paraguayo como causal de compensación.

En el inciso 2 agregado se introducen condiciones para el ajuste de los pagos diferidos de inversión, este se dará cuando se observen simultáneamente las siguientes condiciones:

- Un incremento del rendimiento del bono paraguayo a 10 años (2026), entre la fecha de la presentación de la Oferta y el cierre financiero; y
- Que la tasa de interés del financiamiento incluida en el PEFD, sea mayor que la suma de la tasa de interés de la oferta, y el incremento del rendimiento del Bono Paraguayo a 10 años (2026).

La compensación se hará solo por la porción del incremento del rendimiento hasta el plazo final del Bono antes indicado, aumentando el PDI ofrecido, en la cuantía necesaria para que la TIR del capital de los accionistas de la SOE establecida en el PEFD, sea incrementada hasta alcanzar el valor de la TIR que se obtiene de restar a la tasa de interés de la deuda a largo plazo del incluida en el PEFD, el incremento del rendimiento del bono paraguayo a 10 años (2026) expresado en tasa de interés y manteniendo el resto de variables originales inalteradas.

Parecer de la STP:

La ecuación económico-financiera del contrato puede verse afectada por tres causas fundamentales: 1) por causas imputables a la Administración Pública; 2) por causas imputables al Estado, incluida, como es obvio, la misma Administración Pública, y cuyos efectos inciden o pueden incidir en el contrato; y 3) por causas no imputables al Estado, que son externas al contrato y que alteran, sin embargo, su economía general.

Cuando ese equilibrio económico-financiero se viere afectado por causas no imputables al Estado, sobrevinientes, imprevistas, y, por ello mismo, no tenidas en cuenta al celebrarse el contrato, esto puede traducirse para el contratista en una disminución del beneficio calculado.

Cuando esas situaciones se producen, el contratista tiene derecho a exigir, reuniéndose determinadas condiciones, que tal equilibrio sea restablecido, o que los perjuicios ocasionados sean al menos atemperados. Es que el contratista, si bien debe soportar, como en todo contrato, el riesgo normal propio de cualquier negocio, no debe cargar con un riesgo anormal, que lo privaría de sus ganancias razonables, encontrando este derecho su fundamento jurídico en el hecho de que resulta justo que entre los derechos y las obligaciones correlativas del contratista

Abg. María Granada

exista una equivalencia honesta, una relación equitativa, de modo a que el mismo no sea indebidamente sacrificado, en aras de una finalidad cuya atención corresponde prioritariamente, a la Administración.

La modificación propuesta agrega el inciso de condiciones de bancabilidad dentro de Cláusula 42. COMPENSACIONES POR ACTOS SOBREVINIENTES Y REEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO, que anteriormente estaba contenida en la cláusula 4, la cual se elimina y reestructura. La nueva redacción proporciona un criterio más determinado y objetivo para el reequilibrio, debiendo cumplirse ambas condiciones para que este sea considerado.

Por ello, luego de los debates realizados en el ámbito del GTIE, se considera apropiada la redacción de la cláusula propuesta de manera a facilitar el cierre financiero de la empresa al definirse el riego de variación de tasa de interés desde la presentación de la oferta hasta el cierre financiero.

1.9. Modificación propuesta a la cláusula 43. PLAZOS QUE RIGEN LA EJECUCIÓN DE ESTE CONTRATO

En esta cláusula se modifican algunas redacciones para darles mayor claridad y los siguientes puntos relacionados a plazos máximos e hitos:

- 8 meses desde la firma del contrato para la entrega del Estudio de Impacto Ambiental y Social.
- Se mantienen los 6 meses desde la firma del contrato para la redacción del proyecto constructivo, pero será posible la aprobación por tramos.
- 14 meses desde la firma del contrato para la puesta en servicio del Tramo Cero, previa aprobación del proyecto constructivo correspondiente a dicho tramo, que a su vez tendrá como plazo máximo de presentación 60 días desde la firma del contrato
- Se establece un solo hito a tener en cuenta para el plazo del cierre financiero, que será de 13 meses desde la firma del contrato.
- 30 días desde el cierre financiero para el inicio de obras, a excepción del tramo cero.
- 30 meses la notificación de la orden de inicio de obras para la finalización de la construcción y el inicio de la operación y mantenimiento.
- 15 meses desde la notificación de la orden de inicio de las obras para la finalización de los dos Tramos Prioritarios definidos por la Administración Contratante, 30 días a contar desde el cierre financiero.

Además, la Administración Contratante podrá, a pedido de la SOE, prorrogar el plazo para el Cierre Financiero en el caso que la SOE no hubiera logrado firmar el contrato de financiamiento por causas originadas exclusivamente en un "Efecto Material Adverso", pudiendo compensar a la SOE de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 34 inciso e) de la Ley 5102/13, mediante la prórroga del plazo del contrato por un período igual al de la prórroga otorgada para el cierre financiero. En el caso de retrasos en la ejecución del Contrato, por causas no imputables a la SOE, los plazos del contrato se suspenderán.

Parecer de la STP:

En nuestra opinión, las modificaciones propuestas en cuanto a plazos son apropiadas, pues permiten alinear la elaboración, presentación, apreciación y aprobación del Estudio Socio Ambiental con la del Proyecto Ejecutivo Definitivo. La aprobación previa del Proyecto

Abg. Marta Granada

Ejecutivo Definitivo es necesaria para la presentación posterior de la versión final del Estudio de Impacto Socio Ambiental, para la obtención de la Licencia Ambiental. Se da también la posibilidad de aprobación por tramos del proyecto constructivo. En el caso del Tramo Cero, la terminación se da a los 14 meses de la firma del contrato iniciándose la construcción en forma previa al cierre financiero, a criterio de la Administración Contratante, entidad encargada de evaluar los costos y riesgos de dicha obra.

Así mismo, se logra atar el inicio de obras con el cierre financiero entre la SOE y la entidad financiera que proveerá los fondos. Similarmente se corrige una imprecisión al establecer que la puesta en servicio de los tramos prioritarios será en un máximo de 15 (quince) meses desde la fecha de firma del Contrato de financiación, pues figuraba originalmente desde de la firma del contrato de APP.

En cuanto a los plazos de Finalización de construcción y comienzo de operación y mantenimiento, los mismos se relacionan a la orden de inicio de obras y ya no con la firma del contrato, con lo cual se logra consistencia en la aplicación de los plazos.

En lo referente a la extensión de los plazos contractuales por circunstancias no imputables a la SOE tales como la cláusula de "Efecto material adverso" definida precedentemente en el punto "2.1. Definiciones" es razonable que los atrasos originados en las circunstancias imprevistas definidas no deberían ser cargados por la SOE. Cuando ese atraso le cree a ésta una "razonable imposibilidad" de cumplir el contrato en los plazos previstos, otorga a la misma el derecho a la extensión del plazo contractual o la suspensión de los plazos, porque de lo contrario ese esfuerzo que se le exigiría se hallaría fuera de sus obligaciones contractuales y exigírselo carecería entonces de fundamento jurídico.

La "suspensión" debe entenderse como la detención de los plazos contractuales por causas concomitantes o sobrevinientes al inicio de su ejecución. Mientras actúe la causa que opera la suspensión, el lapso que transcurre no debe ser descontado de los plazos a cargo del contratista, pero en cuanto dicha causa cesa de obrar, el curso del contrato se reanuda, sumándose al período transcurrido con anterioridad a la suspensión.

Por las razones expuestas y por encontrarse principalmente en el ámbito de la competencia de la Administración Contratante, esta dependencia no opone reparos a la modificación propuesta.

1.10. Modificación propuesta a la cláusula 63. INFRACCIONES Y PENALIDADES POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES: 63.5 PENALIDADES

Se establecen nuevas cuantías para las penalidades leves y graves. Estas deben ser siempre abonadas en guaraníes, pero su equivalencia estará atada a valores en Dólares de los Estados Unidos de América. El margen para las penalidades graves será de entre USD 400.000 (cuatrocientos mil Dólares de los Estados Unidos de América) y USD 1.000.000 (un millón de Dólares de los Estados Unidos de América), mientras que el margen para las penalidades leves será de entre USD 50.000 (cincuenta mil Dólares de los Estados Unidos de América) y USD 400.000 (cuatrocientos Dólares de los Estados Unidos de América)

Además, se incluye en la presente cláusula que, en el caso que el incumplimiento de las obligaciones de la SOE no le sea imputable o sea atribuible a caso fortuito o fuerza mayor, no se podrá imponer penalidades a la SOE en base a dichos incumplimientos.

Abg. Marta Granada

Parecer de la STP:

El marco legal aplicable y las bases licitatorias atribuyen a la autoridad administrativa la facultad de imponer a la parte privada las penalidades previstas en ellas cuando incumpliere sus obligaciones contractuales y, asimismo, la prerrogativa de determinar su cuantía considerando los criterios establecidos en el pliego.

Sin embargo, esta prerrogativa debe ser ejercida a la luz de los principios de legalidad y razonabilidad, los cuales permitirían determinar si las decisiones y actos resultan materialmente justos y, en consecuencia, si son válidos desde el punto de vista constitucional, dado que además de la obligación de actuar dentro de su competencia y según los procedimientos fijados en la ley, rige para los poderes públicos la prohibición de actuar de manera arbitraria, dado que toda eventual potestad administrativa sancionatoria debe ser razonablemente ejercida.

En este sentido las multas deben ser siempre razonables y una vez impuestas generan un crédito a favor de la administración pública, la cual, no obstante, y para hacerlo efectivo, debe recurrir a los medios que estuvieran previstos. Limitar el rango de discrecionalidad en los montos de las penalidades y dejar en claro que la SOE no debería responder por incumplimientos que no sean atribuibles a la misma son consideradas modificaciones que apuntan a lograr un sistema sancionatorio equilibrado y eficaz.

En nuestra opinión, con las modificaciones propuestas se pretende aplicar penalidades más apropiadas de acuerdo al criterio técnico de la administración contratante, por lo que no tenemos objeciones a la escala planteada.

1.11 Modificación propuesta a la cláusula 63. INFRACCIONES Y PENALIDADES POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES: 63.5 SEVERIDAD DE LAS PENALIDADES

En esta cláusula se incluye un nuevo inciso número 2, que establece que la aplicación de las escalas establecidas en la cláusula 63.5 PENALIDADES, se deberá realizar teniendo en cuenta particularmente los criterios citados en el inciso 1 de la presente sub-cláusula, debiendo la Administración Contratante explicitar en cada caso los motivos, no solo que llevan a la imposición de la penalidad sino también los que determinan la cuantía de la misma.

Parecer de la STP:

Si la SOE no realizare las prestaciones pactadas en el contrato en forma regular y continuada, si no acatare las órdenes e instrucciones que le imparta la Administración dentro de sus competencias, si violare las obligaciones impuestas por el contrato, si no cumpliere, en fin, con lo relativo a la relación contractual establecida, la Administración puede recurrir, para obligarlo a ejecutar estas prestaciones en forma correcta, al recurso de imponerle sanciones, ejerciendo de ese modo la potestad sancionatoria que le es inherente.

La potestad sancionatoria está sujeta a ciertos requisitos y restricciones, no constituye un poder ilimitado. Respecto a los mismos, se pueden listar los siguientes: 1.- la intimación al correcto cumplimiento de sus obligaciones, salvo cláusula en contrario dispuesta en el contrato, o la falta de necesidad de la misma. 2.- las sanciones están sujetas al control judicial, sin perjuicio de los recursos administrativos pertinentes. 3.- las sanciones que puede imponer la Administración se limitan al campo de aplicación del derecho administrativo.

Abg. María Granada

La Administración Contratante debe tener en cuenta que el control judicial se extiende no sólo a los aspectos relativos a la competencia, a la forma, y en general a la legalidad de la sanción, sino también a los motivos por los cuales la administración ha hecho uso de su potestad sancionatoria. Todo acto de autoridad debe estar suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y por lo segundo, que también deben señalarse con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario además que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configure la hipótesis normativa.

Por las circunstancias expuestas es válida la adición realizada por la Administración Contratante, a los efectos de salvaguardar los derechos de la SOE por lo cual acompañamos el criterio expuesto en relación a la importancia de lograr un sistema sancionatorio que, a la vez de eficaz en el cumplimiento de su cometido, sea lo menos discrecional posible, sujetando tanto la imposición de la sanción como su graduación a la necesaria fundamentación y motivación por parte de la Administración Contratante. En este sentido, consideramos que los cambios realizados en esta cláusula apuntan a lograr el objetivo propuesto.

1.12 Modificación propuesta a la cláusula 63. INFRACCIONES Y PENALIDADES POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES: 63.12 EJECUCIÓN DE LAS PENALIDADES ECONÓMICAS A LA SOE O A SUS SOCIOS

En esta cláusula se establece que una vez determinada por la Administración Contratante la imposición de dichas penalidades, éstas serán notificadas a la SOE, mediante la correspondiente liquidación, excluyendo la notificación a los socios de la sociedad, por lo que también se modifica el título del inciso.

Parecer de la STP:

Considerando que el esquema de contratación de APP exige la creación de una SOE buscando tanto aislar el patrimonio del proyecto del de las empresas que conforman la SOE, como establecer una contraparte única para el Estado, tiene sentido limitar también el alcance de las penalidades a la SOE.

Ambas figuras –Consorcio y Sociedad Anónima— poseen tratamientos totalmente distintos en materia de responsabilidad, mientras que el consorcio responde directamente ante terceros dentro del ámbito de las competencias que le fueron atribuidas en el acto constitutivo, su responsabilidad no se limita a los actos vinculados con la actividad o servicio, objeto de su constitución, sino que se opera una imputación en bloque al consorcio de la totalidad de sus relaciones jurídicas, con cualquier otro sujeto de derecho.

También existe responsabilidad indirecta de los sujetos consorciados, en los casos de falencia de bienes, en mérito a la imposibilidad de ejecución colectiva del consorcio público y de exención de ejecución de ciertos bienes afectados a su actividad prestacional esencial. Las relaciones del consorcio con terceros legitiman a éstos para que, previa excusión en el patrimonio del consorcio, puedan dirigir sus acciones contra los consorciados solidariamente responsables. Sin embargo, la sociedad anónima responde de las obligaciones sociales sólo con su patrimonio y las cuotas de participación de los socios están representadas por acciones[3].

[3] Ver art. 1.048 del Código Civil.

Abg. María Granada

Hechas las diferenciaciones entre una y otra figura, es considerado prudente definir expresamente el momento en que termina la responsabilidad solidaria de las empresas que se han vinculado para presentar una oferta, la cual culmina al momento de que las mismas conforman la SOE, por lo que el texto anterior no era el adecuado al prever que solidaridad entre las mismas debía extenderse a lo largo de toda la duración del contrato, pues para la ejecución del mismo se crea una sociedad anónima, quien responderá con su propio patrimonio por las obligaciones asumidas en el contrato.

Por lo tanto, acompañamos la decisión de la Administración Contratante de establecer esta limitación, modificando el texto del título de la cláusula analizada.

1.13 Modificación propuesta a la cláusula 69. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR RESOLUCIÓN: 69.1. CAUSAS DE RESOLUCIÓN

En esta cláusula se incluye como causal de término anticipado del contrato la imposibilidad de firmar el contrato de financiamiento (cierre financiero) por causas originadas exclusivamente en un Efecto Material Adverso que afecte la capacidad de la SOE de cumplir oportunamente el cierre financiero contemplado en el contrato.

Parecer de la STP:

En nuestra opinión, cuando la imposibilidad de firmar el contrato de financiamiento o cierre financiero sea por causas originadas exclusivamente por un Efecto Material Adverso, consideramos razonable la rescisión anticipada del contrato. Como se ha mencionado en el inciso 43. Plazos máximos que rigen a la SOE, cuando ocurran hechos por circunstancias no imputables a la SOE tales como la cláusula de "Efecto material adverso" definida precedentemente en el punto "2.1. Definiciones" es razonable que los atrasos originados en las circunstancias imprevistas definidas no deberían ser cargados por la SOE. Cuando ese atraso le cree a ésta una "razonable imposibilidad" de cumplir el contrato en los plazos previstos, otorga a la misma el derecho a la extensión del plazo contractual o la suspensión de los plazos, porque de lo contrario ese esfuerzo que se le exigiría se hallaría fuera de sus obligaciones contractuales y exigírselo carecería entonces de fundamento jurídico. Si esto no se pudiera dar, corresponde la resolución del contrato.

Por las razones expuestas esta dependencia no opone reparos a la modificación propuesta.

1.14 Modificación propuesta a la cláusula 69. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR RESOLUCIÓN: 69.2 EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

En esta cláusula se modifica el contenido del inciso 4, en el cual se establece que en el caso que el Contrato se resuelva por imposibilidad de lograr el cierre financiero en los términos de inciso g) de la cláusula 69.1, la Administración Contratante reembolsará a la SOE

(i) Los gastos de pre-inversión en los que la SOE hubiera incurrido, correspondientes a:

   a. Las sumas destinadas a gastos de supervisión y fiscalización que la SOE hubiera depositado por cuenta de la Administración Contratante.

   b. El Proyecto Constructivo.

   c. El Estudio de impacto Ambiental.

(ii) Respecto a las obras correspondiente al Tramo 0, la totalidad de la inversión efectivamente realizada que se calculará de acuerdo con la oferta y las mediciones

Abg. María Granada

realizadas sobre la obra ejecutada aplicando los precios unitarios correspondientes a las mismas, incluyendo los costos financieros correspondientes a la inversión efectivamente realizada.

En este caso la Administración reintegrará a la SOE las Garantías de Cumplimento de Contrato y de Construcción oportunamente constituidas.

Parecer de la STP:

En nuestra opinión, de acuerdo a lo mencionado en el inciso precedente, cuando la imposibilidad de firmar el contrato de financiamiento o cierre financiero por causas originadas exclusivamente en un Efecto Material Adverso, existen argumentos jurídicos para resarcir a la SOE por los gastos incurridos cuyos productos queden a favor y para uso del Estado (de lo contrario el Estado podría estar beneficiándose indebidamente a costa del trabajo realizado por una empresa privada).

Las previsiones propuestas por la Administración Contratante se encuentran alineadas con "la teoría del enriquecimiento sin causa", en mérito a la cual nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro. El Estado no está ajeno a la aplicación del principio general de la "equidad", así como al principio alterum non laedere no dañar a otro , con mayor razón cuando la resolución del contrato no fuere imputable al contratista, por lo cual resulta razonable que el contratista sea reembolsado en aquello que en justa medida haya recibido la Administración.

Cabe resaltar que la Administración contratante en el ámbito de sus atribuciones es la responsable de la medición y cuantificación de los bienes a ser resarcidos a la SOE. **No obstante, recomendamos que la Administración Contratante incluya un tope específico para el reembolso de los gastos de pre-inversión listados en este inciso, de acuerdo a los estándares de la industria**, esto sin perjuicio de la opinión del MH en el ámbito de su competencia.

Por las razones expuestas salvo lo mencionado precedentemente esta dependencia no opone reparos a la modificación propuesta.

1.15 Modificación propuesta a la SECCIÓN IX.- INDICADORES DE ESTADO Y CALIDAD DEL SERVICIO: 98.1 COMPONENTE DE DISPONIBILIDAD DEL MECANISMO DE PAGO: 98.1.1 PAGO POR DISPONIBILIDAD

En esta cláusula se establece que el 50% de los pagos por disponibilidad serán garantizados, mientras que el restante 50% no lo serán, y dependerán del grado de cumplimiento de los 12 Indicadores de calidad y servicio establecidos, dicha retribución se calculará mediante la aplicación de un sistema de deducciones sobre el pago máximo de acuerdo con el cumplimiento de los estándares exigidos.

Parecer de la STP:

Respecto a las multas como sanción debe dejarse en claro que las mismas no toman en cuenta la reparación de un daño efectivo sino una conducta que transgrede lo estipulado contractualmente, y proceden aunque la transgresión contractual no signifique ningún perjuicio para la Administración.

En el marco de sus prerrogativas, puede la Administración establecer un tope o techo en su aplicación, ello en ejercicio de sus facultades discrecionales con el fin de dotar de estabilidad al

Abg. María Granada

contrato y precautelar su vigencia, toda vez que esta decisión sea razonable, y la situación que las origina no sea prolongada en el tiempo.

En nuestra opinión, el límite a las deducciones sobre los PPD en concepto de multas es razonable. En razón de que se asegura a la SOE un porcentaje de ingresos mínimos que le permita seguir operando, ello sin perjuicio de las facultades de resolución de la administración ante una situación de incumplimiento reiterado por parte de la SOE. Consideramos que los riesgos inherentes de la administración estarían apropiadamente cubiertos con esta redacción, por lo que no presentamos objeciones al texto propuesto.

1.16 Modificación propuesta a la fórmula que obtiene el cálculo del Pago por Disponibilidad.

En esta fórmula se excluye la variable S4 que es la corrección del indicador independiente de seguridad (Índice de Peligrosidad).

Parecer de la STP:

En nuestra opinión, el ajuste se realiza para dar consistencia a la formula con lo establecido en el PBC, por lo que no tenemos objeción a la misma.

1.17 Modificación propuesta a la cláusula 98. OBJETO: 98.1.1 PAGO POR DISPONIBILIDAD Y 98.2 DESCRIPCIÓN DE LOS INDICADORES DE CALIDAD Y SERVICIO

En esta cláusula se excluye el índice de peligrosidad como indicador de calidad y servicio de la categoría II – Seguridad Vial.

Parecer de la STP:

Considerando que, el informe técnico del MOPC expresa "*...se eliminó el índice de peligrosidad de los indicadores a ser tenidos en cuenta en la etapa de operación ya que existen variables que aumentan la accidentabilidad ante los que la SOE no puede hacer frente, como incrementos inesperados de tráfico o la imposibilidad de accionar punitoriamente contra los conductores por exceso de velocidad...*" y, que las cuestiones técnicas de indicadores de calidad de servicios fueron analizadas por la administración contratante en el ámbito de su competencia, no tenemos objeción a los cambios propuestos.

1.18 Modificación propuesta a la CLÁUSULA 98. OBJETO: 98.1.2 FACTORES A CONSIDERAR EN EL MECANISMO DE PAGO

En esta cláusula se establece que el sector objeto del contrato se divide en ocho (8) tramos, en función de la plataforma y geometría del tramo. Se definen los siguientes tramos:

- Tramo V1: Variante Ypacarai 0+000 a 4+740.
- Tramo V2: Variante Caacupé 0+000 a 10+230.
- Tramo V3: Variante Coronel Oviedo 0+000 a 9+700 (incluye el Viaducto).
- Tramo 1: Desvío San Bernardino km 40+500 a km 49+600 y km 59+200 a Salida de Eusebio Ayala 73+700.

Abg. Marta Granada

- Tramo 2: Salida Eusebio Ayala km 73+700 a Salida de San José de los Arroyos 104+900 (incluye la Variante de Itacurubi de la Cordillera y Variante de San José de los Arroyos).
- Tramo 3: Salida de San José de los Arroyos km 104+900 a Entrada a Coronel Oviedo km 128+600.
- Tramo 4: Coronel Oviedo km 136+800 a Arroyo Guazú km 155+100.
- Tramo 5: Arroyo Guazú km 155+100 a Inicio de Tramo de Concesión Tapé Porã km 183+050.

TRAMOS	f_{tramoi}
V1	14.4%
V2	7,8%
V3	9,9%
1	16,3%
2	12,7%
3	12,4%
4	12,9%
5	13,6%

Parecer de la STP:

Considerando que, el informe técnico del MOPC expresa *"...actualmente se divide en proyecto en 5 tramos para la fase de Operación, dicha tramificación se realiza teniendo en cuenta el valor económico y el conteo de tráfico del mismo. Esto hace que un fallo en uno de éstos puede afectar a una quinta parte del PPD, por lo que se aumentaron los tramos de manera a que la incidencia sea menor por cada tramo afectado."* y, que las cuestiones técnicas de tramificación relacionadas al área de ingeniería fueron analizadas por la administración contratante en el ámbito de su competencia, no tenemos objeción a los cambios propuestos.

1.19 Modificación propuesta al ANEXO 1.- INDICADORES DE CALIDAD Y SERVICIO

En esta cláusula se excluye el índice de peligrosidad como indicador de calidad y servicio de la Categoría II – Seguridad Vial.

Parecer de la STP:

Considerando que, el informe técnico del MOPC expresa "*...se eliminó el índice de peligrosidad de los indicadores a ser tenidos en cuenta en la etapa de operación ya que existen variables que aumentan la accidentabilidad ante los que la SOE no puede hacer frente, como incrementos inesperados de tráfico o la imposibilidad de accionar punitoriamente contra los conductores por exceso de velocidad...*" y, que las cuestiones técnicas de indicadores de

Abg. María Granada

calidad de servicios fueron analizadas por la administración contratante en el ámbito de su competencia, no tenemos objeción a los cambios propuestos.

1.20. Modificación propuesta al ANEXO 1.- INDICADORES DE CALIDAD Y SERVICIO

En esta cláusula se ajustan puntos relacionados al Índice de Rugosidad Internacional tomándose medidas cada 300 metros en lugar de 100 metros. Además, se establece que el umbral de valores puntuales en las mediciones sobre la capa de rodamiento para el citado índice será de 3,2 para calzada nueva y calzada reforzada.

Parecer de la STP:

Considerando que, el informe técnico del MOPC expresa "*...Así mismo se ha unificados el parámetro correspondiente al IRI de manera a tener un único parámetro mínimo a verificar no haciendo distinción entre calzada nueva y calzada rehabilitada...*" y, que las cuestiones técnicas de indicadores de calidad de servicios fueron analizadas por la administración contratante en el ámbito de su competencia, no tenemos objeción a los cambios propuestos.

1.21 Modificación propuesta a la cláusula 76. PROFORMA DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN PUBLICO PRIVADA. III - DURACIÓN DEL CONTRATO Y PLAZOS QUE RIGEN SU EJECUCIÓN. IV - RETRIBUCIÓN DE LA SOE. V- ACTUALIZACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN DE LA SOE

En la cláusula III se modifican los siguientes puntos relacionados a plazos máximos e hitos:

- 8 meses desde la firma del contrato para la entrega del Estudio de Impacto Ambiental y Social.
- Se mantienen los 6 meses desde la firma del contrato para la redacción del proyecto constructivo, pero será posible la aprobación por tramos.
- 14 meses desde la firma del contrato para la puesta en servicio del Tramo Cero, previa aprobación del proyecto constructivo correspondiente a dicho tramo, que a su vez tendrá como plazo máximo de presentación 60 días desde la firma del contrato.
- Se establece un solo hito a tener en cuenta para el plazo del cierre financiero, que será de 13 meses desde la firma del contrato.
- 30 días desde el cierre financiero será para el inicio de obras, a excepción del tramo cero.
- 30 meses desde el cierre financiero para la finalización de la construcción y el inicio de la operación y mantenimiento.
- 15 meses desde la notificación de la orden de inicio de las obras para la finalización de los dos Tramos Prioritarios definidos por la Administración Contratante.

En cláusula IV se ajusta a la nueva opción del oferente de ejercer o no el derecho que se le otorga de elegir recibir el 50% de los Pagos por Disponibilidad (PPD) en dólares o mantener el 100% en guaraníes.

Además, se ajustan los hitos y plazos para los correspondientes pagos:

- Los PDI se devengarán a partir de la recepción provisoria de cada uno de los tramos funcionales y comenzarán a abonarse a partir de la puesta en servicio provisoria de la

Abg. María Granada

totalidad de los tramos funcionales de las Rutas 2 y 7, **o a los 30 meses desde el inicio de las obras, lo que ocurra primero**.

- Los PPD se comenzarán a abonar a la SOE a partir del mes siguiente a la Puesta en Servicio Provisoria de cada uno de los tramos funcionales de las rutas 2 y 7 hasta la finalización del contrato. El importe del PPD a ser abonado quedará determinado por el porcentaje que representa cada uno de estos tramos según lo establecido en la Cláusula 98.1.2 Factores a considerar en el Mecanismo de Pago, del Pliego de Bases y Condiciones.
- Los (PVT) se comenzarán a abonar a la SOE a partir de la Puesta en Servicio Provisoria de todos los tramos funcionales de las Rutas 2 y 7, hasta la fecha de finalización del contrato.

En la cláusula V se ajusta la actualización de los PPD y PVT a la cláusula 40.2. Estos pagos serán actualizados anualmente, con efecto 1 de enero de cada año, multiplicando los valores vigentes en el año anterior, por el Índice de Precios al Consumidor publicado por el Banco Central del Paraguay correspondiente al mes de diciembre y por el Índice Anual de Precios al Consumidor de los Estados Unidos de América correspondiente al año inmediato anterior.

Parecer de la STP:

En nuestra opinión, de acuerdo a lo opinado precedentemente en el punto 4. 43. PLAZOS QUE RIGEN LA EJECUCIÓN DE ESTE CONTRATO, las modificaciones propuestas en cuanto a plazos son apropiadas, pues permiten alinear la elaboración, y aprobación del Estudio Socio Ambiental con la del Proyecto Ejecutivo Definitivo. Se da también la posibilidad de aprobación por tramos del proyecto constructivo

Se determina que la puesta en servicio Tramo Cero es de un Máximo DOCE (12) meses a contar desde la formalización del contrato. Se observa que este plazo puede ser anterior a la fecha del cierre financiera, quedando bajo la responsabilidad y criterio de la Administración Contratante la evaluación de la conveniencia de los costos y la autorización para el inicio de las obras.

Así mismo, se logra atar el inicio de obras con el cierre financiero entre la SOE y la entidad financiera que proveerá los fondos. Similarmente se corrige una imprecisión al establecer que la puesta en servicio de los tramos prioritarios será en un Máximo de 12 (doce) meses desde la fecha de firma del Contrato de financiación, pues figuraba originalmente desde de la firma del contrato de APP.

En cuanto a los plazos de Finalización de construcción y comienzo de operación y mantenimiento, los mismos se relacionan a la orden de inicio de obras y ya no con la firma del contrato, con lo cual se logra consistencia en la aplicación de los plazos.

Por las razones expuestas y por encontrarse principalmente en el ámbito de la competencia de la Administración Contratante, esta dependencia no opone reparos a la modificación propuesta.

En nuestra opinión, en lo referente a la posibilidad que se otorga al oferente de optar por convertir hasta un máximo del 50% del Pago por Disponibilidad ofertado a Dólares de los EE.UU., según nuestra opinión precedente en el "Anexo A. Formularios de la Oferta. 5. Formulario de la Oferta Económica", se considera razonable otorgar a estos pagos la posibilidad de cobro de una porción en dólares, considerando que con estos pagos la empresa estará compensando los gastos operativos realizados tanto en dólares como en guaraníes y podrá optar por el nivel de riesgo a asumir en cada moneda y sus mecanismos de cobertura.

Abg. María Granada

Para el estado una proporción de compromisos de pago de hasta 50% en ambas monedas puede considerarse razonable, asumiendo principios de paridad cambiaria a largo plazo. por lo que no tenemos reparos a la modificación propuesta.

En cuanto a los plazos de pagos, se modifican algunas condiciones para el inicio de los mismos, pues originalmente se establecía que durante la fase de construcción y hasta su terminación, la SOE no recibirá retribución por ningún concepto.

Para los PDI se propone que los pagos de los montos (fijos, no reajustables) que se devengan a partir de la recepción provisoria de cada uno de los tramos funcionales y comenzarán a abonarse a partir de la puesta en servicio provisoria de la totalidad de los tramos funcionales de las Rutas 2 y 7, o a los 30 meses desde el inicio de las obras, lo que ocurra primero. Con la introducción de este plazo cierto de 30 meses se proporciona una fecha cierta de estos pagos los cuales son importantes determinar para facilitar la bancabilidad del proyecto y posibilitar el cierre financiero.

Se recomienda reemplazar el término "devengarán", debido a que podría interpretarse equivocadamente que el nacimiento de la obligación de pago genera intereses hasta el momento en el que el pago es efectivo.

Con respecto a los PPD, se propone que estos comiencen a abonarse a la SOE a partir del mes siguiente a la Puesta en Servicio Provisoria de cada uno de los tramos funcionales, siendo el importe determinado por el porcentaje que representa cada uno de estos tramos según lo establecido en la Cláusula 98.1.2 Factores a considerar en el Mecanismo de Pago,

Los pagos a los (PVT) que se comenzarán a abonar a la SOE a partir de la Puesta en Servicio Provisoria de todos los tramos funcionales se mantiene sin modificaciones.

Consideramos razonables los cambios presentados por lo que no tenemos reparos a la modificación propuesta

En nuestra opinión, los ajustes por índice de precios al consumidor para los PPD son razonables considerando que la propuesta contempla principalmente el mantenimiento del valor en base a la inflación. Varios de los costos operativos como ser por ejemplo salarios, mantenimiento y otros se van ajustando en el tiempo por esta variable, por lo que el reajuste propuesto es considerado como usual en la industria.

Por lo expuesto anteriormente, no tenemos reparos a la modificación propuesta. En el caso de los PVT, los mismos se reajustarán por el IPC en base al valor inicial establecido previamente en el PBC, por lo que su reajuste es con el objetivo de mantener su valor en el tiempo. No obstante, esta opinión se realiza sin perjuicio de la opinión del MH en el ámbito de su competencia.

CONCLUSIONES:

Considerando que:

- La propuesta de adenda es resultado de las consultas de los representantes de las empresas habilitadas a participar de la licitación, con el fin de lograr la mayor cantidad posible de oferentes, atendiendo las condiciones del PBC que pudieran impedir la presentación de ofertas.

Abg. María Granada

- El análisis de las cláusulas modificadas por la propuesta de adenda se realizó en paralelo, mediante la verificación de numerosos documentos de trabajo, por las instituciones evaluadoras. Esto de manera previa a su presentación formal por el MOPC en las correspondientes mesas de entrada de las instituciones evaluadoras.
- Se han realizado reuniones del Grupo Técnico Interinstitucional de Evaluación - GTIE (STP, MH, PGR), con la colaboración de la AFD y de manera previa a la recepción del proyecto de Adenda. Siendo el objetivo tratar las propuestas de modificación al PBC consideradas sustanciales, mediante el análisis de la posibilidad y conveniencia de su aplicación.
- La Administración Contratante ha evaluado dichas consultas e informado sobre las cuestiones que representen cambios sustanciales al PBC con respecto a las condiciones iniciales en forma de la propuesta de Adenda N° 13, el dictamen DAJ N° 932/2016 y el respectivo informe técnico.
- La Administración contratante ha presentado la propuesta de Adenda N° 13 con variaciones en las cláusulas 1. DEFINICIONES; 34. SOCIEDAD DE OBJETO ESPECÍFICO; 40. RETRIBUCIÓN DE LA SOE; 42. COMPENSACIONES POR ACTOS SOBREVINIENTES Y REEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO 43. PLAZOS QUE RIGEN LA EJECUCIÓN DE ESTE CONTRATO; 63. INFRACCIONES Y PENALIDADES POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES; 69. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR RESOLUCIÓN; 76. PROFORMA DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN PUBLICO PRIVADA y las cláusulas III, IV y V de la proforma de contrato. 98. OBJETO de la Sección IX. "INDICADORES DE CALIDAD Y SERVICIO"; el ANEXO 1 – INDICADORES DE CALIDAD Y SERVICIO; y el ANEXO A – FORMULARIOS DE LA OFERTA.

- Tanto el contenido, como la aprobación final del proyecto de adenda, son de autoría y responsabilidad de la Administración Contratante, de conformidad a lo establecido en el Artículo 8 de la Ley N° 5.102/13, y el Artículo 46 del Decreto 1.350/14.
- El presente constituye uno de los dictámenes obligatorios que deben emitirse de manera previa a la difusión de toda adenda que contenga cambios considerados sustanciales.
- La STP ha analizado el proyecto de Adenda y ha verificado que ninguno de los cambios sugeridos contradiga la matriz de riesgos estipulada en el PBC.
- Conforme al análisis realizado, esta dependencia ha concluido respecto a los cambios propuestos que:

La STP no opone reparos al proyecto de adenda N° 13 al pliego de bases y condiciones, e incorpora observaciones a ser tenidas en cuenta para la versión final de la adenda, conforme al alcance previsto en los artículos 46 y 47 del Decreto N° 1.350/14, sin perjuicio del análisis que en el marco de sus competencias corresponde al Ministerio de Hacienda y la Procuraduría General de la República (PGR).

Abg. María Granada

SECRETARIA TÉCNICA DE PLANIFICACIÓN DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL - DIRECCIÓN GENERAL DE PROYECTOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA

DICTAMEN DGPPPP N° 6/16

Dictamen elaborado por:

Carlos E. Centurión Nybroe
Jefe del Departamento
Económico-Financiero

Tomás S. Brizuela Cáceres
Abogado UPPPP

César G. Cardozo Delgado
Director de Formulación
y Evaluación

Marta Granada Fleitas
Asesora Jurídica de la STP
Dirección Jurídica

Emiliano R. Fernández Franco
Viceministro - Coordinador General
Coordinación General de Crecimiento Económico Inclusivo
Dirección General de Proyectos de
Participación Público-Privada