PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GOBIERNO NACIONAL
Construyendo el futuro hoy

**DICTAMEN P. G. R. Nº 1051/15.-**

Asunción, 18 de diciembre de 2015

**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 1124/2015 referente al "Proyecto de Modernización del Aeropuerto Internacional Silvio Pettirossi bajo la modalidad de Alianza Público Privada" (en adelante, el "Proyecto"), desarrollado por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (en adelante "MOPC") en conjunto con la Dirección Nacional de Aeronáutica Civil (en adelante "DINAC"), con la finalidad de evacuar el dictamen solicitado en ella.-

## I. CONSULTA EVACUADA

Por la citada nota MOPC Nº 1124/2015, se remite a esta Procuraduría General de la República el pliego de bases y condiciones de la licitación para adjudicación del Proyecto, en versión física y digital, con en el marco de 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"), en cumplimiento del art. 46 del decreto Nº 1350 del 12 de marzo de 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 "el decreto reglamentario" o "el decreto Nº 1350").-

Sobre la base de esta última misiva y sus adjuntos 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 art. 246 de la Constitución Nacional, son deberes y atribuciones de la Procuraduría General de la República (en adelante "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 art. 28 del decreto Nº 1350 que reglamenta la 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:

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;

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8641
Procuraduría General de la República

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 de la PGR deberán ser acompañados de la posición jurídica de la administración contratante y de los antecedentes correspondientes.-

Con respecto a los plazos, el art. 46 del decreto establece que los dictámenes de las instituciones intervinientes, incluyendo a la PGR, sobre los pliegos de bases y condiciones y las proformas de contratos deben ser emitidos y enviados a la administración contratante dentro del plazo máximo de 15 (quince) días hábiles desde su recepción.-

Finalmente, 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 los pliegos de bases y condiciones, en razón de sus atribuciones constitucionales.-

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

El decreto Nº 1350 establece, con carácter previo a la instancia consultiva sobre el pliego de bases y condiciones, una serie de formalidades, que se inician con la comunicación de la administración contratante a la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada (en adelante, la "Unidad de PPPP") –dependiente de la Secretaría Técnica de Planificación del Desarrollo Técnico y Social– de su intención de impulsar un proyecto en el marco de la Ley Nº 5102 (art. 31), los estudios de pre-factibilidad (art. 32) y su correspondiente evaluación (art. 33), los estudios de factibilidad del Proyecto (art. 34), la intervención del Consejo de Empresas Públicas (art. 36), y finalmente el decreto del Poder Ejecutivo de aprobación del Proyecto, cumplidas las formalidades anteriores (art. 37), previéndose además la posibilidad de precalificación de oferentes (art. 39).-

Se establece además, en sus artículos 28 y 46, la necesidad de un dictamen de la PGR en forma previa a la aprobación del pliego de bases y condiciones de los proyectos que se impulsen a través de la ley Nº 5102.-

En este contexto, se ha presentado el Proyecto, de iniciativa pública, que ha merecido los dictámenes favorables de la Unidad PPPP y del Ministerio de Hacienda en las etapas de pre-factibilidad y factibilidad, siendo dictado, en consecuencia, el decreto Nº 4588 el 17 de diciembre de 2015, por el cual se aprueba el citado Proyecto en el marco de la ley Nº 5102, dándose inicio con ello a la etapa de aprobación del pliego de bases y condiciones, según el artículo 43 del decreto reglamentario.-

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

No obstante lo señalado sobre el proceso de aprobación del pliego de bases y condiciones debe decirse que ha habido una evaluación conjunta de todos los aspectos del referido documento entre representantes del MOPC, la DINAC, la Unidad de PPPP y el Ministerio de Hacienda, en el marco del denominado Grupo Técnico Interinstitucional de Evaluación (GTIE) –al amparo del artículo 35 del decreto reglamentario–. La PGR ha participado regularmente de las reuniones de este equipo técnico. Así, el pliego sobre el cual se dictamina en esta ocasión ha merecido la atención de esta representación constitucional ya antes de esta etapa.-

Bajo estas premisas, corresponde a la PGR, siempre dentro de los límites de sus atribuciones constitucionales y legales, formular las consideraciones jurídicas sobre el pliego de bases y condiciones del Proyecto, que será puesto a consideración de los oferentes.-

## IV. METODOLOGÍA DEL PRESENTE DICTAMEN. NECESARIO DESLINDE DE RESPONSABILIDADES

El presente dictamen se remite estrictamente a la determinación del cumplimiento de los aspectos enumerados en el art. 46 del decreto Nº 1350 y otras normas aplicables en el texto del pliego de bases y condiciones del Proyecto adjunto a la nota MOPC Nº 1124/2015.-

La metodología del análisis jurídico que sigue consiste en la indicación de "CUMPLE" o "NO CUMPLE" para cada aspecto enumerado en el citado artículo, con las correspondientes observaciones y reservas (según el caso) a reglón seguido, en caso que sean pertinentes. Para los aspectos inaplicables al Proyecto, se inserta la expresión "NO APLICA".-

Es preciso advertir que existen ciertos puntos del pliego de bases y condiciones sobre los que la PGR no emitirá opinión ni asumirá responsabilidad alguna, bien sea porque: (i) son puntos enteramente inmersos en la esfera de discrecionalidad de la administración contratante (el MOPC); (ii) porque son de índole estrictamente técnica, sobre los cuales las demás instituciones involucradas en el proceso conforme a la ley, ya se han expedido favorablemente en instancias previas, como los estudios de pre-factibilidad y factibilidad (a cargo de la Unidad de PPPP y del Ministerio de Hacienda); o (iii) porque son puntos de competencia exclusiva de otras instancias según la ley Nº 5102 y el decreto reglamentario quedando debidamente deslindada la esfera de responsabilidad en tal sentido.-

Finalmente, se debe apuntar que se acompaña igualmente el dictamen DAJ Nº 2197 de la Dirección de Asuntos Jurídicos del MOPC, en los términos del art. 28 arriba referido.-

## V. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

A continuación se detalla el estado de cumplimiento de los aspectos requeridos por el art. 46 y otras normas aplicables del decreto Nº 1350, con las observaciones pertinentes según el caso.-

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

a) *Datos de identificación de la Contratante.* **CUMPLE.-**

Cláusula:

Parte 1. Sección I. Cláusula 5: *Administración Contratante.-*

b) *Objeto de la licitación.* **CUMPLE.-**

Cláusula:

Parte 1. Sección I. Cláusula 2: *Objeto de la licitación.-*

c) *Determinación de la normativa legal que rige el llamado a licitación:* **CUMPLE.-**

Cláusula:

Parte 1. Sección I. Cláusula 3: *Régimen legal de la licitación.-*

d) *Plazo y procedimientos para formular consultas, propuestas de mejoras, adiciones o ajustes o solicitar aclaraciones al Pliego y al borrador de contrato:* **CUMPLE**.-

Cláusula:

Parte 1. Sección II. Cláusula 12. *Responsabilidad de estudio previo por los oferentes,* numeral 6.-
Parte 1. Sección II. Cláusula 13. *Aclaración y modificación del pliego de licitación.-*

e) *Instrucciones a los oferentes para la preparación y presentación.* **CUMPLE.-**

Cláusula:

Parte 1. Sección II. *Preparación de las ofertas.* Cláusulas 14 al 22.-

f) *Plazo límite para la presentación de las ofertas. Reglas del acto de apertura de ofertas.* **CUMPLE.-**

Cláusulas:

Parte 1. Sección II. Cláusula 14. *Calendario del proceso de licitación.-*
Parte 1. Sección III. *Presentación y apertura de Ofertas.* Cláusulas 20 a la 22.-
Parte 1. Sección IV. Cláusula 23. *Órgano de apertura de las Ofertas.-*
Parte 1. Sección IV. Cláusula 24. *Actos de apertura de las Ofertas.-*

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

**Comentario:**

En la primera de las cláusulas consta el calendario del proceso de licitación, donde se expone que la fecha de recepción y apertura de ofertas será 120 días después del llamado público a los interesados o convocatoria. En las cláusulas 20 a la 22 se establecen las reglas para la presentación y apertura de ofertas. Cualquier oferta que sea presentada fuera del plazo indicado no será considerada por la administración contratante. Esta disposición se adecua a lo establecido en el art. 48 del decreto reglamentario.-

Las normas que rigen el acto de apertura de ofertas se encuentran previstas en las cláusulas 23 y 24 del pliego. Ellas establecen el órgano competente y el procedimiento según el cual se desenvolverá dicho acto, en concordancia con el art. 51 del decreto reglamentario.-

g) *Criterios de evaluación de las ofertas y adjudicación.* **CUMPLE.-**

Cláusulas:

Parte 1. Sección IV. *Valoración de las Ofertas.* Cláusulas 25 a la 30.-
Parte 1. Sección V. *Adjudicación del Contrato.* Cláusulas 31 a la 33.-

**Comentario:**

El pliego hace referencia en la cláusula 25 al órgano competente y encargado de examinar las ofertas, el que hará la evaluación de forma independiente teniendo en cuenta la documentación relativa a las ofertas técnicas y económicas, de acuerdo a los criterios objetivos indicados en la cláusula 26. Estas cláusulas se encuentran en concordancia con el segundo párrafo del art. 23 y con el art. 24, inciso e), de la ley 5102, y los artículos 55 y 58 del decreto reglamentario.-

Los criterios de desempate y las formas de solicitar aclaraciones se encuentran previstos en las cláusulas 27 y 28 del pliego. En la cláusula 29 se establece el criterio de consideración de ajuste de las ofertas presentadas y la posibilidad de que la administración contratante las rechace. Finalmente, en la cláusula 30 se establece la confidencialidad de todo el proceso de evaluación de las ofertas y la forma de comunicación entre oferentes y administración contratante en esta etapa.-

En las cláusulas 31 a la 33 se tratan los aspectos atinentes a la formalización de la adjudicación, las impugnaciones y la prerrogativa de la administración contratante de declarar desierta la licitación, todo ello en concordancia con los artículos 24, 25 y 26 de la ley 5102 y los artículos 60 y 61 del decreto reglamentario.-

h) *Determinación de la normativa legal que rige el contrato.* **CUMPLE.-**

Cláusula:

Parte 1. Sección I. Cláusula 3. *Régimen legal de la licitación.*

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

**Comentario:**

El pliego, de manera clara, prevé el marco legal que regirá el llamado a licitación y el contrato resultante del Proyecto, señalando a la Constitución Nacional, los convenios internacionales aplicables, la legislación sobre contratos de participación público-privadas, la legislación sobre regulación del área afectadas al Proyecto, la legislación institucional aplicable, el código civil, entre otros.-
Esta cláusula encuentra consistencia con el art. 5 de la ley Nº 5102 reglamentado por el art. 4 del decreto Nº 1350.-

i) *Presupuesto oficial de la obra.* **CUMPLE.-**

Cláusula:

Parte 1. Sección I. Cláusula 2. *Objeto de la contratación*, numeral 4.-

**Comentario:**

En lo que hace al presupuesto de la obra se hace una remisión expresa al Estudio de Factibilidad aprobado por decreto del Poder Ejecutivo, de manera referencial, con lo cual se satisface este requerimiento del decreto reglamentario.-

j) *Régimen de garantías, su naturaleza y cuantía, indicando los plazos en que deben constituirse. Se consideran, entre otras, garantías de mantenimiento de la oferta, de construcción y de explotación de la obra.* **CUMPLE.-**

Cláusulas:

Parte 1. Sección II. Cláusula 19. *Garantía de mantenimiento de oferta.-*
Parte 1. Sección V. Cláusula 32. *Impugnaciones.-*
Parte 1. Sección VI. Cláusula 36: *Garantía de cumplimiento del contrato.-*
Parte 2. Sección III. Cláusula 59: *Garantía de construcción.-*
Parte 2. Sección VII. Cláusula 73: *Cesión del contrato.-*

**Comentarios:**

El pliego prevé un régimen de garantías a ser otorgadas por el ofertante, adjudicatario y la Sociedad de Objeto Específico (en adelante "SOE"), y establecidas a favor de la administración contratante a fin de dar cobertura a las contingencias y riesgos que pudieran acontecer durante las distintas etapas, desde el llamado a licitación para la adjudicación del contrato y hasta la terminación de éste.-
Los tipos de garantía están regulados normativa e independientemente en el texto del pliego, según su naturaleza, y son:

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 854
Procurador General
Procuraduría General de la República

1. Garantía de mantenimiento de oferta:

El art. 26 de la ley Nº 5102 establece que la constitución de este tipo de garantía constituye un requisito *sine qua non* que deben cumplir los participantes privados para poder presentarse a los procedimientos de selección convocados por la administración contratante. La regulación normativa de la misma se encuentra prevista en la cláusula 19, y su texto mantiene concordancia normativa con los requerimientos exigidos en el art. 53 del decreto Nº 1350, conteniendo: (i) cuantía, (ii) modalidades, (iii) plazo mínimo de vigencia desde la fecha de la apertura de ofertas, la cual deberá ser mantenida hasta que proceda la constitución de la garantía de cumplimiento de contrato.-

2. Garantía de impugnación:

Lo prevé el art. 25 de la ley Nº 5102, reglamentado por el art. 61 del decreto reglamentario para el caso de que los interesados decidan presentar un recurso de reconsideración contra la decisión de adjudicación. El pliego contiene la norma que alude a esta garantía en la cláusula 32, estableciendo que debe ser constituida de la forma indicada en el art. 26, segundo párrafo, de la ley Nº 5102. También se indica en esa cláusula el tiempo mínimo que debe estar vigente y el momento en que la garantía se puede hacer efectiva.-

3. Garantía de cumplimiento de contrato:

Esta garantía se encuentra regulada en la cláusula 36 del pliego, con sustento en el art. 26 de la ley Nº 5102 y los arts. 68 al 71 del decreto reglamentario. En dicha cláusula se prevé: (i) cuantía, (ii) modalidades, (iii) ámbito de cobertura o de responsabilidad, y (iv) plazo en que debe presentarse (diez días calendarios siguientes a partir de la fecha de adjudicación del contrato), y de vigencia (correspondiente a toda la vida del contrato), dejando en claro que la misma reemplaza a la garantía de mantenimiento de oferta.-

4. Garantía de construcción:

Se encuentra prevista en la cláusula 59 del pliego. Según se puede interpretar a partir de los arts. 68 y 69 del decreto reglamentario es exigida una garantía de cumplimiento de contrato por fases: de construcción y de operación. No obstante, debe decirse que en este Proyecto no existe una distinción temporal entre fase de construcción y fase de operación debido a que ambas se llevarán a cabo en forma simultánea. Por tanto, la garantía de cumplimiento de contrato prevista en la cláusula 36 del pliego de por sí abarca la de construcción y la de operación tal como es la intención del decreto reglamentario.-

Aun así, se prevé esta garantía de construcción de la cláusula 59, adicional a la de cumplimiento de contrato de la cláusula 36, que busca precautelar con mayor solvencia esta obligación contractual y que tiene aplicación y efecto ante incumplimientos suscitados en dicha etapa. En caso de que ésta garantía de

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

construcción no sea suficiente para resarcir el incumplimiento, se ejecutará de forma subsidiaria la garantía de cumplimiento de contrato.

5. Garantía de mantenimiento de la cesión del contrato:

Esta garantía está prevista en la cláusula 73 del pliego con las mismas características exigidas para la garantía de mantenimiento de oferta, salvo en lo que hace a la vigencia del mismo. Encuentra sustento, a su vez, en el artículo 73 del decreto reglamentario, párrafo tercero.

k) *Condiciones económicas del contrato, incluyendo una descripción detallada de mecanismos de distribución de riesgos indicados en el art. 5º del presente reglamento, en caso que se decida que están presentes las condiciones que justifican esta mitigación por la Administración Contratante y haya sido explícita y fundadamente aprobado en la autorización del Ministerio de Hacienda:* **CUMPLE.-**

Cláusulas:

Parte 2. Sección I. *Régimen económico del contrato.* Cláusulas 38 a la 45.-

**Comentario:**

La cláusula 38 contiene una referencia en cuanto a la exclusividad otorgada a la SOE sobre los aspectos de: a) operación, b) explotación, y c) áreas para la ejecución del Proyecto, los cuales no podrán ser soslayados bajo ningún concepto por la administración contratante y la DINAC. Además, en las cláusulas 39 al 40.2 del pliego se establece una descripción específica con relación a la distribución de los riesgos (con una regulación satisfactoria en el Anexo F) que las partes asumen a partir de la suscripción del contrato y durante su ejecución, lo cual concuerda con lo dispuesto en los arts. 5, 6 y 46, inc. k) del decreto Nº 1350, y 28 de la ley Nº 5102.-
También se prevé todo lo relativo al plan económico-financiero definitivo y los documentos de financiación (cláusula 41); la retribución que recibirá la SOE durante la ejecución del contrato -ingresos regulados, ingresos no regulados, y remuneración directa de la SOE o a través de terceros, de la explotación económica de las instalaciones aeroportuarias (cláusulas 42 y 43)-; el canon que se deberá pagar al Estado Paraguayo (cláusula 44); y los mecanismos de compensación y condiciones de reequilibrio económico del contrato, tanto a favor como en contra de la administración contratante (cláusula 45).-
Las condiciones económicas del contrato, en su vinculación con la asignación de riesgos e implicancias fiscales, deben ser valoradas y se encuentran alcanzadas por la posición vinculante del Ministerio de Hacienda, según lo indica el art. 10, en concordancia con el art. 14, ambos de la ley Nº 5102.-

l) *Multas y sanciones por incumplimiento del contrato:* **CUMPLE.-**

Cláusulas

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

Parte 2. Sección V. *Infracciones y penalidades por incumplimiento de obligaciones.* Cláusula 71.-

**Comentario:**

La cláusula 71 establece el régimen de penalidades que será aplicado a la SOE por incumplimientos de sus obligaciones contractuales, o a los socios de la SOE, en su caso; los cuales se hallan debidamente detallados en el Anexo V del pliego. Este régimen cumple con los principios de derecho público de taxatividad y determinación legal. Asimismo, se dispone también la graduación de los incumplimientos, discriminando entre leves y graves; sus penalidades y la severidad de las mismas; la instrucción de sumarios para la determinación de las infracciones y la ejecución de las penalidades, lo cual se adecua a lo previsto en el art. 93 del decreto Nº 1350.
Todo esto, sin perjuicio de la sanción establecida, específicamente, por el atraso en la entrega de las obras según la "Programación de Obra" descrita en el pliego de Bases Técnicas, de conformidad al tercer párrafo de la cláusula *Declaraciones de avance. Generalidades* del citado pliego, y del art. 85 del decreto Nº 1350.

m) *Si se trata de un proyecto de iniciativa privada, la identidad del postulante y el reembolso de los costos de los estudios si procede:* **NO APLICA.-**

n) *Especificación del proyecto de PPP así como de las obras adicionales, incluidas en el Pliego, para la operatividad de la misma y requerimientos técnicos mínimos para su diseño, ejecución y conservación y para la operación del servicio, según corresponda, así como las exigencias ambientales que afectan al proyecto:* **CUMPLE.-**

Cláusulas:

Parte I. Sección I. Cláusula 6. *Documentos contractuales.-*
Parte III. Bases Técnicas. Cláusula 6. *Requisitos Técnicos Mínimos (RTM).-*

**Comentario:**

La administración contratante ha incluido en la cláusula 6 de las bases administrativas los documentos contractuales, citando entre ellos al estudio de factibilidad aprobado por decreto del Poder Ejecutivo. Además, ha establecido de forma específica en las bases técnicas del pliego del Proyecto, los requerimientos y especificaciones técnicos mínimos para la viabilidad y operatividad del mismo, conteniendo los siguientes aspectos: a) estudio de factibilidad (cláusula 6.1), b) diseño y construcción (cláusulas 7 al 7.5), c) operación (cláusulas 8 al 8.9), d) mantenimiento (cláusulas 9 al 9.3), y explotación comercial de las instalaciones del aeropuerto internacional Silvio Pettirossi (cláusulas 10 al 11.15). Además, dicho pliego prevé en sus anexos (XIV, XV y XVI) las condiciones necesarias en cuanto a: (i)

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8041
Procuraduría General de la República

especificaciones técnicas para la obra civil, (ii) especificaciones técnicas para la edificación, (iii) seguridad y salud en la obra, y (iv) aspectos ambientales y sociales.

o) *Pagos que el Participante Privado deberá realizar al Estado, si los hubiere:* **CUMPLE.-**

Cláusulas:

Parte 1. Sección I. Cláusula 1. *Definiciones.-*
Parte 1. Sección I. Cláusula 5. *Administración Contratante.-*
Parte I. Sección II. Cláusula 16. *Documentos que componen la oferta.-*
Parte 2. Sección I. Cláusula 44. *Pago del Canon.-*
Parte 2. Sección V. Cláusula 69. *Obligaciones de la SOE.-*

**Comentario:**

El canon se encuentra definido en la cláusula 1. Se trata de la retribución mensual que la SOE debe pagar al Estado Paraguayo por la explotación del aeropuerto internacional Silvio Pettirossi durante la ejecución del contrato, el cual será determinado según las ofertas presentadas por los interesados, de acuerdo con la cláusula 16.2 del pliego.-
En las cláusulas 5.6 y 44 del pliego se encuentran reglamentadas las formas de pago del canon, el que deberá ser transferido por la SOE al fideicomiso del contrato cuyo fiduciario será el Banco Nacional de Fomento. Lo mismo se encuentra también en la cláusula 69, inc. i) del documento.-

p) *Pagos que el Estado deberá realizar al participante privado, si los hubiere:* **NO APLICA.-**

q) *Si la inversión y la construcción se realizará en una o varias etapas, durante el periodo de vigencia del contrato de participación público-privada, de conformidad al cumplimiento de los niveles de servicios previamente establecidos. En caso que nada se establezca en las bases, se entenderá que debe realizarse en una sola etapa:* **CUMPLE.-**

Cláusulas:

Parte 2. Sección III. *Diseño y construcción*. Cláusulas 57 a la 60.-
Parte 2. Sección IV. *Operación y mantenimiento de la infraestructura nueva*. Cláusulas 61 a la 66.-

## Comentarios:

Las características del Proyecto se encuentran indicadas en el estudio de factibilidad aprobado por el Poder Ejecutivo. En las cláusulas citadas se hace referencia a las obligaciones respecto del diseño y construcción de la nueva terminal que debe darse

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

en simultáneo con la operación, por parte de la SOE, de la terminal en funcionamiento actualmente, que será sustituida.-

r) *Toda otra estipulación que sea necesaria o conveniente incluir en virtud de lo establecido en la ley y en el presente reglamento:* **CUMPLE.-**

Cláusulas:

Parte 1. Sección I. Cláusula 1: *Definiciones.* Cláusula 5. *Administración Contratante.* Concordante con los arts. 121 al 134 del decreto reglamentario (fideicomiso).-
Parte 1. Sección VII. Cláusula 34: *Sociedad de Objeto Específico (SOE).* Concordante con el art. 62 del decreto reglamentario.-
Parte 1. Sección VII. Cláusula 37: *Firma del contrato.* Concordante con el art. 64 del decreto reglamentario.-
Parte 2. Sección VII. Cláusula 72: *Subcontratación.* Concordante con el art. 67 del decreto reglamentario.-
Parte 1. Sección VII. Cláusula 35: *Pólizas de seguro.* Concordante con el art. 74 del decreto reglamentario.-
Parte 1. Sección VII. Cláusula 36: *Garantía de cumplimiento de contrato.* Concordante con los arts. 68 al 71 del decreto reglamentario.-
Parte 2. Sección II. Cláusula 46: *Entrega de la infraestructura y los terrenos a la SOE* y cláusula 63: *Área del Proyecto de APP*, ambas de las bases administrativas. Además: Parte 3. Cláusula 2: *Área del Proyecto de APP* y cláusula 8: *Operación de las instalaciones del AISP* (8.7). Concordante con el art. 77 del decreto reglamentario.-
Parte 2. Sección VII. Cláusula 74: *Modificación del contrato.* Concordante con los arts. 94 al 95 del decreto reglamentario.-
Parte 2. Sección I. Cláusula 45: *Compensación por actos sobrevinientes y reequilibrio económico-financiero del contrato.* Concordante con el art. 97 del decreto reglamentario (previsión de compensación por caso fortuito o fuerza mayor).
Parte 2. Sección VII. Cláusula 74.3: *Procedimientos competitivos en modificaciones contractuales.* Concordante con el art. 97 del decreto reglamentario.-
Parte 2. Sección VIII. Cláusula 77: *Terminación del contrato por resolución.* Concordante con los arts. 100 al 101 del decreto reglamentario.-
Parte 2. Sección IX. *Solución de controversias.* Cláusulas 80 a la 83. Concordante con los arts. 102 al 111 del decreto reglamentario.-

**Comentario general:**

Las cláusulas arriba individualizadas regulan cuestiones varias contempladas en el decreto Nº 1350, al que se ajustan en líneas generales; todo ello, sin perjuicio de otras disposiciones de la misma norma que estén suficientemente previstas, en base a criterios de conveniencia de la administración contratante, en el pliego.-

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

**Comentarios puntuales:**

1. Fideicomisos:

La posibilidad de contar con fideicomisos para la administración de los recursos destinados a proyectos de participación público-privada o de los recursos obtenidos en el marco de los mismos se encuentra prevista en la ley Nº 5102. Ésta, en su art. 11 crea un fondo fiduciario de garantía y liquidez para todos los contratos de estas características. Adicionalmente, en los arts. 45 al 47 de la ley se encuentran la autorización legal y el régimen jurídico de fideicomisos o encargos fiduciarios para el desarrollo de los proyectos.-
En el pliego analizado se encuentran previsiones para la utilización del primero de los citados, en el que se depositará un porcentaje del canon percibido por el Estado en carácter de provisión para la atención de compromisos firmes y contingentes. Asimismo, también prevé la constitución de un fideicomiso distinto, al que se denomina "Fideicomiso del Contrato" o "Fideicomiso".-
La decisión de la administración contratante de constituir el segundo fideicomiso, que como se dijo está autorizado legalmente para el desarrollo del proyecto, tiene la ventaja de favorecer la transparencia en la gestión de los recursos obtenidos en virtud del canon, ya que según el art. 14, segundo párrafo, de la ley Nº 5102, los recursos generados por la explotación de la infraestructura en el desarrollo de los proyectos de participación público-privada no se contabilizarán en el presupuesto general de la Nación. Lo constituyen el MOPC y la DINAC conforme con el art. 45 de la ley Nº 5102 y el fiduciario es el Banco Nacional de Fomento de acuerdo con el art. 47, inciso 2º, de la misma ley.-

2. Solución de controversias:

Corresponde una mención puntual al mecanismo de solución de controversias previsto en las cláusulas 80 a 83, que *prima facie* sigue estrictamente los niveles estipulados en la reglamentación del art. 41 de la ley Nº 5102, con las salvedades que exponemos a continuación.-
En efecto, el pliego recoge casi íntegramente el texto de los arts. 102 al 111 del decreto Nº 1350, con los agregados que se detallan:

- Mecanismo de selección, sustitución y remuneración de los miembros del panel técnico, disposiciones contenidas en la cláusula 82.1 del pliego, en cumplimiento del art. 109 del decreto Nº 1350. Se ha diseñado un mecanismo que permita una selección de miembros titulares y suplentes idóneos, cuya permanencia en el cargo está prevista por periodos de tiempo (en razón de la duración del contrato) y sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos, en cuya ausencia las partes, e incluso particulares (siempre en cumplimiento del art. 109) pueden formular las objeciones correspondientes, a fin de iniciar el procedimiento de sustitución. La administración contratante ha ofrecido un estándar de determinación de los honorarios de los miembros del panel técnico, en base a

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

sus cálculos, y ha dejado abierta la posibilidad de reglamentación de las escalas de remuneraciones.-

- Entidad administradora del arbitraje, reglas de arbitraje y mecanismo de selección de árbitros: Mención especial merece la cláusula 83 del pliego, en la que se detallan las reglas del tercer nivel de solución de controversias: el arbitraje.-
  Se ha optado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) como entidad administradora del procedimiento arbitral, cuyas normas de procedimiento para arbitraje son aplicables en este nivel de controversias. Esta opción es compatible con lo dispuesto en el art. 110 del decreto Nº 1350, y en particular con la aplicación de la ley Nº 1789/02 "De arbitraje y mediación" de Paraguay, a la cual se remite precisamente el numeral 5 de la cláusula 83.-
  La selección de la CCI, institución reconocida según estándares internacionales en la administración de arbitrajes, en este caso, y la aplicación de sus reglas, es una decisión enteramente facultativa de la administración contratante.-
  Téngase en cuenta además que, conforme a lo dispuesto en el numeral 7 de la cláusula 83, se ha diseñado un mecanismo de selección de árbitros con altos estándares internacionales en cuanto a las calificaciones técnicas de los candidatos, lo cual sirve de garantía de transparencia y eficiencia de todo proceso arbitral; sin embargo, no está de más aclarar que la selección de dichos estándares supone ciertos costos que deben ser previstos por la administración contratante, con la debida antelación a las eventuales controversias.-

s) *El pliego deberá contar con un estudio de ingeniería básica el cual solo será de carácter referencial, siendo responsabilidad del oferente el análisis de los factores de riesgo del proyecto de ingeniería, y responsabilidad del adjudicatario el desarrollo del proyecto de ingeniería de detalle, salvo que por razones fundadas se especifique expresamente una disposición en contrario en el pliego:* **CUMPLE.-**

Cláusulas:

Parte 1. Sección I. Cláusula 6. *Documentos contractuales,* numeral 1.-

**Comentarios:**

Vale destacar que, conforme a la citada cláusula, el estudio de ingeniería básica en cuestión forma parte del Estudio de Factibilidad aprobado por decreto del Poder Ejecutivo, en cumplimiento del 46 inciso s) del decreto Nº 1350.-

t) *El pliego deberá contar con el estudio de impacto ambiental aprobado por las autoridades ambientales competentes, incluyendo las medidas o mecanismos de mitigación y compensación, si fueren necesarios, salvo que por razones fundadas se establezca una disposición diferente en el pliego:* **CUMPLE.-**

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

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GOBIERNO NACIONAL
Construyendo el futuro hoy

Cláusulas:

Parte 2. Sección V. Cláusula 69. *Obligaciones de la SOE*, inciso b).-

**Comentarios:**

Además de la obligación expresamente impuesta a la SOE conforme a la cláusula arriba citada, la Proforma del Contrato –incluida como Anexo VI del pliego– contempla la obligación por parte de la SOE de *entrega del Estudio de Impacto Ambiental y Social, para revisión y validación de la Administración a través de la Dirección de Gestión Socio Ambiental, dentro de los 4 (cuatro) meses a contar desde la firma del Contrato.-*

## VI. CONCLUSIONES

Con base en las consideraciones que anteceden, y habiendo hecho las salvedades sobre el marco de competencias institucionales, la PGR considera que el pliego de bases y condiciones del Proyecto, desarrollado por el MOPC en conjunto con la DINAC **se adecua** a las previsiones de la ley Nº 5102 y su decreto reglamentario, sin perjuicio de sus facultades de sugerir modificaciones adicionales en la etapa de suscripción del contrato conforme con la previsión del art. 28 del decreto Nº 1350.-

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

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

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

COPIA

M. O.
MOPC-DESPACHO
Nº 45718
Fecha 18 DIC. 2015
Firma