CONCEJO DELIBERANTE
SAN MARTIN DE LOS ANDES

DIRECCIÓN DE DIGESTO

Expte: 05000-258/2019 Ref.1009/2019
Tema: Solic. adhesión a Ley Pcial nº 3074 Contratos de Asociación público-privada
Fecha: 04/07/2019

PROYECTO DE ORDENANZA

EL CONCEJO DELIBERANTE DE LA
MUNICIPALIDAD DE SAN MARTÍN DE LOS ANDES
SANCIONA CON FUERZA DE ORDENANZA

ARTÍCULO 1º.- ADHIÉRESE a la **Ley Provincial Nº 3.074**, regulatoria de los contratos de asociación público-privada, con expresa reserva de las competencias y atribuciones que le corresponden al municipio de San Martin de los Andes conforme la Constitución Nacional y Provincial, la Carta Orgánica Municipal y la presente ordenanza.-

ARTÍCULO 2º.- Los contratos de asociación público-privada son aquellos celebrados entre la Municipalidad de San Martín de los Andes, en carácter de contratante, y sujetos privados o públicos en los términos que establece la **Ley Nº 3.074**, en carácter de contratistas, con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica.
Los proyectos que se desarrollen en el marco de la presente ordenanza pueden tener por objeto una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamiento y bienes, explotación u operación y financiamiento.
El diseño de los contratos debe tener la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo con las mejores prácticas existentes en la materia.
Los contratos de asociación público-privada podrán celebrarse cuando se haya determinado que esta modalidad de contratación permite cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer.-

ARTÍCULO 3º.- El Departamento Ejecutivo Municipal creará un organismo en la órbita de la Secretaria de Economía y Hacienda, denominada ***Unidad de Contratos de Asociación Público-Privada***, que tendrá a su cargo la centralización normativa y el seguimiento de los proyectos desarrollados bajo esa modalidad de contratación.
Asimismo, a solicitud del área o dependencia licitante, dicha unidad asesorará y prestará apoyo consultivo, operativo y técnico en las etapas de formulación, diseño y estructuración del proyecto a licitar, elaboración de la documentación licitatoria, implementación de los procedimientos de selección de los contratistas o ejecución del contrato. La integración y demás funciones de dicho organismo serán determinadas por el Departamento Ejecutivo Municipal en la reglamentación de la presente.-

ARTÍCULO 4º.- En la estructuración de proyectos de asociación público-privada deberá promoverse la protección y cuidado ambiental en su ámbito, garantizando a esos efectos que, conforme con la normativa vigente y aplicable a cada proyecto, las medidas de prevención, mitigación, recomposición o sanción según el caso, de los impactos negativos o adversos que eventualmente se ocasionen al ambiente, sean adoptadas por el responsable correspondiente.
A los fines antes indicados, en la documentación contractual se deberán especificar las obligaciones que recaen sobre cada una de las partes y los mecanismos que aseguren el cumplimiento por la contratista de esas obligaciones. Con ese objetivo, previo a la aprobación de la documentación contractual deberá intervenir la Subsecretaría de Gestión Ambiental de la Municipalidad de San Martín de los Andes o el organismo que en el futuro la suceda.-

ARTÍCULO 5º.- En la provisión de bienes y servicios mediante contratos celebrados acorde a la presente, los pliegos y demás documentación contractual deberán indicar que aquéllos se adquirirán respetando y, resultando aplicable, la ***Ordenanza Nº 1.650/94***, del régimen diferencial de calificación para licitadores u oferentes radicados en San Martín de los Andes.

En casos particulares, el Departamento Ejecutivo municipal podrá exceptuar o limitar las exigencias y preferencias mencionadas en el párrafo precedente en aquellas contrataciones en las cuales la Oficina de Compras y Contrataciones, previo dictamen fundado de la *Unidad de Contratos de Asociación Público-Privada*, justifique la conveniencia o necesidad de dicha excepción o limitación en las condiciones o necesidades particulares del proyecto.-

ARTÍCULO 6º.- Cuando la complejidad o monto del proyecto lo justifiquen, podrá establecerse un procedimiento transparente de consulta, debate e intercambio de opiniones entre la contratante y los interesados precalificados que, basado en las experiencias, conocimientos técnicos y mejores prácticas disponibles por cada una de las partes, permita desarrollar y definir la solución más conveniente al interés público sobre cuya base se formularán las ofertas.
La implementación de este procedimiento debe asegurar la intervención previa de la *Unidad de Contratos de Asociación Público-Privada* y garantizar la transparencia, concurrencia, publicidad, difusión, competencia efectiva y participación simultánea y en condiciones de igualdad de todos los interesados precalificados, promoviendo, entre otros factores y según las características del proyecto, la participación directa e indirecta de las pequeñas y medianas empresas, y el fomento de la industria y el trabajo local.-

ARTÍCULO 7º.- A las contrataciones sujetas a la presente ordenanza no les será aplicable directa, supletoria ni analógicamente, además de las normas establecidas en el ***Artículo 29*** de la ***Ley Nº 3.074***, el ***Reglamento General de Compras y Contrataciones de San Martín de los Andes -Ordenanza N° 6.698/06.***
Cuando los contratos de asociación público-privada involucren la prestación de servicios públicos regidos por marcos regulatorios específicos, éstos resultarán de aplicación a dicha prestación.-

ARTÍCULO 8º.- Los procedimientos de selección relativos a cualquier contrato que se celebre en los términos de la presente ordenanza son compatibles con el régimen de iniciativa privada previsto en la ***Ordenanza Nº 4.321/01*** o norma que en el futuro la reemplace.-

ARTÍCULO 9º.- El Departamento Ejecutivo Municipal designará a la Autoridad de Aplicación de la presente dentro de los treinta (30) días de su promulgación.

ARTÍCULO 10.- En el plazo previsto en el **Artículo 9º**, se le encomienda a la Autoridad de Aplicación la reglamentación de esta ordenanza, a fin de compatibilizar sus términos con las disposiciones de la *Ley Nº 3.074*. El proyecto de reglamentación correspondiente deberá ser remitido, previo a su publicación, al Concejo Deliberante para su aprobación.-

ARTÍCULO 11.- Comuníquese al Departamento Ejecutivo Municipal.-

CONCEJO DELIBERANTE
SAN MARTIN DE LOS ANDES

Expte: 05000-258/2019 **Ref.1009/2019**
Tema: Solic. adhesión Ley Pcial nº 3074 Asociación público-privada
Fecha: 04/07/2019

FUNDAMENTOS:

Mediante la *Ley Nº 3.074* la Provincia del Neuquén adhirió, en sus términos, a la *Ley nacional Nº 27.3*28, de los contratos de Participación Público-Privada.

En sintonía con la norma nacional, la ley neuquina define en su art. 2º a los contratos de Asociación Público-Privada (APP) como aquellos "*celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público provincial con el alcance previsto en el artículo 6º de la Ley 2141 (TO Resolución 853), de Administración Financiera y Control (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que establece la presente Ley (en carácter de contratistas), con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica.*
Los proyectos que se desarrollen en el marco de esta Ley, pueden tener por objeto una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamiento y bienes, explotación u operación y financiamiento.
El diseño de los contratos debe tener la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo con las mejores prácticas nacionales e internacionales existentes en la materia.
Los contratos de asociación público-privada podrán celebrarse cuando se haya determinado que esta modalidad de contratación permite cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer."
Los contratos APP se caracterizan igualmente:

- Por la distribución del riesgo del proyecto (operación, mantenimiento, comercial, de capital, técnicos, financieros, políticos), según quién posea la mayor capacidad de controlarlo, entre el sector público y el privado (que asume la responsabilidad de obtener parte sustancial del financiamiento del proyecto).
- El sector público mantiene siempre la responsabilidad de brindar el servicio público en cuestión.
- El acuerdo entre partes incluye la transferencia de determinadas funciones al sector privado con el objetivo de alcanzar mayor eficiencia y movilizar los fondos de inversión en infraestructura.
- Los activos o servicios a brindar por el sector privado se especifican en los contratos en términos de resultados (outputs) más que de productos (inputs). Para eso, se establecen indicadores de calidad y se explicitan metas a alcanzar, pero no se realizan especificaciones sobre cómo debe ser realizado el proyecto. De esta manera, se incentiva al privado a incorporar innovaciones y buscar eficiencia.
- Independientemente de cuál sea el mecanismo de pago estipulado contractualmente, en todos los casos dependerá del grado de desempeño alcanzado.
- En general, se aplican a proyectos de infraestructura de mediana y gran escala que requieren de un importante aporte de capital y que responden a proyectos de mediano o largo plazo.
- Menor tiempo de implementación del proyecto. Los proyectos gestionados como APP tienen mayor probabilidad de ser terminados en tiempo y forma, y conforme al presupuesto.
- Menores costos. La integración de funciones resulta un incentivo a la minimización de los costos totales del proyecto, en vez de minimizar los costos de cada etapa.
- Mayor oportunidad de desarrollar soluciones innovadoras. Al establecerse contractualmente los resultados a alcanzar, se le permite libertad de criterio al sector privado para que arbitre los medios.
- Mayor eficiencia en la prestación de servicios públicos ya que el pago está atado al nivel de desempeño.

CONCEJO DELIBERANTE
SAN MARTIN DE LOS ANDES

La Ley Nº 3.074 establece en su artículo 29 que los contratos APP son una modalidad alternativa a los contratos regulados por las Leyes 687 (de Obras Públicas) y 1.820 (de Emergencia Económica), y el Decreto 2.758/95 (Reglamento de Contrataciones), normas que para el caso no son de aplicación supletoria ni analógica, como tampoco el art. 765 del Código Civil y Comercial de la Nación ni los artículos 7 y 10 de la Ley nacional Nº 23.928. Además, prevé que la modalidad de contratación APP es compatible con los procedimientos de iniciativa privada.

En materia ambiental, determina en su artículo 6º el deber de la contratante de garantizar, en el proyecto, que se adopten las medidas de prevención, mitigación, sanción o compensación de los posibles impactos negativos acorde a la normativa aplicable, debiendo especificarse en la documentación contractual las obligaciones de cada una de las partes según la legislación vigente y los mecanismos para asegurar su cumplimiento por la contratista. A ese fin, previo a la aprobación de la documentación contractual, debe intervenir la Subsecretaría de Ambiente de la Provincia.

Asimismo, estipula que cuando esos contratos involucren la prestación de servicios públicos regidos por marcos regulatorios específicos, éstos serán aplicables a dicha prestación.

De decidirse una contratación bajo esta modalidad asociativa, el proyecto a estructurar principalmente debe:

- Especificar los objetivos de interés público que tiende a satisfacer, los mecanismos de supervisión y control de cumplimiento de cada una de sus etapas, y los plazos (por hasta 35 años de duración, incluyendo sus eventuales prórrogas).
- Promover la inclusión social en el área de desarrollo de los proyectos, a efectos de optimizar el acceso a infraestructura y servicios básicos.
- Incentivar la generación de nuevos puestos y fuentes de trabajo en esas áreas.
- Fomentar la participación de las PyMES, el desarrollo de la capacidad empresarial del sector privado, la generación de valor agregado y la provisión de nuevas y más eficientes tecnologías y servicios.
- Promover el desarrollo de proyectos que coadyuven a la preservación del ambiente y a la sustentabilidad económica, social y ambiental del área, conforme a la legislación y los acuerdos vigentes.

Respecto de la selección del contratista, la Ley Nº 3.074 prevé que *"se debe realizar mediante el procedimiento de licitación o concurso público provincial, nacional o internacional, según la complejidad técnica del proyecto, la capacidad de participación de las empresas locales, razones económicas y/o financieras vinculadas con las características del proyecto, la capacidad de contratación disponible, y/o el origen de los fondos cuando se trate de proyectos que cuenten o requieran financiamiento externo. ..."* (art. 13).

En esos procedimientos, debe impulsarse la concurrencia de los interesados y la competencia de oferentes, considerando las externalidades positivas que pueda ocasionar la elección del contratista, así como garantizarse la transparencia, publicidad, difusión, igualdad, concurrencia y competencia en los procedimientos de selección y actos dictados en consecuencia.

En cuanto al financiamiento y recursos (artículos 10 y 19), los contratos APP deben contemplar primordialmente:

- En su caso, los aportes que la contratante se comprometa a efectuar durante la vigencia del contrato. Pueden consistir, entre otros, en aportes de dinero, cesión de fondos obtenidos de operaciones de crédito público, de la titularidad de bienes, de créditos presupuestarios, fiscales, contractuales o de cualquier otra naturaleza cuya cesión admitida legalmente, cesión de derechos, constitución de derechos de superficie sobre bienes del dominio público y/o privado, otorgamiento de avales, beneficios tributarios, subsidios, franquicias, concesión de derechos de uso o de explotación de bienes del dominio público o privado, y cualquier otro tipo de concesión u otros aportes susceptibles de ser realizados por la Provincia.
- Las obligaciones de pago asumidas por la contratante pueden ser solventadas o garantizadas mediante: a) La afectación específica o la transferencia de recursos

tributarios, bienes, fondos y cualquier clase de créditos y/o ingresos públicos; b) La creación de fideicomisos o utilización de fideicomisos existentes; c) El otorgamiento de fianzas, avales o garantías por entidades de reconocida solvencia en el mercado nacional e internacional, o la constitución de otros instrumento de garantía según el ordenamiento vigente.

- Los instrumentos que permitan adaptar las modalidades de ejecución a los avances tecnológicos y a las necesidades y exigencias de financiamiento que se produzcan durante su vigencia.
- La facultad de la contratante de establecer unilateralmente variaciones al contrato sólo en lo referente a la ejecución del proyecto hasta un límite máximo del veinte por 20% del valor total del contrato.
- La facultad de la contratante de cooperar para obtener el financiamiento necesario para la ejecución del proyecto.
- La facultad de la contratista de subcontratar y de ceder, con autorización de la contratante, el contrato a un tercero (con similares requisitos que el cedente) siempre que haya transcurrido, al menos, el 20% del plazo original del contrato o de la inversión comprometida, lo que antes ocurra, y con dictamen previo fundado del órgano de control de ejecución.

En relación al control de la contratista, establece que las funciones de regulación y de poder de policía del Poder Ejecutivo provincial son indelegables. Por tanto, el cumplimiento de los contratos celebrados conforme la Ley Nº 3.074 debe estar sujeto al control de la contratante o del órgano creado con esa finalidad en la respectiva jurisdicción.

Regula, además, lo atinente a las obligaciones de pago asumidas por la contratante, las incompatibilidades para contratar de la contratista, medidas anticorrupción y el mecanismo de solución de controversias entre las partes.

En lo institucional, la norma neuquina prevé la creación por el Poder Ejecutivo provincial de un órgano a cargo de la centralización normativa de los contratos regidos por la misma: la Unidad de Asociación Público-Privada. Este organismo, a solicitud de los órganos o entes licitantes, prestará apoyo consultivo, operativo y técnico en las etapas de formulación del proyecto, elaboración de la documentación licitatoria o ejecución del contrato.

Por otra parte, al igual que en el régimen nacional de estos contratos, la Ley Nº 3.074 incorpora una disposición novedosa, el "Procedimiento Transparente de Consulta", al que la doctrina especializada denomina "diálogo competitivo".

Textualmente, dice el Artículo 15: "*Cuando la complejidad o monto del proyecto lo justifiquen, podrá establecerse un procedimiento transparente de consulta, debate e intercambio de opiniones entre la contratante y los interesados precalificados que, basado en las experiencias, conocimientos técnicos y mejores prácticas disponibles por cada una de las partes, permita desarrollar y definir la solución más conveniente al interés público sobre cuya base se formularán las ofertas. La implementación de este procedimiento debe asegurar la intervención de la Unidad de Asociación Público-Privada y garantizar la transparencia, concurrencia, publicidad, difusión, competencia efectiva y participación simultánea y en condiciones de igualdad de todos los interesados precalificados, promoviendo, entre otros factores y según las características del proyecto, la participación directa e indirecta de las pequeñas y medianas empresas, y el fomento de la industria y el trabajo provincial.*"

En el orden nacional, reglamenta este procedimiento el Decreto PEN Nº 944/17, el cual determina que, "*En caso que la complejidad de un Proyecto o su monto lo justifiquen, previo al llamado a Licitación, la Autoridad Convocante podrá someter al Procedimiento Transparente de Consulta aquí establecido el anteproyecto del Pliego de Bases y Condiciones Generales o del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, las Especificaciones Técnicas y/o cualquiera de los documentos relacionados con el Proyecto en cuestión, con el objeto de posibilitar la contribución de los Interesados Precalificados al desarrollo y definición de la solución más conveniente al interés público involucrado en el Proyecto.*" (art. 2º).

Para evaluar esa complejidad, la autoridad convocante podrá considerar, entre otros aspectos:

- La ineficacia o insuficiencia de las soluciones tradicionales para satisfacer el interés público involucrado en la contratación o la necesidad de recurrir a soluciones innovadoras.

- La ausencia de estándares o criterios técnicos con relación a los bienes y/o servicios involucrados en el desarrollo del Proyecto.
- La diversidad o envergadura de los riesgos, que determinan la conveniencia de establecer negociaciones previas para la configuración jurídica o financiera del proyecto.
- También podrá considerarse complejo un proyecto cuando la autoridad convocante no se encuentre objetivamente capacitada para definir las prescripciones o especificaciones técnicas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, que permitan determinar de manera precisa el objeto del contrato a los efectos de su adjudicación, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto.

Conforme el Decreto Nº 944/17, las opiniones, observaciones, propuestas o sugerencias que se presentan durante el "Procedimiento Transparente de Consulta" no son vinculantes ni generan derecho, preferencia o compensación alguna para el Interesado Precalificado que participe. Luego de finalizado ese procedimiento, en base a las opiniones, observaciones, propuestas o sugerencias recibidas de los Interesados Precalificados, la autoridad convocante puede efectuar las adecuaciones y modificaciones que considere convenientes sobre el anteproyecto del Pliego de Bases y Condiciones -Generales o Particulares-, las Especificaciones Técnicas o demás documentación sometida a consulta.

Por último, el art. 30 de la Ley Nº 3.074 invita a los municipios neuquinos a adherir a sus disposiciones, lo que se propone en el presente proyecto de ordenanza, sin desmedro de las competencias y atribuciones que le corresponden a nuestro municipio.

De la aplicabilidad de la normativa en la actual situación de la Gestión de residuos Sólidos en San Martin de los Andes:

El presente proyecto de Ordenanza de adhesión, tiene en consideración, especialmente, la situación crítica de la gestión de los residuos domiciliarios generados en nuestra localidad. En ese contexto de alta complejidad, diversos actores sociales y políticos han coincidido en la necesidad de convocar al sector privado de manera amplia y transparente a los fines de contar con propuestas alternativas que posibiliten incorporar recursos, infraestructura y tecnología.

En ese sentido, en la reunión del Consejo Estratégico de Planificación (CoPE) del 26 de febrero de 2019 donde se trató esta temática, entre otras conclusiones, se señaló la conveniencia, en función de los aportes provinciales comprometidos para la ejecución de la planta de transferencia de RSU, de que en el procedimiento de selección del contratista se deje abierta la posibilidad de que la inversión para la prestación del servicio pueda ser mixta (público-privada).

En la misma ocasión, los miembros del CoPE concluyeron que la modalidad de convocatoria debe ser amplia y priorizar objetivos a cumplir en la realización de los servicios a fin de contar con múltiples ofertas.

En miras de poder alcanzar esas premisas, luego de analizado el marco normativo nacional y provincial, se considera que la modalidad de contratación mediante asociación público - privada y el "diálogo competitivo" pueden ser dos instrumentos alternativos a adoptar en oportunidad de licitarse la estación de transferencia y la planta de tratamiento de residuos orgánicos