



# Asamblea General

Distr. general  
3 de diciembre de 1999  
Español  
Original: inglés

## Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

33º período de sesiones

Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000

### Proyectos de infraestructura con financiación privada: proyectos de capítulo de una guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada

#### Informe del Secretario General

#### Adición

### III. Selección del concesionario

#### Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Recomendaciones legislativas .....		3
Notas sobre las recomendaciones legislativas .....	1-130	9
A. Consideraciones generales .....	1-33	9
1. Procedimientos de selección abarcados por la <i>Guía</i> .....	3-4	9
2. Objetivos generales de los procedimientos de selección .....	5-16	10
3. Características especiales de los procedimientos de selección para proyectos de infraestructura con financiación privada .....	17-26	12
4. Preparativos de los procedimientos de selección .....	27-33	15
B. Preselección de los ofertantes .....	34-50	16

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
1. Convocatoria a los procedimientos de preselección .....	35-37	17
2. Criterios de preselección .....	38-40	17
3. Cuestiones relativas a la participación de consorcios ofertantes .....	41-42	18
4. Preselección y preferencias nacionales .....	43-44	19
5. Contribución a los gastos de participación en el proceso de selección .....	45-46	19
6. Procedimientos de preselección .....	47-50	20
C. Procedimientos para solicitar propuestas .....	51-84	21
1. Fases del procedimiento .....	52-58	21
2. Contenido de la solicitud de propuestas definitivas .....	59-70	23
3. Aclaraciones y modificaciones .....	71-72	27
4. Criterios de evaluación .....	73-77	27
5. Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas .....	78-82	29
6. Negociaciones finales y adjudicación del proyecto .....	83-84	30
D. Negociaciones directas .....	85-96	31
1. Circunstancias en que puede recurrirse a las negociaciones directas .....	89	32
2. Medidas para aumentar la transparencia de las negociaciones directas .....	90-96	33
E. Propuestas no solicitadas .....	97-117	35
1. Consideraciones de política .....	98-106	35
2. Procedimientos para tramitar las propuestas no solicitadas .....	107-117	37
F. Procedimientos de revisión .....	118-122	40
G. Aviso de la adjudicación de un proyecto .....	123	42
H. Expediente del proceso de selección y adjudicación .....	124-130	42

## Recomendaciones legislativas

Se recomienda a los países anfitriones que deseen promover proyectos de infraestructura con financiación privada que incorporen a su legislación los siguientes principios:

### Consideraciones generales (véanse los párrafos 1 a 33)

*Recomendación 14.* La ley debería prever un proceso de selección del concesionario basado en procedimientos competitivos transparentes y eficientes adaptados a las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

### Preselección de los ofertantes (véanse los párrafos 34 a 50)

*Recomendación 15.* Los ofertantes deben demostrar que cumplen los criterios de preselección que la autoridad contratante considere apropiados para el proyecto de que se trate y que disponen de:

- a) Las calificaciones profesionales y técnicas, los recursos humanos, el equipo y otros medios físicos necesarios para llevar a cabo todas las fases del proyecto, desde la ingeniería y la construcción hasta la explotación y el mantenimiento;
- b) Capacidad suficiente para gestionar los aspectos financieros del proyecto y capacidad para cumplir los requisitos financieros de las fases de ingeniería, construcción y explotación del proyecto;
- c) Capacidad apropiada de gestión y organización, fiabilidad y experiencia, concretamente experiencia en la explotación de infraestructuras públicas.

*Recomendación 16.* Los ofertantes deben poder formar consorcios para presentar propuestas, siempre que cada miembro de un consorcio preseleccionado no pueda participar, directamente o mediante empresas filiales, en más de un consorcio ofertante.

*Recomendación 17.* La autoridad contratante debe elaborar una breve lista con los nombres de los ofertantes preseleccionados a los que se invitará posteriormente a presentar propuestas una vez concluida la fase de preselección.

### Procedimiento para solicitar propuestas (véanse los párrafos 51 a 84)

*Procedimientos en una y en dos etapas (véanse los párrafos 52 a 58)*

*Recomendación 18.* Una vez concluidos los trámites preselección, la autoridad contratante debe invitar a los ofertantes preseleccionados a que presenten propuestas finales.

*Recomendación 19.* A pesar de lo anterior, la autoridad contratante podrá recurrir a un procedimiento en dos etapas para solicitar propuestas de los ofertantes preseleccionados cuando no le sea posible formular especificaciones técnicas o indicadores de ejecución y condiciones contractuales de manera suficientemente detallada y precisa para permitir la formulación de propuestas definitivas. Cuando se recurra a un procedimiento en dos etapas se seguirán las siguientes disposiciones:

- a) La autoridad contratante invitará en primer lugar a los ofertantes preseleccionados a presentar propuestas relativas a especificaciones de resultados y a otras características del proyecto, así como a las condiciones contractuales propuestas;

b) La autoridad contratante deberá convocar una reunión de ofertantes para aclarar cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas.

c) Una vez examinadas las propuestas recibidas, la autoridad contratante estudiará y, en su caso, revisará las especificaciones iniciales del proyecto y las condiciones contractuales antes de proceder a una solicitud final de propuestas.

*Contenido de la solicitud final de propuestas (véanse los párrafos 59 a 70)*

*Recomendación 20.* En la solicitud final de propuestas debe figurar, por lo menos, lo siguiente:

a) La información general requerida por los ofertantes a fin de preparar y presentar sus propuestas;

b) Las especificaciones del proyecto y los indicadores de ejecución pertinentes, incluidos los requisitos de la autoridad contratante en lo relativo a las pautas de seguridad y la protección del medio ambiente;

c) Las condiciones contractuales propuestas por la autoridad contratante;

d) Los criterios para evaluar las propuestas, el peso relativo que debe asignarse a cada uno de esos criterios y la manera en que han de aplicarse los criterios en la evaluación de las propuestas.

*Aclaraciones y modificaciones (véanse los párrafos 71 y 72)*

*Recomendación 21.* La autoridad contratante podrá, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, modificar la solicitud final de propuestas emitiendo un documento complementario en un momento razonable antes del vencimiento del plazo para la presentación de propuestas.

*Criterios de evaluación (véanse los párrafos 73 a 77)*

*Recomendación 22.* Los criterios para la evaluación y comparación de las propuestas técnicas deben basarse en la eficacia que pueda tener la propuesta presentada por el ofertante a la hora de atender las necesidades de la autoridad contratante, y concretamente en lo siguiente:

a) La solidez técnica;

b) La viabilidad operativa;

c) La calidad de los servicios y medidas para asegurar su continuidad;

d) El potencial de desarrollo social y económico que entrañen las propuestas.

*Recomendación 23.* Los criterios para la evaluación y comparación de las propuestas financieras y comerciales pueden basarse, en su caso, en lo siguiente:

a) El valor actualizado que tengan los peajes, tasas y otros gravámenes propuestos durante el período de la concesión;

b) El valor actualizado de los pagos directos que proponga eventualmente la autoridad contratante;

c) Los costos de las actividades de diseño y construcción, los costos anuales de explotación y mantenimiento, el valor actualizado de los costos de capital y de los costos de explotación y mantenimiento;

- d) El grado de apoyo financiero que se espere eventualmente del Estado;
- e) La solidez de los arreglos financieros propuestos;
- f) El grado de aceptación de las condiciones contractuales propuestas.

*Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas (véanse los párrafos 78 a 82)*

*Recomendación 24.* La autoridad contratante podrá fijar límites mínimos en lo relativo a la calidad y a aspectos técnicos y comerciales que deberán reflejarse en las propuestas de conformidad con los criterios establecidos en la solicitud de propuestas. Las propuestas que no alcancen estos niveles mínimos deberán desestimarse por no cumplir los requisitos.

*Recomendación 25.* Independientemente de si ha seguido o no un procedimiento de preselección, la autoridad contratante podrá conservar el derecho a solicitar a los ofertantes que demuestren de nuevo sus calificaciones de conformidad con los criterios y procedimientos enunciados en la solicitud de propuestas o en los documentos de preselección, según corresponda. Cuando se haya seguido un procedimiento de preselección, los criterios serán los mismos que los fijados para dicho procedimiento.

*Negociaciones finales (véanse los párrafos 83 y 84)*

*Recomendación 26.* La autoridad contratante debe calificar todas las propuestas admisibles ateniéndose a los criterios de evaluación expuestos en la solicitud de propuestas e invitar a una negociación final del acuerdo de proyecto al ofertante que haya obtenido la mejor calificación. Las negociaciones finales no podrán referirse a las condiciones del contrato que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud final de propuestas.

*Recomendación 27.* Si la autoridad contratante se percatara de que las negociaciones con el ofertante invitado no darán lugar a ningún acuerdo de proyecto, la autoridad contratante debe informar a ese contratante de que pone fin a las negociaciones e invitar a continuación a negociaciones a los otros ofertantes en función de sus calificaciones hasta que llegue a un acuerdo de proyecto o rechace todas las propuestas restantes.

#### **Negociaciones directas (véanse los párrafos 85 a 96)**

*Recomendación 28.* La ley debe especificar las circunstancias excepcionales en las que la autoridad contratante podrá ser autorizada por una autoridad superior a seleccionar el concesionario u mediante negociaciones directas. Esas circunstancias pueden ser las siguientes:

- a) Cuando haya necesidad urgente de garantizar la continuidad en la prestación del servicio y cuando, por consiguiente, no sería práctico entablar un procedimiento de selección competitiva;
- b) En el caso de los proyectos de corta duración para los que se prevea un valor de inversiones iniciales que no supere una cantidad módica especificada;
- c) Motivos de defensa nacional o de seguridad nacional;
- d) Casos en que exista sólo una fuente capaz de proporcionar el servicio requerido (por ejemplo, porque éste exige la utilización de tecnología patentada o conocimientos técnicos singulares);

e) Cuando se haya emitido una invitación a los trámites de preselección o una solicitud de propuestas pero no se hayan presentado solicitudes ni propuestas o las propuestas no cumplan los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas y cuando, a juicio de la autoridad contratante, sea improbable que una nueva convocatoria de propuestas culmine con la adjudicación de un proyecto;

f) Otros supuestos en que una autoridad superior autorice tal excepción por razones de peso y de interés público.

*Recomendación 29.* La ley puede exigir que en las negociaciones directas se observen los siguientes procedimientos:

a) La autoridad contratante debe publicar un aviso del procedimiento de negociación y entablar negociaciones con todas las empresas que considere capaces de ejecutar el proyecto en función de las circunstancias;

b) La autoridad contratante debe formular y comunicar a los ofertantes los criterios de calificación y los criterios para la evaluación de las propuestas y debe determinar el peso relativo que debe darse a cada uno de esos criterios y la forma en que deben aplicarse al evaluar las propuestas;

c) La autoridad contratante debe tramitar las propuestas evitando que los ofertantes conozcan el contenido de las otras ofertas;

d) Todas las negociaciones entre la autoridad contratante y los ofertantes deben ser confidenciales y las partes en las negociaciones no deben revelar a ningún tercero información técnica, sobre el precio u otro tipo de información comercial relativa a las negociaciones sin el consentimiento de la otra parte;

e) Al concluir las negociaciones, la autoridad contratante debe pedir a todos los ofertantes aún incorporados al proceso que presenten, en un determinado plazo, una oferta final y óptima relativa a todos los aspectos de sus propuestas;

f) Las propuestas deben evaluarse y calificarse conforme a los criterios establecidos por la autoridad contratante para la evaluación de las propuestas.

#### **Propuestas no solicitadas (véanse los párrafos 97 a 117)**

*Recomendación 30.* Como excepción respecto de los procedimientos de selección descritos en las recomendaciones legislativas 14 a 27, la autoridad contratante podrá estar facultada para tramitar propuestas no solicitadas con arreglo a procedimientos específicos mediante los cuales la ley regule la tramitación de las propuestas no solicitadas, siempre y cuando esas propuestas no se refieran a un proyecto respecto del cual la autoridad contratante haya iniciado o anunciado procedimientos de selección.

*Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas (véanse los párrafos 110 a 112)*

*Recomendación 31.* Tras haber recibido una propuesta no solicitada y efectuado un examen preliminar de la misma, la autoridad contratante debe informar al autor de la

propuesta, en un plazo razonablemente breve, de si el proyecto puede revestir o no interés público. De considerarse que el proyecto reviste interés público, la autoridad contratante debe invitar al autor a presentar una propuesta formal suficientemente detallada para que la autoridad contratante pueda evaluar debidamente el concepto o la tecnología y determinar si la propuesta cumple las condiciones establecidas por la ley y si tiene probabilidades de ser ejecutada con éxito a la escala del proyecto propuesto.

*Recomendación 32.* El autor de la propuesta no solicitada debe conservar la titularidad de todos los documentos presentados a lo largo del procedimiento y esos documentos deben serle devueltos en caso de que se rechace la propuesta.

*Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que no entrañen conceptos o tecnología de propiedad (véanse los párrafos 113 y 114)*

*Recomendación 33.* La autoridad contratante debe iniciar procedimientos de selección competitiva conforme a las recomendaciones 14 a 27 si se comprueba que los resultados del proyecto pueden lograrse sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta no solicitada posea derechos exclusivos o si el concepto o la tecnología propuestos no son realmente singulares ni nuevos. Debe invitarse al autor de la propuesta no solicitada a participar en esos procedimientos y cabría darle una prima por haber presentado la propuesta.

*Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que entrañen conceptos o tecnología de propiedad (véanse los párrafos 115 a 117)*

*Recomendación 34.* Si se comprueba que los resultados previstos del proyecto no pueden lograrse sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta no solicitada posea derechos exclusivos, la autoridad contratante debe tratar de obtener elementos de comparación para la propuesta no solicitada. Con este fin, la autoridad contratante debe publicar una descripción de los elementos esenciales de los resultados de la propuesta junto con una invitación dirigida a otras partes interesadas para que presenten propuestas alternativas o comparables en un determinado plazo razonable.

*Recomendación 35.* La autoridad contratante podrá entablar negociaciones con el autor de la propuesta no solicitada si no recibe otras propuestas, siempre que cuente con la aprobación de una autoridad superior. Si se presentan otras propuestas, la autoridad contratante deberá invitar a todos sus autores a negociaciones, conforme a las disposiciones de las recomendaciones legislativas 29 b) a f).

#### **Procedimientos de examen (véanse los párrafos 118 a 122)**

*Recomendación 36.* Los ofertantes que pretendan que han sufrido o que pueden sufrir pérdidas o perjuicios debido al incumplimiento de una obligación impuesta por la ley a la autoridad contratante podrán solicitar la revisión de los actos de la autoridad contratante con arreglo a las leyes del país anfitrión.

#### **Aviso de la adjudicación del proyecto (véase el párrafo 123)**

*Recomendación 37.* La autoridad contratante debe disponer el aviso de la adjudicación del proyecto. En el aviso debe especificarse la identidad del concesionario y deben resumirse las condiciones esenciales del acuerdo de proyecto.

**Constancia de los procedimientos de selección y adjudicación (véanse los párrafos 124 a 130)**

*Recomendación 38.* La autoridad contratante debe mantener un registro apropiado de la información más importante relativa a los procedimientos de selección y adjudicación. La ley debe especificar las condiciones de acceso público a dicha información.

## Notas sobre las recomendaciones legislativas

### A. Consideraciones generales

1. El presente capítulo trata sobre los métodos y procedimientos recomendados para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. Conforme a lo aconsejado por organizaciones internacionales como la ONUDI<sup>1</sup> y el Banco Mundial<sup>2</sup> y, la *Guía* expresa una clara preferencia por los procedimientos de selección competitivos, más que por las negociaciones con los ofertantes, si bien reconocen que puede también recurrirse a las negociaciones directas, conforme a la tradición jurídica del país de que se trate (véase *infra*, párrs. 85 a 88).

2. Los procedimientos de selección recomendados en este capítulo presentan algunas de las características del método principal para la adquisición de servicios previsto en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios<sup>3</sup>, pero con algunas adaptaciones para tener en cuenta las necesidades concretas de los proyectos de infraestructura con financiación privada, como una fase de preselección claramente definida. Este capítulo remite oportunamente al lector a las disposiciones de la Ley Modelo de la Contratación Pública de la CNUDMI, que pueden complementar, *mutatis mutandis*, el procedimiento de selección descrito.

#### 1. Procedimientos de selección abarcados por la *Guía*

3. La inversión privada en infraestructuras puede revestir diversas formas, cada una de las cuales requiere métodos especiales para la selección del concesionario. A fin de examinar los posibles métodos de selección para los proyectos de infraestructura de que se ocupa la *Guía*, cabe hacer una distinción entre tres formas principales de inversión privada en infraestructuras:

a) *La adquisición de empresas de servicios públicos*. Puede invertirse capital privado en infraestructuras públicas mediante la adquisición de activos físicos o de obligaciones de empresas de servicios públicos. Estas transacciones suelen llevarse a cabo de conformidad con las normas que rigen la adjudicación de contratos sobre bienes públicos. En muchos países, la venta de acciones de empresas de servicios públicos precisa de previa autorización legislativa. Entre los métodos empleados con frecuencia cabe destacar la oferta de acciones en bolsa o procedimientos competitivos como las subastas o convocatorias a licitación en que los bienes son adjudicados a la parte calificada que ofrece el precio más alto;

b) *Prestación de servicios públicos sin construcción de infraestructuras*. En otros tipos de proyectos, los proveedores de servicios poseen y explotan todo el equipo necesario y a veces compiten con otros proveedores para prestar el servicio pertinente. Algunas leyes nacionales prevén procedimientos especiales en virtud de los cuales el Estado puede autorizar a una entidad privada a prestar servicios públicos mediante “licencias” exclusivas o no exclusivas. Las licencias pueden ofrecerse públicamente a partes interesadas que cumplan los requisitos de calificación enunciados por la ley o fijados por la autoridad que concede las licencias. A veces, los procedimientos de concesión de licencias prevén subastas públicas para las partes interesadas que se hayan calificado;

c) *Construcción y explotación de infraestructuras públicas*. En proyectos para la construcción y explotación de infraestructuras públicas, se contrata a una entidad privada para que realice obras y preste servicios al público. Los procedimientos que rigen la adjudicación de esos contratos son en algunos aspectos similares a los que regulan la contratación pública

de obras y servicios. Las leyes nacionales prevén diversos métodos de contratación pública, que van desde los métodos competitivos estructurados, como los procedimientos de licitación, hasta las negociaciones menos estructuradas con posibles proveedores.

4. En este capítulo se examinan principalmente los procedimientos de selección adecuados para los proyectos de infraestructura que entrañan una obligación, por parte de la entidad privada seleccionada, de emprender obras de construcción, reparación o expansión de la infraestructura pertinente con miras a una ulterior explotación privada (se trata de los procedimientos mencionados en el párrafo 3 c) *supra*). No se abordan específicamente otros métodos de selección de proveedores de servicios públicos mediante la concesión de licencias o procedimientos similares o de simple adjudicación de bienes estatales mediante incrementos de capital u ofertas de acciones.

## **2. Objetivos generales de los procedimientos de selección**

5. En la adjudicación de contratos para proyectos de infraestructura, la autoridad contratante puede aplicar métodos y procedimientos ya establecidos en las leyes del país anfitrión o introducir procedimientos especialmente concebidos para ese fin. En ambas situaciones, es importante asegurar que los procedimientos propicien en general el cumplimiento de los objetivos fundamentales de las normas que rigen la adjudicación de contratos públicos. Esos objetivos se examinan someramente a continuación.

### **a) Economía y eficiencia**

6. El criterio de economía en la adjudicación de proyectos de infraestructura consiste en la selección de un concesionario que esté en condiciones de realizar las obras y de prestar los servicios de la calidad deseada al precio más ventajoso o que ofrezca la mejor propuesta comercial. En la mayoría de los casos, los procedimientos que promueven la competencia entre los ofertantes son los que dan resultados más económicos. La competencia los incita a ofrecer las condiciones más ventajosas y puede animarlos a adoptar tecnologías o métodos de producción eficientes o innovadores con tal fin.

7. Debe observarse, no obstante, que la competencia no requiere necesariamente la participación de un gran número de ofertantes en un determinado proceso de selección. En particular para los grandes proyectos, puede haber razones por las que la autoridad contratante desee limitar el número de ofertantes a una cifra razonable (véase el párrafo 20). Siempre que se hayan dispuesto los procedimientos apropiados, la autoridad contratante puede obtener ventajas de una competencia eficaz incluso cuando la base competitiva es limitada.

8. Con la participación de empresas extranjeras en los procesos de selección pueden lograrse a veces resultados económicos. La participación extranjera no sólo puede ampliar la base competitiva sino que además puede permitir la adquisición, por parte de la autoridad contratante y de su país, de tecnologías no disponibles en el país. La participación extranjera en el proceso de selección puede ser necesaria cuando en el país no se disponga de los conocimientos técnicos requeridos por la autoridad contratante. Los países que deseen beneficiarse de la participación extranjera deben asegurarse de que la legislación y los procedimientos pertinentes propicien tal participación.

9. El criterio de eficiencia significa que se seleccione a un concesionario en un plazo razonable, con mínimas cargas administrativas y un costo razonable tanto para la autoridad contratante como para los ofertantes que participan en la selección. Además de las pérdidas que puede sufrir directamente la autoridad contratante a causa de procedimientos de selección ineficientes (por ejemplo, debido a demoras en la selección o a altos costos administrativos),

los procedimientos excesivamente costosos y engorrosos pueden hacer aumentar los costos generales del proyecto e incluso pueden inducir a empresas competentes a retirarse por completo del proceso de selección.

**b) Promoción de la confianza en el proceso de selección y de su integridad**

10. Otro importante objetivo de las normas que rigen la selección del concesionario es promover la integridad del proceso y la confianza en él. Así pues, todo sistema de selección adecuado suele regirse por disposiciones cuyo fin es asegurar el trato equitativo de los ofertantes, reducir o desalentar los abusos voluntarios o involuntarios del proceso de selección por parte de las personas que lo administran o de las empresas que participan en él, y asegurar que las decisiones de selección se adopten con criterios adecuados.

11. Promoviendo la integridad del proceso de selección se contribuirá a fomentar la confianza pública en el proceso y en el sector público en general. Los ofertantes se abstendrán a menudo de invertir tiempo y a veces sustanciales cantidades de dinero para participar en el proceso de selección, a menos que tengan la seguridad de que serán tratados equitativamente y de que sus propuestas u ofertas tienen una probabilidad razonable de ser aceptadas. Probablemente, los consorcios que participan en el proceso de selección a pesar de no confiar en él incrementarían el costo del proyecto para cubrir los mayores riesgos y gastos de participación. Si se asegura un funcionamiento adecuado del proceso de selección se puede reducir o eliminar esa tendencia, con lo cual la autoridad contratante obtendrá condiciones más favorables.

12. Como salvaguardia contra la corrupción de los titulares de cargos públicos, incluidos los empleados de las autoridades contratantes, el país anfitrión debe disponer de un sistema eficaz de sanciones. Esas sanciones podrían ser de carácter penal para castigar los actos ilícitos cometidos por funcionarios encargados del proceso de selección y por los ofertantes que participen en él. Deben evitarse los conflictos e intereses, por ejemplo, exigiendo que los titulares de cargos de la autoridad contratante, sus cónyuges, parientes y asociados no tengan un crédito contra una empresa que intervenga en un proceso de selección ni participación social en ella, ni acepten actuar como miembros del Consejo de Administración o empleados de esa empresa. Además, la ley que rija los procedimientos de selección debe obligar a la autoridad contratante a rechazar las ofertas o propuestas presentadas por una parte que dé o convenga en dar, directa o indirectamente, a un cargo o ex funcionario o empleado de la autoridad contratante u otra autoridad pública alguna forma de gratificación, una oferta de empleo ni alguna otra cosa o servicio de valor, como incentivo con respecto a un acto o decisión de la autoridad contratante o un procedimiento seguido por ésta, en relación con el proceso de selección. Estas disposiciones pueden complementarse con otras medidas, como el requisito de que todas las empresas invitadas a participar en el proceso de selección se comprometan a no tratar de influir indebidamente en las decisiones de los titulares de cargos públicos que participen en el proceso de selección ni a distorsionar de otro modo la competencia mediante colusión u otras prácticas ilícitas (con, por ejemplo, el llamado "acuerdo de integridad"). Igualmente, en las prácticas de adquisición pública adoptadas por algunos países, se exige de los ofertantes que garanticen que ningún cargo de la entidad adquirente ha recibido ni recibirá del ofertante ningún beneficio directo ni indirecto derivado del contrato o de su adjudicación. El incumplimiento de esa disposición constituye normalmente incumplimiento de una condición esencial del contrato.

13. Puede además fomentarse la confianza de los inversionistas con disposiciones adecuadas para proteger la confidencialidad de la información de propiedad que presenten durante los procedimientos de selección. Esto debe abarcar garantías suficientes de que la

autoridad contratante tramitará las propuestas de manera que se evite la revelación de su contenido a los ofertantes competidores; de que las conversaciones o negociaciones tendrán carácter confidencial; y de que la información comercial o de otra índole que los ofertantes puedan incluir en sus propuestas no será dada a conocer a sus competidores.

**c) Transparencia de las leyes y los procedimientos**

14. La transparencia de las leyes y los procedimientos que rigen la selección del concesionario contribuirá a que se logren varios de los objetivos ya mencionados. Las leyes transparentes son las que revelan totalmente las reglas y procedimientos que deberán seguir la autoridad contratante y los ofertantes, no son injustificadamente complejas y se presentan de manera sistemática y comprensible. Los procedimientos transparentes son los que permiten a los ofertantes determinar qué procedimientos ha seguido la autoridad contratante y por qué criterios se ha guiado en sus decisiones.

15. Uno de los modos más importantes de promover la transparencia y la rendición de cuentas es la introducción de disposiciones que exijan de la autoridad contratante que lleve un expediente de los procedimientos de selección (véanse los párrafos 124 a 130). Con un registro en que se resuma la información clave sobre esos procedimientos se facilita el ejercicio del derecho de los ofertantes rechazados a solicitar un reexamen. De este modo se contribuye también a que las normas que rigen el procedimiento de selección sean, en la medida de lo posible, autónomas y de aplicación automática. Además, con requisitos legislativos adecuados para el mantenimiento de expedientes se facilitará la labor de las autoridades públicas que ejercen funciones de auditoría o supervisión y se promoverá la rendición de cuentas al público en general por parte de las autoridades contratantes sobre la adjudicación de proyectos de infraestructura.

16. Un importante corolario de los objetivos de economía, eficiencia, integridad y transparencia es la existencia de procedimientos administrativos y judiciales para el reexamen de las decisiones adoptadas por las autoridades que participan en los procedimientos de selección (véanse los párrafos 118 a 122).

**3. Características especiales de los procedimientos de selección para proyectos de infraestructura con financiación privada**

17. Generalmente, el mejor modo de lograr economía y eficiencia en la adjudicación de contratos públicos es adoptando métodos que promuevan la competencia entre una serie de ofertantes en el marco de procedimientos estructurados y formales. Las legislaciones nacionales suelen prescribir procedimientos competitivos de selección, como la licitación, para la contratación pública de bienes u obras en circunstancias normales.

18. Los procedimientos formales y la objetividad y previsibilidad que caracterizan a los procedimientos competitivos de selección suelen garantizar condiciones óptimas de competencia, transparencia y eficiencia. Así, el uso de procedimientos de selección competitiva en proyectos de infraestructura con financiación privada ha sido recomendado por la ONUDI, que ha formulado directrices prácticas detalladas sobre la manera de estructurar esos procedimientos<sup>1</sup>. Las normas de contratación en relación con los préstamos concedidos por el Banco Mundial propugnan también la utilización de procedimientos de selección competitivos y disponen que un concesionario seleccionado con arreglo a procedimientos de licitación aceptables para el Banco Mundial es libre en general de adoptar sus propios procedimientos para la adjudicación de los contratos necesarios para ejecutar el proyecto. Sin embargo, si el concesionario mismo no fue seleccionado de conformidad con esos

procedimientos competitivos, la adjudicación de subcontratos habrá de hacerse siguiendo procedimientos competitivos aceptables para el Banco Mundial<sup>2</sup>.

19. Cabe observar, no obstante, que no se ha concebido hasta el momento ningún modelo legislativo internacional para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Por otra parte, las disposiciones legislativas nacionales sobre procedimientos competitivos para la contratación pública de bienes, obras o servicios tal vez no resulten totalmente adecuadas para los proyectos de infraestructura con financiación privada. De hecho, la experiencia internacional en la adjudicación de esta clase de proyectos ha puesto de manifiesto algunas limitaciones de los tipos tradicionales de procedimientos competitivos de selección, como el método de licitación. Habida cuenta de las cuestiones concretas que plantean los proyectos de infraestructura con financiación privada, que se examinan brevemente a continuación, es aconsejable que el gobierno anfitrión adapte esos procedimientos a la selección del concesionario.

**a) Número de ofertantes a invitar**

20. La adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada requiere procedimientos complejos, costosos y de larga duración y, ante la magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura se reduce la probabilidad de que se presenten propuestas de un gran número de ofertantes cualificados. En efecto, los ofertantes competentes pueden sentirse reacios a participar en procesos de contratación pública para proyectos de gran valor si la competencia es muy amplia y se corre el riesgo de tener que competir con propuestas poco realistas o propuestas presentadas por ofertantes no cualificados. Por consiguiente, la licitación abierta sin etapa de preselección no suele ser aconsejable para la adjudicación de proyectos de infraestructura.

**b) Definición de los requisitos del proyecto**

21. En la contratación pública tradicional de obras de construcción, la autoridad contratante suele asumir la posición de maestro de obras o de empleador, dejando al contratista seleccionado la función de ejecutor de las obras. En los procedimientos de contratación pública se especifican las aportaciones del contratista, es decir, la autoridad contratante determina claramente lo que se debe construir, cómo hay que hacerlo y por qué medios. Por esta razón, las convocatorias a licitación de obras suelen ir acompañadas de extensas y muy detalladas especificaciones técnicas sobre el tipo de obras y servicios de que se trata. En esos casos, la autoridad contratante se encargará de que las especificaciones se ajusten al tipo de infraestructura que debe construirse y de que esa infraestructura pueda explotarse eficientemente.

22. Sin embargo, en muchos proyectos de infraestructura con financiación privada, es posible que la autoridad contratante prevea otro tipo de reparto de responsabilidades entre el sector público y el sector privado. En esos casos, tras haber precisado una necesidad de infraestructura en particular, la autoridad contratante puede que prefiera dejar al sector privado la responsabilidad de proponer la mejor solución para satisfacer esa necesidad, con sujeción a ciertos requisitos que ella misma pueda establecer (por ejemplo, requisitos regulatorios, de desempeño o de seguridad, prueba suficiente de que las soluciones técnicas propuestas han sido antes sometidas a prueba y cumplen satisfactoriamente con las normas de seguridad o de otra índole internacionalmente aceptables). El procedimiento de selección utilizado por la autoridad contratante puede, pues, hacer hincapié en la producción prevista

del proyecto (es decir, los servicios o bienes que ha de proporcionar) más que en detalles técnicos de las obras que ha de realizar o en los medios utilizados para prestar esos servicios.

**c) Criterios de evaluación**

23. Para que los proyectos sean financiados y explotados por las autoridades públicas y sean de su propiedad, se adquieren los bienes, las obras o los servicios con los fondos disponibles de las consignaciones presupuestarias aprobadas. La autoridad adjudicadora, que suele tener los fondos ya asegurados, trata sobre todo de invertirlos de la forma más provechosa. Así pues, en estos tipos de contratación pública el factor decisivo para elegir entre varias ofertas adecuadas y técnicamente aceptables es muchas veces el precio global ofrecido para las obras, que se calcula en función del costo de las obras y de otros gastos que deberá realizar el contratista, más un cierto margen de beneficios.

24. En cambio, los proyectos de infraestructura con financiación privada deben ser autosostenibles desde el punto de vista financiero, recuperándose los gastos de construcción y explotación con los ingresos que aporte el proyecto. Por consiguiente, deberán tenerse en cuenta otros factores, además de los gastos de construcción y explotación y del precio que pagarán los usuarios. Por ejemplo, la autoridad contratante deberá evaluar cuidadosamente la viabilidad financiera y comercial del proyecto, la solidez de los arreglos financieros propuestos por los ofertantes y la fiabilidad de las soluciones técnicas empleadas. Esto será necesario aunque no existan garantías ni pagos estatales, ya que los proyectos inacabados o los proyectos que rebasan con mucho los presupuestos o que tienen costos de mantenimiento superiores a los previstos repercuten a veces negativamente en la disponibilidad general de los servicios requeridos y en la opinión pública del país anfitrión. Asimismo, la autoridad contratante procurará formular criterios de calificación y evaluación que den la suficiente importancia a la necesidad de garantizar la continua prestación del servicio público de que se trate y, en su caso, el acceso universal al mismo. Además, dada la duración generalmente larga de las concesiones para infraestructuras, la autoridad contratante deberá cerciorarse de la solidez y aceptabilidad de los arreglos propuestos para la fase de explotación y sopesará cuidadosamente los elementos de servicios que figuren en las propuestas (véase el párrafo 74).

**d) Negociaciones con los ofertantes**

25. Las leyes y reglamentaciones que rigen las licitaciones prohíben a menudo las negociaciones entre la autoridad contratante y los contratistas sobre las ofertas presentadas por éstos. El motivo de tan estricta prohibición, que también figura en el artículo 35 de la Ley Modelo de la Contratación Pública de la CNUDMI, es que las negociaciones podrían convertirse en una “subasta”, en que se utilizaría la propuesta de un contratista para presionar a otro a fin de que ofreciera un precio más bajo o presentara una propuesta más favorable. A consecuencia de esa estricta prohibición, los contratistas seleccionados para aportar bienes o servicios conforme a procedimientos tradicionales de contratación pública deben firmar generalmente unos documentos contractuales modelo que les son entregados durante el proceso de contratación.

26. La situación es diferente en la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. La complejidad y la larga duración de esos proyectos hace improbable que la autoridad contratante y los ofertantes seleccionados puedan convenir en las condiciones de un proyecto de acuerdo de proyecto sin negociación y ajustes para adaptar esas condiciones a las necesidades particulares del proyecto. Esto es particularmente cierto en los proyectos que

entrañan el desarrollo de infraestructura nueva, en que la negociación final de los mecanismos financieros y de seguridad se produce sólo después de que se ha seleccionado al concesionario. Es importante, empero, velar por que estas negociaciones se lleven a cabo de manera transparente y no impliquen cambios de la base sobre la que se desarrolló la competencia (véanse los párrafos 83 y 84).

#### **4. Preparativos de los procedimientos de selección**

27. En la mayoría de los casos, la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada es una tarea compleja que requiere una cuidadosa planificación y coordinación entre las oficinas competentes. Al velar por la disponibilidad de apoyo administrativo y de personal adecuado para llevar a cabo el proceso de selección elegido, el gobierno anfitrión promueve la confianza en el proceso de selección y desempeña así un importante papel.

##### **a) Nombramiento del comité de adjudicación**

28. Una importante medida preparatoria es el nombramiento del comité que se encargará de evaluar las propuestas y de recomendar una decisión a la autoridad contratante. El nombramiento de miembros cualificados e imparciales del comité de selección no es únicamente un requisito para la eficiente evaluación de las propuestas sino que además puede fomentar la confianza de los ofertantes en el proceso de selección.

29. Otra importante medida preparatoria es el nombramiento de asesores independientes que ayudarán a la autoridad contratante en los procedimientos de selección. La autoridad puede necesitar, en esta etapa inicial, obtener los servicios de expertos o asesores independientes que le asistan en la determinación de las calificaciones y los criterios de evaluación apropiados, la definición de los indicadores de rendimiento (y, si es necesario, las especificaciones del proyecto) y la preparación de la documentación que se hará llegar a los ofertantes. También pueden contratarse servicios de consultoría y asesores para que ayuden a la autoridad contratante en la evaluación de propuestas, la redacción y la negociación del acuerdo de proyecto. Consultores y asesores pueden ser particularmente útiles aportando una gama de pericia técnica de la que no siempre puede disponerse en la administración pública del país anfitrión, como asesoramiento técnico o de ingeniería (por ejemplo, sobre la evaluación técnica del proyecto o las instalaciones, los requisitos técnicos del contrato); asesoramiento en cuestiones ecológicas (por ejemplo, sobre evaluación del medio ambiente, requisitos de funcionamiento); o asesoramiento financiero (por ejemplo, sobre previsiones financieras, examen de fuentes de financiación, evaluación de la proporción adecuada entre deuda y capital social, redacción de documentos de información financiera).

##### **b) Estudios de viabilidad y otros estudios**

30. Como ya se ha indicado (véase el capítulo I, “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, párr. 25), una de las primeras medidas que debería adoptar la administración pública con respecto a un futuro proyecto de infraestructura es la evaluación preliminar de su viabilidad, analizando aspectos económicos y financieros como las posibles ventajas económicas del proyecto, el costo estimado y los ingresos que cabe esperar de la explotación de la obra de infraestructura. La opción de desarrollar infraestructura como proyecto con financiación privada requiere una conclusión positiva sobre la viabilidad técnica y financiera del proyecto. La autoridad

contratante debe efectuar asimismo de ordinario una evaluación del impacto ecológico del proyecto en el marco de sus estudios de viabilidad. En algunos países, se vio que era útil prever cierta participación del público en la evaluación preliminar del impacto ecológico del proyecto y en las diversas opciones para reducirlo al mínimo.

31. Antes de iniciar el proceso que culmine con la selección de un futuro concesionario, es aconsejable que la autoridad contratante examine y, si es necesario, amplíe esos estudios iniciales. En algunos países, se aconseja a las autoridades contratantes que formulen proyectos modelo que sirvan de referencia (en los que se incluye una combinación de estimaciones de inversiones de capital y de gastos de explotación y mantenimiento) antes de invitar al sector privado a presentar propuestas. Estos proyectos modelo tienen por objeto demostrar si la explotación comercial de la infraestructura es viable y si el proyecto es asequible en lo que se refiere a gastos totales de inversión y costos para el erario público. Además, estos proyectos modelo proporcionarán a la autoridad contratante un útil instrumento para comparar y evaluar las propuestas. Los ofertantes adquirirán confianza si ven que la autoridad contratante ha analizado detenidamente los fundamentos técnicos, económicos y financieros del proyecto, así como el papel previsto del sector privado.

### **c) Preparación de la documentación**

32. El proceso de selección para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada suele requerir la preparación de una amplia documentación, concretamente un esbozo del proyecto, documentos de preselección, la solicitud de propuestas, instrucciones para preparar propuestas y un borrador del acuerdo sobre el proyecto. La calidad y claridad de los documentos emitidos por la autoridad contratante desempeña una apreciable función como garantía de un procedimiento de selección eficiente y transparente.

33. Una documentación normalizada preparada conforme a condiciones lo suficientemente precisas puede ser un elemento importante para facilitar las negociaciones entre ofertantes y posibles prestamistas e inversionistas. También puede ser útil para armonizar el tratamiento de cuestiones comunes en la mayoría de los proyectos de un determinado sector. No obstante, cuando se recurra a cláusulas contractuales modelo es aconsejable tener presente la posibilidad de que en un determinado proyecto se planteen cuestiones no previstas cuando se elaboró el documento modelo y de que el proyecto requiera soluciones concretas que difieran de las condiciones modelo. Debe procurarse encontrar un equilibrio adecuado entre el grado de uniformidad deseado para los acuerdos sobre proyectos de un determinado tipo y la flexibilidad que puede necesitarse para hallar soluciones concretas para cada proyecto.

## **B. Preselección de los ofertantes**

34. Dada la complejidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada, la autoridad contratante tal vez desee limitar el número de ofertantes de los que posteriormente se solicitarán propuestas únicamente a los que satisfagan ciertos criterios de calificación. En la contratación pública corriente los procedimientos de preselección pueden consistir en la verificación de ciertos requisitos formales, como la prueba suficiente de capacidad técnica o experiencia en el tipo de contratación de que se trate, de tal modo que todos sus ofertantes que satisfagan los criterios de preselección sean admitidos automáticamente a la fase de licitación. En cambio, los procedimientos de preselección para proyectos de infraestructura con financiación privada pueden comprender elementos de evaluación y selección. Así puede

ocurrir, por ejemplo, cuando la autoridad contratante prepara una lista en la que figuran los ofertantes preseleccionados por orden decreciente de puntuación (véase el párrafo 48).

## 1. Convocatoria a los procedimientos de preselección

35. A fin de promover la transparencia y la competencia, es aconsejable que la convocatoria a los procedimientos de preselección se publique en un medio con una difusión suficiente para asegurar un nivel adecuado de competencia. La legislación de muchos países prescribe las publicaciones en que deben aparecer las convocatorias a los procedimientos de preselección, que generalmente son la gaceta oficial u otras publicaciones oficiales. Con miras a fomentar la participación de empresas extranjeras y lograr la máxima competencia, la autoridad contratante tal vez desee disponer que la convocatoria a los procedimientos de preselección se publiquen también en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación pertinente, o en una revista técnica o profesional de amplia circulación internacional. Un posible medio de difusión es *Development Business*, publicación del Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.

36. Los documentos de preselección deben contener suficiente información para que los ofertantes puedan determinar si se trata del tipo de obras y servicios que pueden realizar o prestar y, en caso afirmativo, el modo en que pueden participar en el proceso de selección. La convocatoria a los procedimientos de preselección, además de indicar la infraestructura que se ha de construir o renovar, debe contener información sobre otros elementos esenciales del proyecto, como los servicios que ha de prestar el concesionario, los mecanismos de financiación previstos por la autoridad contratante (por ejemplo, si el proyecto se financiará íntegramente con las tasas o los peajes de los usuarios o si se pueden proporcionar fondos públicos en forma de pagos directos, préstamos o garantías) y, si ya se conocen, un resumen de las principales condiciones requeridas del acuerdo del proyecto que se ha de celebrar como resultado de los procedimientos de selección.

37. Además, la convocatoria a los procedimientos de preselección debe contener información general análoga a la que se suele suministrar en los documentos de preselección conforme a las normas generales de contratación pública<sup>4</sup>.

## 2. Criterios de preselección

38. Por regla general, los ofertantes deberían tener que demostrar que poseen las calificaciones profesionales y técnicas, los recursos financieros y humanos, el equipo y demás medios físicos, la capacidad empresarial, la fiabilidad y la experiencia que se necesitan para ejecutar el proyecto. Otros criterios que pueden ser particularmente pertinentes para los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden ser la capacidad de gestionar los aspectos financieros del proyecto y experiencia en la explotación de infraestructura pública o en la prestación de servicios bajo supervisión reglamentada (por ejemplo, indicadores de calidad en anteriores actividades, tamaño y tipo de los proyectos anteriormente ejecutados por los ofertantes); el nivel de experiencia del personal esencial que intervendrá en el proyecto; una suficiente capacidad de organización (incluidos los requisitos mínimos de equipo de construcción, explotación y mantenimiento); la capacidad para cumplir los requisitos de financiación para las fases de ingeniería, construcción y explotación del proyecto (demostrada, por ejemplo, con pruebas de que el ofertante puede aportar una cantidad suficiente de capital social al proyecto y con pruebas suficientes mediante las cuales bancos

de prestigio certifiquen la buena posición financiera del ofertante). Los requisitos de calificación deben comprender todas las fases de un proyecto de infraestructura, es decir, la gestión de la financiación, la ingeniería, la construcción, la explotación y el mantenimiento, según proceda. Además, debe pedirse a los ofertantes que demuestren que pueden satisfacer los demás criterios de calificación que normalmente se aplicarían conforme a las leyes generales sobre contratación pública del país anfitrión<sup>5</sup>.

39. Un importante aspecto que debe tomar en consideración la autoridad contratante es la relación entre la adjudicación de un determinado proyecto y la política que lleve el gobierno en el sector pertinente (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 21 a 46). Cuando se fomenta la competencia, a la administración pública tal vez le interese evitar que el mercado o el sector pertinente esté dominado por una empresa (por ejemplo, que la misma empresa explote más de un cierto número limitado de compañías telefónicas locales en un determinado territorio). A fin de aplicar tal política y de evitar el dominio del mercado por parte de ofertantes a los que ya se haya adjudicado una concesión en un determinado sector de la economía, la autoridad contratante tal vez desee incorporar a los documentos de preselección para nuevas concesiones disposiciones que limiten la participación de tales ofertantes o que les sea adjudicada otra concesión. En aras de la transparencia, es conveniente que la ley disponga que cuando la autoridad contratante se reserve el derecho a rechazar una propuesta por tal motivo o por motivos similares, deba darse constancia de ello en la convocatoria a los procedimientos de preselección.

40. Los requisitos de calificación deben ser aplicables por igual a todos los ofertantes. La entidad contratante no debe imponer criterio, requisito o procedimiento alguno con respecto a las calificaciones de los ofertantes que no hayan sido especificadas en la documentación de preselección. Al examinar las calificaciones profesionales y técnicas de los consorcios ofertantes, la autoridad contratante debe tener en cuenta la especialización individual de los miembros del consorcio y determinar si sus calificaciones combinadas son suficientes para satisfacer las necesidades de todas las fases del proyecto.

### **3. Cuestiones relativas a la participación de consorcios ofertantes**

41. Dada la gran magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura, las empresas interesadas suelen participar en el proceso de selección a través de consorcios especialmente constituidos con ese fin. Por consiguiente, la información requerida de los miembros de los consorcios ofertantes debe referirse al consorcio en su totalidad y a sus distintos participantes. A efecto de facilitar el enlace con la autoridad contratante, puede ser útil pedir en los documentos de preselección que cada consorcio designe a uno de sus miembros como coordinador de todas las comunicaciones con la autoridad. Es aconsejable en general que la autoridad contratante exija que los miembros de los consorcios ofertantes presenten una declaración jurada en la que se comprometan a que, si se les adjudica el contrato, quedarán obligados solidariamente por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio dentro del acuerdo de proyecto. Otra posibilidad sería que la autoridad contratante se reservase el derecho a exigir en una etapa posterior que los miembros del consorcio seleccionado creen una entidad jurídica independiente para llevar a cabo el proyecto (véase además el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrs. 12 a 18).

42. Es también aconsejable que la autoridad contratante examine cuidadosamente la composición de los consorcios y sus compañías matrices. Puede ocurrir que una de ellas, directamente o mediante filiales, se una a más de un consorcio para presentar propuestas para el mismo proyecto. Esa situación no debe admitirse, ya que presenta el riesgo que se filtre información o de colusión entre consorcios que compiten, socavando así la credibilidad de los procedimientos de selección. Es, por lo tanto, aconsejable disponer en la convocatoria a los procedimientos de preselección que los distintos miembros de un consorcio calificado sólo podrán participar, directamente o mediante filiales, en una única oferta para un determinado proyecto. La violación de esta norma debe ser motivo de descalificación del consorcio y de las compañías que lo integren.

#### **4. Preselección y preferencias nacionales**

43. Las leyes de algunos países prevén algún tipo de trato preferente para las entidades nacionales o dan un trato especial a los ofertantes que se comprometan a utilizar productos nacionales o emplear mano de obra local. Ese trato preferente o especial se estipula a veces como requisito de calificación importante (por ejemplo, un porcentaje mínimo de participación nacional en el consorcio) o como condición para participar en el procedimiento de selección (por ejemplo, nombrar a un socio local cabeza del consorcio ofertante).

44. Las preferencias nacionales pueden dar lugar a diversas cuestiones. Primeramente, su uso no está permitido conforme a las directrices de algunas instituciones financieras internacionales y puede ser incompatible con obligaciones internacionales asumidas por muchos Estados en acuerdos regionales de integración económica o facilitación del comercio. Además, desde la perspectiva del país anfitrión, es además importante ponderar las ventajas previstas frente a la desventaja de privar a la autoridad contratante de la posibilidad de obtener mejores opciones para satisfacer las necesidades nacionales en materia de infraestructura. Es también importante no permitir un aislamiento total frente a la competencia extranjera, a fin de no perpetuar niveles inferiores de economía, eficiencia y competitividad de los sectores interesados de la industria nacional. Esta es la razón por la que muchos países que desean ofrecer algún incentivo a los proveedores nacionales, aprovechando al mismo tiempo la competencia internacional, no disponen una exclusión general de la participación extranjera ni requisitos de calificación restrictivos. Las preferencias nacionales pueden adoptar la forma de criterios de evaluación especiales que establezcan márgenes de preferencia para los ofertantes nacionales u ofertantes que se ofrezcan a adquirir suministros, servicios y productos en el mercado local. El margen de preferencia técnica, previsto en el apartado d) del párrafo 4) del artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, es más transparente que los criterios objetivos de calificación o evaluación. Además, permite a la autoridad contratante favorecer a los ofertantes nacionales que estén en condiciones de alcanzar niveles y precios internacionalmente competitivos sin excluir con ello toda competencia extranjera. Cuando se prevean diferencias nacionales, deben darse a conocer por adelantado, preferiblemente al convocarse a los procedimientos de preselección.

#### **5. Contribución a los gastos de participación en el proceso de selección**

45. El precio cobrado por los documentos de preselección debe reflejar únicamente los gastos de impresión de esos documentos y de su distribución entre los candidatos. No debe utilizarse para limitar el número de ofertantes. Esa práctica resulta ineficaz y contribuye al mismo tiempo a incrementar el costo ya de por sí alto de participación en el proceso de

preselección. Los elevados costos de preparación de propuestas para proyectos de infraestructura y los riesgos relativamente altos de que el proceso de selección no culmine con la adjudicación de un contrato puede inducir a algunas empresas a no unirse a un consorcio para presentar una oferta, particularmente cuando desconocen los procesos de selección seguidos en el país anfitrión.

46. Por consiguiente, algunos países permiten a la autoridad contratante prever arreglos para compensar a los ofertantes preseleccionados si el proyecto no puede prosperar por razones ajenas a su voluntad o para contribuir al reintegro de los gastos que hayan realizado después de la fase de preselección, cuando se justifique en un determinado caso por su complejidad y por la perspectiva de mejorar notablemente la calidad de la competencia. Cuando se prevea esa contribución o compensación, conviene avisar pronto a los posibles ofertantes, preferiblemente cuando se convoquen los procedimientos de preselección.

## **6. Procedimientos de preselección**

47. La autoridad contratante debe dar respuesta a toda solicitud de aclaración de la documentación de preselección que reciba de consorcios ofertantes con antelación razonable al vencimiento del plazo fijado para la presentación de solicitudes. La entidad contratante debe responder dentro de un plazo razonable que permita a los ofertantes presentar a tiempo sus solicitudes. La respuesta a toda solicitud que quepa razonablemente prever que será de interés para otros ofertantes debe comunicarse, sin revelar el autor de la petición, a todos los ofertantes a los que la autoridad contratante haya entregado la documentación de preselección.

48. En algunos países se anima a las autoridades adjudicadoras a limitar las propuestas seleccionables al número más bajo posible que sea suficiente para garantizar una competencia significativa (por ejemplo, tres o cuatro). Con ese fin, algunos países aplican una escala de evaluación de criterios técnicos, administrativos y financieros, teniendo en cuenta la naturaleza del proyecto. Los criterios cuantitativos de preselección resultan más fácilmente aplicables y transparentes que los criterios cualitativos, que entrañan la utilización de puntos meritorios. No obstante, al arbitrar un sistema de calificación cuantitativa, es importante evitar una limitación innecesaria de la discrecionalidad de la autoridad contratante a la hora de evaluar las calificaciones de los ofertantes. La entidad contratante tal vez necesite tener en cuenta además el hecho de que las directrices de algunas instituciones financieras multilaterales en materia de adquisiciones públicas prohíben la utilización de procedimientos de preselección orientados a limitar el número de ofertantes a un número predeterminado. En cualquier caso, si ha de utilizarse uno de esos sistemas de calificación, esa circunstancia debe expresarse claramente en los documentos de preselección.

49. Una vez concluida la fase de preselección, la autoridad contratante suele elaborar una breve lista con los nombres de los ofertantes preseleccionados a los que se solicitará ulteriormente que presenten ofertas. Las autoridades contratantes tienen que hacer frente a veces a un problema de orden práctico cuando se sugieren cambios en la composición de los consorcios ofertantes durante el proceso de selección. Desde el punto de vista de la autoridad contratante se aconseja en general prudencia ante las propuestas de sustitución de los miembros de los consorcios ofertantes una vez concluida la fase de preselección. Los cambios de composición de los consorcios pueden alterar sustancialmente la situación en que la autoridad contratante se basó para efectuar la selección previa de los consorcios ofertantes y pueden suscitar dudas sobre la integridad del proceso de selección. Debe cumplirse la regla general de que sólo puedan participar en la fase de selección los ofertantes preseleccionados, a menos que la autoridad contratante pueda cerciorarse de que el nuevo miembro de un

consorcio cumple los criterios de preselección prácticamente del mismo modo que el antiguo miembro del consorcio.

50. Aunque no hay que ponderar de nuevo en la fase de evaluación los criterios utilizados para preseleccionar los ofertantes, la autoridad contratante tal vez desee reservarse el derecho de solicitar, en cualquier etapa del proceso de selección, que los ofertantes vuelvan a demostrar sus calificaciones de conformidad con los mismos criterios utilizados para preseleccionarlos.

### **C. Procedimientos para solicitar propuestas**

51. En la presente sección se examinan los procedimientos para solicitar propuestas de los ofertantes preseleccionados. Los procedimientos aquí descritos son en varios aspectos análogos a los procedimientos para solicitar propuestas conforme al método preferido por los servicios de contratación previstos en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública, con algunas adaptaciones precisadas para satisfacer las necesidades de las autoridades contratantes que adjudican proyectos de infraestructura.

#### **1. Fases del procedimiento**

52. Tras la preselección de los ofertantes, es aconsejable que la autoridad contratante examine su estudio inicial de viabilidad y la definición de los requisitos en resultados exigidos y se plantee la eventual necesidad de revisar esos requisitos en función de la información obtenida durante el proceso de preselección. En esta fase, la autoridad contratante ya debe haber determinado si se utilizará un procedimiento en una o dos etapas para solicitar propuestas.

##### **a) Procedimiento en una sola etapa**

53. La decisión de optar por un procedimiento en una sola etapa o por otro en dos etapas para la solicitud de propuestas dependerá de la naturaleza del contrato, de hasta qué punto puedan definirse con precisión los requisitos técnicos y de si se utilizan los resultados en materia de producción (o indicadores de ejecución) para la selección del concesionario. Si se estima viable y deseable que la autoridad contratante formule indicadores de ejecución o especificaciones del proyecto con el grado necesario de precisión o finalidad, el proceso de selección puede estructurarse como un procedimiento en una sola etapa. En tal caso, una vez concluida la preselección de los ofertantes, la autoridad contratante procedería directamente a emitir una solicitud definitiva de propuestas (véanse los párrs. 59 a 72).

##### **b) Procedimiento en dos etapas**

54. Hay, sin embargo, casos en los que quizá no sea viable que la autoridad contratante formule su solicitud con especificaciones del proyecto o indicadores de ejecución suficientemente detallados y precisos para permitir que se formulen, evalúen y comparen uniformemente propuestas sobre la base de esas especificaciones y esos indicadores. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando la autoridad contratante no ha determinado el tipo de aporte técnico y material que sería adecuado para el proyecto de que se trate (por ejemplo, el tipo de material de construcción que se ha de utilizar en un puente). En esos casos, puede considerarse poco conveniente, desde el punto de vista de obtener la obra más valiosa, que la

autoridad contratante proceda sobre la base de especificaciones o indicadores elaborados sin haber mantenido conversaciones con los ofertantes en cuanto a las capacidades exactas y las posibles variaciones de lo que se ofrezca. Con ese fin la autoridad contratante tal vez desee dividir los procedimientos de selección en dos etapas y conceder cierto margen de flexibilidad para las conversaciones con los ofertantes.

55. Cuando el procedimiento de selección se divide en dos etapas, la solicitud inicial de propuestas suele invitar a los ofertantes a presentar propuestas relativas a unas especificaciones de producción y otras características del proyecto, así como a las condiciones contractuales propuestas. La invitación a formular ofertas permitiría a los ofertantes presentar sus propias soluciones para satisfacer la necesidad concreta en materia de infraestructura de conformidad con normas de servicio definidas. Las propuestas presentadas en esta etapa consistirán normalmente en soluciones sobre la base de un diseño conceptual o indicadores de ejecución, sin indicar elementos financieros como el precio o el nivel de remuneración esperados.

56. En la medida en que la autoridad contratante ya conoce las condiciones de los acuerdos contractuales, éstas deben incluirse en la solicitud de propuestas, posiblemente en forma de borrador del acuerdo de proyecto. Es importante conocer ciertas condiciones contractuales, como la asignación del riesgo prevista por la autoridad contratante, a fin de que los ofertantes formulen sus propuestas y examinen con los posibles prestamistas si el proyecto es financiable. La respuesta inicial a esas condiciones contractuales, en particular la asignación de riesgos prevista por la autoridad contratante, puede ayudar a ésta a evaluar la viabilidad del proyecto como se concibió originalmente. Sin embargo, es importante distinguir entre el procedimiento para solicitar propuestas y la negociación del contrato final, después de que el proyecto ha sido adjudicado. La finalidad de esta etapa inicial es permitir a la autoridad contratante que formule posteriormente su solicitud de manera que haga posible el desarrollo de una competencia final sobre la base de un único conjunto de parámetros. La invitación a formular propuestas iniciales en esta etapa no debe llevar a una negociación de las condiciones del contrato antes de su adjudicación definitiva.

57. A continuación, la autoridad contratante puede convocar una reunión de ofertantes para aclarar dudas sobre la solicitud de propuestas y la documentación adjunta. En la primera etapa, la autoridad contratante puede emprender conversaciones con cualquier ofertante sobre un determinado aspecto de su propuesta. La autoridad contratante debe tratar las propuestas de modo que no se revele su contenido a los ofertantes rivales. Es preciso que las conversaciones sean confidenciales y que ninguna de las partes revele a un tercero información técnica, financiera o de otra índole sobre las conversaciones sin el consentimiento de la otra parte.

58. Tras esas conversaciones, la autoridad contratante debe examinar y, en su caso, revisar las especificaciones iniciales de resultados. Al formular las especificaciones revisadas, la autoridad debe poder suprimir o modificar cualquier aspecto de las características técnicas o de calidad del proyecto inicialmente enunciadas en la solicitud de propuestas, así como cualquier criterio inicialmente especificado en esos documentos para evaluar y comparar propuestas. Toda supresión, modificación o adición debe comunicarse a los ofertantes en la invitación a presentar propuestas finales. Los ofertantes que no deseen presentar propuestas finales deben poder retirarse del procedimiento de selección sin perder ninguna garantía que hayan tenido que aportar.

## 2. Contenido de la solicitud de propuestas definitivas

59. En la etapa final, la autoridad contratante debe invitar a los ofertantes a que presenten propuestas definitivas con respecto a las especificaciones del proyecto, los indicadores de ejecución y las condiciones contractuales revisadas. La solicitud de propuestas ha de contener en general toda la información necesaria que proporcione una base para permitir a los ofertantes presentar propuestas que satisfagan las necesidades de la autoridad contratante y que ésta pueda comparar de manera objetiva y equitativa.

### a) Información general para los ofertantes

60. La información general para los ofertantes debe abarcar, según corresponda, los conceptos que de ordinario se incluyen en los documentos de solicitud o en las solicitudes de propuestas para la adquisición de bienes, obras y servicios<sup>6</sup>. Es particularmente importante la revelación de los criterios que utilizará la autoridad contratante para determinar cuál es la propuesta vencedora, así como el peso relativo de esos criterios (véanse los párrafos. 73 a 77).

#### i) Información sobre estudios de viabilidad

61. Es aconsejable incluir en la información general dada a los ofertantes instrucciones para la preparación de los estudios de viabilidad que puedan tener que presentar junto con sus propuestas finales. Esos estudios de viabilidad suelen abarcar, por ejemplo, los siguientes aspectos:

a) *La viabilidad comercial*: particularmente en proyectos financiados con garantías limitadas o nulas, es esencial establecer la necesidad de resultados del proyecto y evaluar y proyectar esas necesidades sobre todo el período de duración propuesto del proyecto, incluida la demanda prevista (por ejemplo, las previsiones de tráfico para las carreteras) y la determinación de precios (por ejemplo, los peajes);

b) *El diseño de ingeniería y la viabilidad operativa*: debe pedirse a los ofertantes que demuestren la idoneidad de la tecnología que propongan, incluidos el equipo y los procesos, teniendo en cuenta las condiciones nacionales, locales y ecológicas, la probabilidad de que se logren los resultados planeados y la idoneidad de los métodos y calendarios de construcción. En ese estudio deben definirse también la organización, los métodos y los procedimientos propuestos para la explotación y el mantenimiento de la instalación, una vez construida;

c) *La viabilidad financiera*: debe pedirse a los ofertantes que indiquen las fuentes propuestas de financiación para las fases de construcción y explotación, incluidos el capital de la deuda y la inversión en capital social. Si bien en la mayoría de los casos el préstamo y los demás arreglos de financiación no se ejecutan hasta después de la firma del acuerdo sobre el proyecto, debe pedirse a los ofertantes que presenten suficientes pruebas de que los proveedores de fondos están dispuestos a proporcionar la financiación especificada. En algunos países, se pide asimismo a los ofertantes que indiquen la tasa interna prevista de beneficios en relación con el costo efectivo del capital derivado de los arreglos financieros propuestos. Con esta información, se espera que la autoridad contratante estará en condiciones de juzgar si los precios y tarifas propuestos que cobrará el concesionario y sus posibles incrementos posteriores son razonables y asequibles;

d) *El impacto ecológico*: en ese estudio deben determinarse los posibles efectos negativos o adversos del proyecto para el medio ambiente, indicando las medidas correctivas que será preciso adoptar para asegurar el cumplimiento de las normas ecológicas aplicables.

En el estudio deben tenerse en cuenta, en su caso, las normas ecológicas pertinentes de las instituciones financieras internacionales y de las autoridades nacionales, provinciales y locales.

ii) *Información sobre garantías de las ofertas*

62. Es aconsejable que en la solicitud de propuestas se indiquen los requisitos de la autoridad contratante con respecto al emisor, la forma, el importe y otras condiciones principales de la garantía de las ofertas que los ofertantes puedan tener que presentar para cubrir las pérdidas en caso de que se retiren las propuestas o de que el consorcio seleccionado no concierte un acuerdo sobre el proyecto. A efectos de asegurar un trato equitativo para todos los ofertantes, los requisitos que se refieran directa o indirectamente a la conducta del ofertante que presente la propuesta no deben referirse a más aspectos que: la retirada o la modificación de la propuesta después del plazo para su presentación o antes del plazo, si así se estipuló en la solicitud de propuestas; falta de acuerdo financiero final; omisión en firmar el acuerdo de proyecto cuando la autoridad contratante lo pida; y omisión en proporcionar una garantía solicitada de cumplimiento del acuerdo de proyecto después de aceptada la propuesta o en el cumplimiento de cualquier otra condición previa a la firma especificada en la solicitud de propuestas. Deben preverse salvaguardias para velar por que sólo se impone un requisito de garantía de la oferta equitativamente y con el fin perseguido<sup>7</sup>.

iii) *Calificación de los ofertantes*

63. Cuando no haya habido preselección de ofertantes antes de la solicitud de propuestas o cuando la autoridad contratante conserve el derecho a solicitar a los ofertantes que demuestren de nuevo sus calificaciones, en la solicitud de propuestas debe especificarse la información que deben proporcionar los ofertantes para corroborar sus calificaciones (véanse los párrafos 38 a 40).

**b) Especificaciones del proyecto e indicadores de ejecución**

64. El grado en que se detallan las especificaciones, así como el adecuado equilibrio entre los elementos de aporte y producto, estará influido por consideraciones de aspectos como el tipo y la titularidad de la infraestructura y la asignación de responsabilidades entre los sectores público y privado (véanse los párrafos 21 y 22). Es generalmente aconsejable que la autoridad contratante tenga presentes esas necesidades a largo plazo del proyecto y formule sus especificaciones de manera que le permitan obtener información suficiente para seleccionar al ofertante que ofrezca la más alta calidad de los servicios en las mejores condiciones económicas. Tal vez la autoridad contratante considere útil formular las especificaciones del proyecto de manera que definan adecuadamente la ejecución y los resultados requeridos sin ser demasiado prescriptivas sobre la manera como éstos deben alcanzarse. Las especificaciones del proyecto y los indicadores de ejecución abarcan comúnmente elementos como los siguientes:

a) *Una descripción del proyecto y de los resultados previstos.* Cuando los servicios requieran edificios concretos, como una terminal de transporte o un aeropuerto, la autoridad contratante tal vez no desee proporcionar más que conceptos generales de planificación para la división del emplazamiento, como zonas de utilización a título ilustrativo, en lugar de planes que indiquen la planta de cada edificio, como sería el caso normalmente en la contratación tradicional de servicios de construcción. No obstante, cuando a juicio de la autoridad contratante sea esencial que los ofertantes presenten especificaciones técnicas detalladas, en la solicitud de propuestas debería figurar, al menos, la siguiente información: una descripción

de las obras y de los servicios que se han de realizar con inclusión de especificaciones técnicas, planes, dibujos y diseños; el calendario para la ejecución de las obras y la prestación de los servicios; los requisitos técnicos para la explotación y el mantenimiento de la instalación;

b) *Normas mínimas aplicables de diseño y rendimiento, incluidas normas apropiadas sobre el medio ambiente.* Las normas de ejecución se suelen formular en términos de la cantidad y la calidad deseados de la producción de la instalación. Las propuestas que se aparten de las normas de ejecución pertinentes deben considerarse inadecuadas;

c) *La calidad de los servicios.* Para los proyectos en que se presten servicios públicos, en los indicadores de ejecución debe incluirse una descripción de los servicios y de las normas de calidad pertinentes por las que se guiará la autoridad contratante al evaluar las propuestas. Cuando proceda, debe hacerse referencia a toda obligación general de los proveedores de servicios públicos con respecto a la expansión o la continuidad del servicio para atender la demanda de la comunidad o territorio abarcados, garantizar a los usuarios la disponibilidad de servicios sin discriminaciones a la red de infraestructuras públicas que explote el concesionario, de acuerdo con las cláusulas y condiciones del acuerdo de proyecto (véase el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrs. 82 a 93).

65. Debe requerirse a los ofertantes que proporcionen la información necesaria a fin de que la autoridad contratante pueda evaluar el fundamento técnico de las propuestas, su viabilidad operativa y su adecuación a las normas de calidad y a los requisitos técnicos y además la siguiente información:

- a) El diseño de ingeniería preliminar, incluido el calendario de trabajo propuesto;
- b) El costo del proyecto, incluidos los gastos necesarios de explotación y mantenimiento y el plan de financiación (aportación de capital propuesta, deuda);
- c) La organización, los métodos y los procedimientos propuestos para la explotación y el mantenimiento del proyecto objeto de licitación;
- d) Una descripción de la calidad de los servicios.

66. Cada uno de los indicadores de ejecución antes indicados puede hacer preciso que los ofertantes presenten información adicional, según el proyecto que se adjudique. Por ejemplo, para la adjudicación de una concesión de distribución de electricidad en una determinada región, pueden contener normas técnicas mínimas como: a) fluctuación del voltaje (y de la frecuencia) específica por lo que se refiere al consumidor; b) duración de las interrupciones del servicio (expresada en horas por año); c) frecuencia de las interrupciones (expresada en un número por año); d) pérdidas; e) días necesarios para conectar a un nuevo cliente; f) normas comerciales para la relación con el consumidor (por ejemplo, días acordados para pagar las facturas; para volver a conectar instalaciones; para responder a reclamaciones de los consumidores).

### c) **Condiciones contractuales**

67. Es aconsejable que los documentos de licitación contengan alguna indicación sobre cómo la autoridad contratante prevé asignar los riesgos del proyecto (véanse también los capítulos II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, y IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”). Esto es importante para fijar los términos del debate de las negociaciones sobre ciertos detalles del acuerdo de proyecto (véanse los párrafos 83 y 84). Si se deja totalmente abierta la asignación de riesgos, es probable que los ofertantes reaccionen tratando de minimizar los riesgos que aceptan, lo que puede frustrar el propósito de buscar inversiones

privadas para desarrollar el proyecto. Además, la solicitud de propuestas debe contener información sobre los elementos esenciales de los arreglos contractuales previstos por la autoridad contratante, como:

- a) La duración de la concesión o invitaciones para que los ofertantes presenten propuestas sobre la duración de la concesión;
- b) Fórmula e índices que se utilizarán en los ajustes de los precios;
- c) Respaldo público e incentivos para las inversiones, si los hay;
- d) Caucciones requeridas;
- e) Requisitos de las entidades reguladoras, si los hay;
- f) Normas y reglamentos monetarios que rigen las remesas de divisas;
- g) Sistemas de reparto de los ingresos, si los hay;
- h) Indicación de las categorías de bienes que el concesionario estará obligado a transferir a la autoridad contratante o a poner a disposición de un concesionario sucesor al final del período de duración del proyecto;
- i) Cuando se elija a un nuevo concesionario para explotar una infraestructura ya existente, una descripción de los activos y propiedades que se pondrán a su disposición;
- j) Las otras posibles fuentes de ingresos, complementarias o secundarias (por ejemplo, concesiones para la explotación de la infraestructura existente), de haberlas, que puedan ofrecerse al ofertante elegido.

68. Debe requerirse a los ofertantes que proporcionen la información necesaria para que la autoridad contratante pueda evaluar los elementos financieros y comerciales de las propuestas y determinar si se ajustan a las condiciones contractuales propuestas. Normalmente, las propuestas financieras deben contener la siguiente información:

- a) Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistirán principalmente en peajes, tasas u otros pagos de los clientes o usuarios de la infraestructura, la propuesta financiera debe indicar la estructura de precios propuesta. Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistan principalmente en pagos efectuados por la autoridad contratante u otra autoridad pública para amortizar la inversión del concesionario, la propuesta financiera tiene que indicar los pagos de amortización propuestos y el período de reembolso de la deuda;
- b) El valor actualizado de los precios o de los pagos directos propuestos, basado en la tasa de descuento y el tipo de cambio de las divisas prescrito en los documentos de oferta;
- c) Si se estima que el proyecto requerirá respaldo financiero público, el nivel de tal apoyo, incluida, en su caso, la subvención o la garantía que se espera de la administración pública o de la autoridad contratante;
- d) La dimensión de los riesgos asumidos por los ofertantes durante la fase de construcción y explotación, incluidos los acontecimientos no previstos, los seguros, la inversión de capital social y otras garantías contra esos riesgos.

69. A fin de limitar y determinar claramente el alcance de las negociaciones que se desarrollarán tras la evaluación de las propuestas (véanse los párrs. 83 y 84), la solicitud de propuestas definitiva debe indicar cuáles son las condiciones del acuerdo de proyecto que se estiman no negociables.

70. Es conveniente que la autoridad contratante exija que las propuestas definitivas presentadas por los ofertantes contengan pruebas de la conformidad de los principales prestamistas del ofertante respecto de las condiciones comerciales y la asignación de riesgos propuestas, esbozadas en la solicitud de propuestas. Ese requisito puede desempeñar un papel útil para resistir las presiones tendientes a reabrir las condiciones comerciales en la etapa de las negociaciones finales. En algunos países, se requiere de los ofertantes que rubriquen y devuelvan a la autoridad contratante el borrador de acuerdo de proyecto junto con sus propuestas definitivas como confirmación de que aceptan todas las condiciones respecto de las cuales no hayan propuesto modificaciones concretas.

### **3. Aclaraciones y modificaciones**

71. El derecho de la autoridad contratante a modificar la solicitud de propuestas es importante para que pueda obtener lo necesario para atender sus necesidades. Por lo tanto, es aconsejable autorizar a la autoridad contratante a que, por iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración por parte de un ofertante, modifique la solicitud de propuestas publicando un suplemento antes de que finalice el plazo para la presentación de propuestas. Sin embargo, si se hacen enmiendas que obliguen a los ofertantes a dedicar más tiempo a la preparación de sus propuestas, deberá concedérseles ese tiempo prorrogando en consecuencia el plazo para la presentación de propuestas.

72. Por regla general, la autoridad contratante debe comunicar sin demora a todos los ofertantes a los que hizo llegar la solicitud de propuestas todas las aclaraciones, las preguntas que dieron lugar a las aclaraciones y las modificaciones. Si la autoridad adjudicadora convoca una reunión de ofertantes, deberá preparar actas de la reunión en que figuren las peticiones de aclaración de la solicitud de propuestas que se hayan presentado en la reunión, así como las respuestas que haya dado, y enviar copias de las actas a los ofertantes.

### **4. Criterios de evaluación**

73. El comité adjudicador debe calificar los elementos técnicos y financieros de cada propuesta de acuerdo con los sistemas de puntuación anteriormente divulgados para los criterios técnicos de evaluación y precisar por escrito las razones de la calificación. En general, es importante que la autoridad contratante consiga un equilibrio adecuado entre los criterios de evaluación referentes a la inversión física (por ejemplo, las obras en construcción) y los relacionados con la explotación y el mantenimiento de la infraestructura y la calidad de los servicios que ha de prestar el concesionario. Debe hacerse suficiente hincapié en las necesidades a largo plazo de la autoridad contratante, en particular la necesidad de garantizar la prestación permanente del servicio al nivel de calidad y seguridad requerido.

#### **a) Evaluación de aspectos técnicos de las propuestas**

74. Los criterios técnicos de evaluación están concebidos para facilitar la valoración de la viabilidad técnica, operativa, ecológica y financiera de la propuesta en relación con las especificaciones, los indicadores y los requisitos prescritos en los documentos de licitación. En la medida en que sea practicable, los criterios técnicos aplicados por la autoridad contratante deben ser objetivos y cuantificables, para que se puedan evaluar objetivamente las propuestas y compararse sobre una base común. Esto reduce el margen para las decisiones discrecionales o arbitrarias. Los reglamentos que rijan el proceso de selección deben pormenorizar cómo han de formularse y aplicarse esos factores. Las propuestas técnicas para

los proyectos de infraestructura con financiación privada se evalúan normalmente con arreglo a los siguientes criterios:

a) *Solidez técnica*. Si la autoridad contratante ha determinado un diseño mínimo de ingeniería y especificaciones o normas de ejecución, el diseño básico del proyecto debe ajustarse a esas especificaciones o normas. Ha de requerirse a los ofertantes que demuestren la solidez de los métodos y programas de construcción propuestos;

b) *Viabilidad operativa*. La organización, los métodos y los procedimientos propuestos para explotar y mantener la instalación terminada deben estar bien definidos, han de ajustarse a las normas de ejecución prescritas y hay que demostrar que son funcionales;

c) *Calidad de los servicios*. Los criterios de evaluación utilizados por la autoridad contratante deben abarcar un análisis de la manera en que los ofertantes se comprometen a mantener y ampliar el servicio, incluidas las garantías ofrecidas para asegurar su continuidad;

d) *Normas ecológicas*. El diseño y la tecnología propuestos del proyecto que se han de utilizar en el proyecto han de estar de acuerdo con las normas ecológicas expuestas en la solicitud de propuestas. Hay que precisar debidamente todo efecto negativo o adverso sobre el medio ambiente que resulte del proyecto propuesto por los ofertantes, incluidas las medidas de corrección o moderación correspondientes;

e) *Incentivos financieros*. Otras condiciones que el autor del proyecto pueda ofrecer para hacer más atractivas las propuestas, como un reparto de utilidades con la autoridad contratante, menos garantías públicas o la reducción del nivel de respaldo del Gobierno;

f) *Potencial de desarrollo social y económico*. Conforme a este criterio, la autoridad contratante puede tener en cuenta el potencial de desarrollo social y económico ofrecido por los ofertantes, incluidos los beneficios para empresas y grupos de personas desfavorecidos, la inversión nacional u otra actividad comercial, el fomento del empleo, la reserva de cierta cantidad de producción para proveedores nacionales, la transferencia de tecnología y la promoción de los conocimientos de gestión, científicos y operativos;

g) *Calificación de los ofertantes*. Cuando la autoridad contratante no haya efectuado un proceso de preselección antes de solicitar propuestas, no deberá aceptar propuestas de ofertantes no cualificados.

## **b) Evaluación de aspectos financieros y comerciales de las propuestas**

75. Además de los criterios para la evaluación técnica de las propuestas, la autoridad contratante necesita definir criterios para evaluar y comparar las propuestas financieras. Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistan principalmente en peajes, tasas u otros pagos de los clientes o usuarios de la infraestructura, la evaluación y la comparación de los elementos financieros de las propuestas definitivas se suelen basar en el valor actualizado de los peajes, tasas, arriendos y otros pagos propuestos durante el período de concesión conforme al diseño mínimo y las normas de ejecución prescritos. Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistan principalmente en pagos de la autoridad contratante para amortizar la inversión del concesionario, la evaluación y la comparación de los elementos financieros de las propuestas definitivas se basan normalmente en el valor actualizado del calendario de pagos de amortización propuesto para que la instalación se construya conforme al diseño mínimo y las normas de ejecución, planes y especificaciones prescritos.

76. No obstante, la evaluación por la autoridad contratante de los elementos financieros de las propuestas definitivas no debe limitarse a una comparación de los precios unitarios ofrecidos para la producción prevista. A fin de ponderar adecuadamente la viabilidad financiera de las propuestas y la probabilidad de posteriores aumentos de los precios propuestos, puede que hayan de tenerse en cuenta otros criterios más, como los costos de las actividades de diseño y construcción; los costos anuales de explotación y mantenimiento; el valor actualizado de los costos de capital y de explotación; y la cuantía de la subvención, de haberla, que se espera recibir del Gobierno. La autoridad contratante debe estudiar si el plan de financiación propuesto, incluida la proporción propuesta entre inversión en capital social y deuda es adecuada para cubrir los gastos de construcción, explotación y mantenimiento del proyecto.

77. Al establecer los criterios para la evaluación de las propuestas financieras, es importante que la autoridad contratante examine cuidadosamente la importancia relativa como criterio de evaluación del precio unitario propuesto de la producción prevista. Aunque el precio unitario es un factor importante para cerciorarse de la objetividad y la transparencia de la elección entre propuestas igualmente satisfactorias, es necesario observar que la noción de “precio” no tiene comúnmente el mismo valor para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada que en la contratación de bienes y servicios. En realidad, la remuneración del concesionario es a menudo el resultado combinado de las tasas pagadas por los usuarios, las fuentes secundarias de ingresos y las subvenciones o pagos directos de la entidad pública que adjudica el contrato. En consecuencia, si bien el precio unitario de la producción prevista conserva su papel como elemento importante para comparar las propuestas, no siempre se considera el factor más importante.

## **5. Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas**

78. Debe requerirse que las propuestas se presenten por escrito, firmadas y en sobre sellado. Las propuestas recibidas por la autoridad contratante después de vencido el plazo para la presentación no han de ser abiertas y deben devolverse al ofertante que las presentó. Con la finalidad de garantizar la transparencia, las leyes nacionales prescriben a menudo procedimientos formales para la apertura de las propuestas, por lo común en un momento anteriormente especificado en la solicitud de propuestas, y exigen que la autoridad contratante permita a los ofertantes que hayan presentado propuestas, o a sus representantes, asistir a la apertura de las propuestas. Ese requisito contribuye a reducir al mínimo el riesgo de que las propuestas puedan ser modificadas o que de otro modo se manipulen, y representa una importante garantía de la integridad de los procedimientos.

79. Dada la complejidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada y la diversidad de los criterios de evaluación normalmente aplicados en la adjudicación del proyecto, puede ser aconsejable que la autoridad contratante aplique un proceso de evaluación en dos etapas en el que los criterios no financieros se tomen en consideración independientemente de los criterios financieros, y quizá antes que éstos, a fin de evitar situaciones en que pudiera darse un peso excesivo a ciertos elementos de los criterios financieros (como el precio unitario) en detrimento de los criterios no financieros.

80. Con ese fin, en algunos países se pide a los ofertantes que formulen y presenten sus propuestas técnicas y financieras en dos sobres distintos. El sistema de los dos sobres se utiliza alguna vez porque permite a la autoridad contratante evaluar la calidad técnica de las propuestas sin verse influenciada por sus componentes financieros. Sin embargo, se ha criticado el método como contrario al objetivo de hacer economías en la adjudicación de

contratos públicos. En particular se ha dicho que constituye un riesgo el que, al seleccionar inicialmente las propuestas sólo sobre la base del mérito técnico y sin hacer referencia al precio, una autoridad contratante puede sentirse tentada a escoger, al abrir el primer sobre, propuestas que ofrezcan obras técnicamente superiores y rechazar propuestas con soluciones menos perfeccionadas que satisfacen no obstante las necesidades de la autoridad contratante a un costo general inferior. Las instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial, no aceptan el sistema de los dos sobres para los proyectos que financian, por la preocupación de que el sistema da lugar a un nivel más elevado de discrecionalidad en la evaluación de las propuestas y hace más difícil compararlas de manera objetiva.

81. Como solución alternativa a la utilización del sistema de los dos sobres, las autoridades contratantes pueden pedir que las propuestas tanto técnicas como financieras figuren en una única propuesta, pero estructurar su evaluación en dos etapas, como en el procedimiento de evaluación previsto en el artículo 42 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. En una primera etapa, la autoridad contratante fija normalmente un umbral con respecto a la calidad y los aspectos técnicos que han de quedar reflejados en las propuestas técnicas, de conformidad con los criterios enunciados en la solicitud de propuestas, y califica cada propuesta de conformidad con esos criterios y el peso relativo y la manera de aplicar esos criterios expuestos en la solicitud de propuestas. La autoridad contratante compara entonces las propuestas financieras y comerciales que han alcanzado una calificación a la altura o por encima de ese umbral. Cuando las propuestas técnicas y financieras hayan de evaluarse consecutivamente, la autoridad contratante debe primeramente averiguar si las propuestas técnicas se atienen en principio a la solicitud de propuestas (por ejemplo, si se refieren a todos los conceptos a los que se pide que se ajusten las propuestas técnicas). Deben rechazarse en esta etapa las propuestas incompletas, así como las que se aparten de la solicitud de propuestas. Aunque la autoridad contratante puede pedir a los ofertantes aclaraciones sobre sus propuestas, no deben buscarse, ofrecerse ni permitirse cambios en un aspecto sustancial de la propuesta, incluidos los que tienden a hacer que una propuesta inadecuada resulte adecuada.

82. Además de decidir si se utiliza el sistema de los dos sobres o el de evaluación en dos etapas, es importante que la autoridad contratante revele el peso relativo que se asignará a cada criterio de evaluación y la manera como se aplicará en la evaluación de las propuestas. Cabe utilizar dos enfoques posibles para alcanzar un equilibrio adecuado entre los aspectos financieros y técnicos de las propuestas. Un enfoque posible es considerar más ventajosa la propuesta que obtiene la calificación combinada más alta respecto de los criterios de evaluación referentes al precio y los de otro orden. Otra posibilidad es que el precio propuesto de la producción (por ejemplo, el precio del agua o de la electricidad, la cuantía de los peajes) sea el factor decisivo para determinar la propuesta vencedora entre las adecuadas (es decir, las que han pasado el umbral con respecto a la calidad de los aspectos técnicos). En cualquier caso, a fin de promover la transparencia del proceso de selección y evitar un uso impropio de los criterios de evaluación distintos del precio, es aconsejable pedir al comité de adjudicación que especifique por escrito las razones para seleccionar una propuesta distinta de la que ofrezca el precio unitario inferior de la producción.

## **6. Negociaciones finales y adjudicación del proyecto**

83. La autoridad contratante debe clasificar todas las propuestas conformes sobre la base de los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas y convocar a una negociación final de ciertos elementos del acuerdo de proyecto al ofertante que haya obtenido la calificación más alta. Las negociaciones finales deben circunscribirse a fijar los últimos detalles de la documentación de la transacción y satisfacer las peticiones razonables de los

prestamistas del ofertante elegido. Un problema particular que se plantea a las autoridades contratantes es el peligro de que en las negociaciones con el ofertante seleccionado se produzcan presiones para enmendar, en detrimento de la administración pública o de los consumidores, el precio o el reparto de riesgos inicialmente previstos en la propuesta. No deben permitirse cambios de los elementos esenciales de la propuesta, ya que pueden desvirtuar los parámetros conforme a los cuales se presentaron y calificaron las propuestas. Así pues, las negociaciones que se lleven a cabo en esta etapa no pueden versar sobre las condiciones del contrato que en la solicitud final de propuestas no se consideraban negociables (véase el párrafo 69). El riesgo de reabrir las condiciones comerciales en esta etapa tardía podría reducirse aún más insistiendo en que los prestamistas del ofertante seleccionado manifestasen su conformidad con la asignación de riesgos contenida en su oferta en una etapa en la que hubiese competencia entre ofertantes (véase el párrafo 70). Los asesores financieros de la autoridad contratante podrían contribuir a este proceso avisando si las propuestas de los ofertantes son realistas y qué niveles de compromiso financiero son apropiados para cada etapa. El proceso de concertación de un acuerdo financiero puede durar mucho tiempo.

84. La autoridad contratante debe informar a los demás ofertantes con propuestas conformes que podrán ser convocados a negociaciones si las negociaciones con el ofertante mejor calificado no culminan con un acuerdo sobre el proyecto. Si la autoridad contratante se percata de que las negociaciones con el ofertante invitado no prosperarán ni darán lugar a un acuerdo de proyecto, la autoridad debe informar a ese ofertante de que pone fin a las negociaciones y proceder a invitar a negociaciones al siguiente ofertante con la mejor calificación hasta que llegue a un acuerdo sobre el proyecto o rechace todas las propuestas restantes. A fin de evitar la posibilidad de abuso y de demoras innecesarias, la entidad contratante no debe reemprender negociaciones con un ofertante ya descartado.

#### **D. Negociaciones directas**

85. En la tradición jurídica de ciertos países, los proyectos de infraestructura con financiación privada entrañan la delegación por la autoridad contratante del derecho y el deber de prestar un servicio público. Como tales, están sujetos a un régimen jurídico especial que difiere en muchos aspectos del que se aplica en general a la adjudicación de contratos públicos para la adquisición de bienes, obras o servicios.

86. Dada la naturaleza muy particular de los servicios requeridos (por ejemplo, complejidad, cuantía de las inversiones y momento de terminación), los procedimientos utilizados hacen hincapié en la libertad de la autoridad contratante para elegir al operador que más se adecúe a sus necesidades, en lo que se refiere a la calificación profesional, la fortaleza financiera, la capacidad de asegurar la continuidad del servicio, la igualdad de tratamiento de los usuarios o la calidad de la propuesta. En contraste con los procedimientos de selección competitiva a que se recurre generalmente para la adjudicación de contratos públicos, que a veces pueden parecer excesivamente rígidos, la selección por negociación directa se caracteriza por un alto grado de flexibilidad en cuanto a los procedimientos empleados y la discrecionalidad por parte de la autoridad contratante. Sin embargo, libertad de negociación no significa elección arbitraria y las leyes de esos países prevén procedimientos para garantizar la transparencia y la equidad en el curso del proceso de selección.

87. En los países, en que en circunstancias normales la licitación es la regla para la adjudicación de contratos públicos de bienes, obras y servicios, la directrices dadas a las autoridades adjudicadoras aconsejan recurrir siempre que sea posible a negociaciones directas

para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. La razón por la cual en esos países se fomentan las negociaciones es la siguiente: al negociar con los ofertantes, la administración pública no está obligada a cumplir requisitos o especificaciones rígidas previamente determinados y tiene más flexibilidad para aprovechar las propuestas innovadoras o de otra índole que presenten los ofertantes durante el proceso de selección, así como para modificar y ajustar sus propios requisitos en caso de que durante las negociaciones se formulen opciones de mayor interés para atender las necesidades de infraestructura.

88. En general, las negociaciones directas ofrecen un alto grado de flexibilidad que algunos países consideran beneficioso a la hora de seleccionar el concesionario. En combinación con medidas apropiadas para garantizar transparencia, integridad y equidad, las negociaciones directas llevadas a cabo en esos países han dado buenos resultados. Sin embargo, las negociaciones directas pueden tener una serie de desventajas que pueden restarles idoneidad como métodos principales de selección en algunos países. Dado el alto grado de flexibilidad y discrecionalidad que se concede a la autoridad contratante, las negociaciones directas requieren personal altamente especializado y con experiencia suficiente en la negociación de proyectos complejos. También requieren un equipo de negociación bien estructurado, claras competencias y un alto nivel de coordinación y cooperación entre todas las oficinas pertinentes. Así pues, las negociaciones directas para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada tal vez no representen una opción viable para los países que tradicionalmente no recurren a esos métodos para la adjudicación de grandes contratos estatales. Otro inconveniente de las negociaciones directas es que no siempre garantizan el nivel de transparencia y objetividad que puede lograrse con métodos competitivos más estructurados. En algunos países puede preocupar la posibilidad de que el mayor grado de discrecionalidad en las negociaciones directas entrañe mayores riesgos de prácticas abusivas o de corrupción. A la luz de lo antes expuesto, el país anfitrión tal vez desee prescribir la utilización de procedimientos de selección competitiva como norma para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada y reservar las negociaciones directas sólo para casos excepcionales.

#### **1. Circunstancias en que puede recurrirse a las negociaciones directas**

89. Por razones de transparencia y para garantizar la disciplina en la adjudicación de proyectos, puede resultar generalmente conveniente que la legislación defina las circunstancias en que la autoridad contratante puede ser autorizada a seleccionar el concesionario mediante negociaciones directas. Esas circunstancias pueden ser las siguientes:

- a) Cuando haya urgente necesidad de prestar el servicio de inmediato y cuando no resulte práctico iniciar un procedimiento competitivo de selección competitiva, siempre y cuando la autoridad contratante no haya podido prever las circunstancias que dieron lugar a la urgencia y esas circunstancias no sean fruto de su propia conducta dilatoria. Esa autorización excepcional puede necesitarse, por ejemplo en casos de interrupción en la prestación de un servicio dado o cuando un concesionario deja de prestar el servicio conforme a normas aceptables o cuando la autoridad contratante rescinde el acuerdo de proyecto en circunstancias en que emprender un procedimiento de selección competitiva sería poco práctico en vista de la necesidad urgente de asegurar la continuidad del servicio;
- b) En el caso de proyectos de corta duración y con una inversión inicial prevista cuyo valor no exceda de una suma baja especificada;
- c) Motivos de defensa o seguridad nacional;

d) Casos en los que hay una única fuente capaz de proporcionar el servicio requerido (por ejemplo, porque sólo puede ser suministrado mediante uso de tecnología patentada o *know-how* exclusivo);

e) Cuando se haya publicado una convocatoria a procedimientos de preselección o una solicitud de propuestas pero no se hayan recibido candidaturas ni propuestas o cuando se hayan rechazado todas las propuestas, y cuando, a juicio de la autoridad contratante, sea improbable que con una nueva solicitud de propuestas se llegue a adjudicar el proyecto. No obstante, a fin de reducir el riesgo de abusos al cambiar de método de selección, sólo debe autorizarse a la autoridad contratante a recurrir a negociaciones directas cuando esta posibilidad esté expresamente prevista en la solicitud inicial de propuestas.

## **2. Medidas para aumentar la transparencia de las negociaciones directas**

90. Los procedimientos que habrán de seguirse en el proceso de negociación para la adjudicación de un contrato se suelen caracterizar por un grado de flexibilidad más elevado que los procedimientos que han de seguirse en los demás métodos de contratación. Hay pocas reglas y procedimientos que se ocupen de la negociación y concertación de un contrato entre las partes. En algunos países, las leyes sobre la contratación pública otorgan a las autoridades contratantes una libertad prácticamente total para que dirijan las negociaciones como juzgen oportuno. Las leyes de otros países señalan un marco de procedimientos para esa negociación con la finalidad de asegurar la equidad y objetividad y fomentar la competencia alentando la participación de un mayor número de ofertantes. Las disposiciones relativas al procedimiento de selección por vía de negociación se ocupan de diversas cuestiones que más adelante se examinan, en particular los requisitos para la aprobación de la decisión de la entidad contratante de seleccionar al concesionario por vía de negociación, la selección de las partes en la negociación, los criterios que se han de utilizar para comparar y evaluar las ofertas y la elaboración de un expediente de los procedimientos de selección.

### **a) Aprobación**

91. En muchos países se impone como requisito previo que la entidad contratante obtenga la aprobación de una autoridad superior para poder recurrir a la negociación con miras a la selección de los ofertantes. Tales disposiciones suelen exigir que esa aprobación sea solicitada por escrito y que se indiquen en la solicitud los motivos que obligan a recurrir a la negociación. Los requisitos tratan, en particular, de conseguir que sólo se recurra al método de selección en circunstancias apropiadas.

### **b) Selección de las partes en la negociación**

92. A fin de que el proceso de negociación sea lo más competitivo posible, es aconsejable exigir a la entidad contratante que entable negociaciones con el mayor número posible de empresas que considere aptas para el proyecto, dadas las circunstancias. Aparte de esa disposición genérica, las normas jurídicas de algunos países no especifican la cifra mínima de contratistas o proveedores con los que ha de negociar la entidad contratante. En las leyes de algunos otros países se exige, sin embargo, que la entidad contratante negocie, cuando sea posible, con un número mínimo de contratistas o proveedores (por ejemplo, tres) o que solicite al menos la presentación de sus ofertas. Podrá permitirse que la entidad adjudicadora negocie con un número menor de proveedores o contratistas en determinadas circunstancias, particularmente si es que no existe el número requerido de contratistas o proveedores.

93. Para aumentar la transparencia, es también aconsejable requerir que se avise de una manera concreta a los ofertantes de los procedimientos de negociación. Por ejemplo, se puede requerir de la autoridad contratante que publique el aviso en una publicación determinada que normalmente se utiliza con ese fin. Esos requisitos de aviso tienen por fin señalar los procedimientos de contratación a una gama más amplia de ofertantes que si se actuara de otra manera, fomentando de este modo la competencia. Dada la magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura, el aviso deberá normalmente contener cierta información mínima (por ejemplo, la descripción del proyecto, los requisitos para la calificación) y habrá de ser publicado con tiempo suficiente para que los ofertantes puedan presentar sus ofertas. En general, hay que aplicar en los procedimientos de negociación los mismos requisitos aplicables a los ofertantes en los procedimientos de selección competitiva.

94. En algunos países, los requisitos de notificación no serán aplicables si la entidad contratante recurre a la negociación a raíz de un proceso de licitación infructuoso (véase el párrafo 89 e)), si se invita a todos los contratistas o proveedores calificados que han presentado ofertas o si no se recibió ninguna oferta.

**c) Criterios para la comparación y evaluación de las ofertas**

95. Otra medida útil para aumentar la transparencia y la eficacia de las negociaciones directas consiste en establecer criterios generales que las propuestas deben satisfacer (por ejemplo, objetivos generales de ejecución, especificaciones de producción), así como criterios para comparar y evaluar las ofertas durante el proceso de negociación y para seleccionar el concesionario (por ejemplo, el mérito técnico de una oferta, los precios, los costos de explotación y mantenimiento, y la rentabilidad y las posibilidades de desarrollo del acuerdo de proyecto). La autoridad contratante debe determinar cuáles son las propuestas que parecen satisfacer esos criterios e iniciar conversaciones con el autor de cada una de ellas a fin de afinar y mejorar la propuesta hasta el punto en que resulte satisfactoria para autoridad contratante. No se tiene en cuenta en esas conversaciones el precio de cada propuesta. Cuando se hayan ultimado las propuestas, puede ser aconsejable que la autoridad contratante procure obtener una oferta mejor y definitiva sobre la base de las propuestas aclaradas. Es recomendable que los ofertantes adjunten a su oferta definitiva pruebas de que la asignación de riesgos incorporada a la oferta sería aceptable para sus propuestos prestamistas. Cabe entonces elegir entre las ofertas óptimas y definitivas recibidas el ofertante preferido. El proyecto se adjudicaría luego a la parte que ofreciese la propuesta “más económica” o “más ventajosa” conforme a los criterios de selección del concesionario enunciados en la invitación a negociar. Se recomienda que se exprese en la invitación a negociar la intención de la autoridad contratante de procurar o no obtener una oferta óptima y definitiva.

**d) Expediente del procedimiento de selección**

96 La entidad contratante debe preparar un expediente de los procedimientos de selección (véanse los párrafos 124 a 130) y publicar un aviso de la adjudicación del proyecto (véase el párrafo 123). En algunos países se fomenta aún más la transparencia con el requisito de que el acuerdo de proyecto esté sujeto a inspección pública.

## **E. Propuestas no solicitadas**

97. A veces las empresas privadas se ponen directamente en contacto con autoridades públicas y les presentan propuestas para el desarrollo de proyectos respecto de los cuales no se han abierto procedimientos de selección. Estas propuestas se denominan corrientemente “propuestas no solicitadas”. Pueden ser la consecuencia de que el sector privado haya reconocido una necesidad de infraestructura que quepa satisfacer con un proyecto con financiación privada. Pueden también referirse a propuestas innovadoras de gestión de infraestructura y ofrecer la posible transferencia de nueva tecnología al país anfitrión.

### **1. Consideraciones de política**

98. Una razón que a veces se cita para exonerar del requisito de los procedimientos de selección competitiva es dar un incentivo al sector privado para que presente propuestas que entrañen la utilización de nuevos conceptos o tecnologías para satisfacer las necesidades de la autoridad contratante. Por la naturaleza misma de los procedimientos de selección competitiva, ningún ofertante tiene la seguridad de que se le adjudicará el proyecto, a menos que gane la competición. El costo de formar propuestas para grandes proyectos de infraestructura puede constituir un factor disuasorio para las empresas preocupadas por su capacidad de igualar las propuestas presentadas por ofertantes rivales. Por el contrario, el sector privado puede ver un incentivo para la presentación de propuestas no solicitadas en normas que permitan a una autoridad contratante negociar esas propuestas directamente con sus autores. La autoridad contratante puede, asimismo, tener interés en la posibilidad de emprender negociaciones directas a fin de alentar el sector privado a que formule propuestas innovadoras para el desarrollo de infraestructura.

99. Al mismo tiempo, no obstante, la asignación de proyectos a raíz de propuestas no solicitadas y sin competencia de otros ofertantes puede exponer a la autoridad pública a una severa crítica, en particular en casos en que se trata de concesiones exclusivas. Además, los posibles prestamistas, incluidas las instituciones financieras multilaterales y bilaterales, pueden tener reparos en prestar u otorgar garantías para proyectos que no han sido objeto de procedimientos de selección competitiva. Pueden temer que futuros gobiernos impugnen o cancelen la concesión (por ejemplo, porque puede posteriormente estimarse que la adjudicación del proyecto se ha hecho por favoritismo o porque el procedimiento no ofrecía parámetros objetivos para comparar precios, elementos técnicos y la eficacia general del proyecto) o que lo impugnen judicial o políticamente otras partes interesadas, como clientes disconformes con un aumento de precios o empresas competidoras que aleguen una exclusión injusta de un procedimiento de selección competitiva.

100. A la luz de las anteriores consideraciones, es importante que el país anfitrión examine la necesidad y la conveniencia de arbitrar procedimientos especiales para tramitar propuestas no solicitadas con las que se aparten de los corrientemente aplicados para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. Con ese fin, puede ser útil analizar dos situaciones más comúnmente mencionadas en relación con las propuestas no solicitadas, a saber: propuestas no solicitadas con las que se pretenda utilizar nuevos conceptos o tecnologías para atender a las necesidades de la autoridad contratante en materia de infraestructura y propuestas no solicitadas con las que se pretenda atender a una necesidad de infraestructura aún no reconocida por la autoridad contratante.

**a) Propuestas no solicitadas con las que se pretenda utilizar nuevos conceptos o tecnologías para atender a las necesidades de la autoridad contratante en materia de infraestructura**

101. En general, para los proyectos de infraestructura que requieren la utilización de algún tipo de proceso o método industrial, la autoridad contratante tendría interés en estimular la presentación de propuestas que incorporasen los procesos, los diseños, las metodologías o los conceptos de ingeniería más avanzados que demostrasen capacidad para aumentar la producción del proyecto (por ejemplo, reduciendo apreciablemente los costos de construcción, acelerando la ejecución del proyecto, mejorando la seguridad, incrementando el rendimiento del proyecto, prolongando su vida económica, reduciendo los costos de mantenimiento y funcionamiento de la instalación o reduciendo los efectos adversos o las perturbaciones en relación con el medio ambiente durante las fases de construcción o de explotación del proyecto).

102. Los intereses legítimos de la autoridad contratante pueden también asegurarse mediante procedimientos de selección competitiva adecuadamente modificados, en lugar de un conjunto especial de normas para tramitar las propuestas no solicitadas. Por ejemplo, si la autoridad contratante utiliza procedimientos de selección que hacen hincapié en la producción que se espera del proyecto, sin ser preceptiva acerca de la manera en la que ésta se ha de alcanzar (véanse los párrafos 64 a 66), los ofertantes pueden tener flexibilidad suficiente para ofrecer los procesos o métodos de su propiedad. En esa situación, el hecho de que cada uno de los ofertantes tenga sus propios procesos o métodos no presentará ningún obstáculo a la competencia, siempre que todos los métodos propuestos sean técnicamente capaces de generar el producto esperado por la autoridad contratante.

103. Añadir la flexibilidad necesaria a los procedimientos de selección competitiva puede ser, en estos casos, una solución más satisfactoria que arbitrar procedimientos especiales no competitivos para dar curso a las propuestas con las que se pretende utilizar nuevos conceptos o tecnologías. Con la posible excepción de los conceptos o tecnologías de propiedad cuya singularidad puede ser comprobada sobre la base de los derechos de propiedad intelectual existentes, una autoridad contratante puede tropezar con considerables dificultades al tratar de definir qué constituye un nuevo concepto o una nueva tecnología. Esa determinación puede requerir los servicios de expertos independientes a un costo elevado, posiblemente de fuera del país anfitrión para evitar objeciones de parcialidad. La determinación de que un proyecto entraña un concepto o una tecnología nuevos puede tropezar con pretensiones de otras empresas interesadas que aleguen tener también nuevas tecnologías apropiadas.

104. No obstante, se puede presentar una situación algo diferente cuando la singularidad de la propuesta o sus aspectos innovadores son tales que no sería posible ejecutar el proyecto sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el cual el autor o sus socios tienen derechos exclusivos, en el plano mundial o en el regional. La existencia de derechos de propiedad intelectual respecto de un método o una tecnología puede en verdad reducir o eliminar toda competencia significativa. Por esta razón, las leyes sobre adquisiciones públicas en la mayoría de los países autorizan a las entidades adquirentes a recurrir a la adquisición de una sola fuente cuando los bienes, las obras o los servicios sólo pueden obtenerse de un proveedor o contratista en particular o cuando el proveedor o contratista concreto tiene derechos exclusivos respecto de los bienes, obras o servicios y no existe ninguna otra opción razonable (compárese con el artículo 22 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública).

105. En ese caso, sería adecuado autorizar a la autoridad contratante a negociar directamente la ejecución del proyecto con el autor de la propuesta no solicitada. La dificultad radicaría,

desde luego, en cómo comprobar, con el grado necesario de objetividad y transparencia, que no existen otras opciones razonables para el método o la tecnología considerados en la propuesta no solicitada. Con tal fin, es aconsejable que la autoridad contratante fije procedimientos para obtener elementos de comparación respecto de propuestas de ese tipo.

**b) Propuestas no solicitadas con las que se pretende atender a una necesidad de infraestructura aún no reconocida por la autoridad contratante**

106. El mérito de las propuestas no solicitadas de este tipo consiste en el reconocimiento de unas posibilidades de desarrollo de infraestructura que no han sido tenidas en cuenta por las autoridades del país anfitrión. No obstante, en sí misma, esta circunstancia no sería justificación suficiente para la adjudicación directamente negociada de un proyecto en la que la autoridad contratante no tuviese ninguna seguridad objetiva de que ha obtenido la solución más ventajosa para atender a sus necesidades.

**2. Procedimientos para tramitar las propuestas no solicitadas**

107. A la luz de las anteriores consideraciones, es aconsejable que la autoridad contratante fije procedimientos transparentes para determinar si una propuesta no solicitada satisface las condiciones requeridas y si interesa a dicha autoridad darle curso.

**a) Limitaciones de la admisibilidad de propuestas no solicitadas**

108. A efectos de velar por una correcta rendición de cuentas de los gastos públicos, algunas legislaciones nacionales disponen que no podrá tenerse en cuenta ninguna propuesta no solicitada si la ejecución del proyecto requiere compromisos financieros considerables por parte de la autoridad contratante u otra autoridad pública, como garantías, subvenciones o participación en el capital. La razón de esa limitación es que los procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas suelen ser menos elaborados que los procedimientos ordinarios de selección y pueden no garantizar el mismo nivel de transparencia y competencia que de otro modo se lograría. Sin embargo, puede haber razones para admitir cierta flexibilidad en la aplicación de esta condición. En algunos países, la concesión de respaldo público no consistente en garantías, subvenciones o participación directas (por ejemplo, la venta o el arrendamiento de bienes públicos a los autores del proyecto) no descalifica necesariamente una propuesta a efectos de su tratamiento y aceptación como propuesta no solicitada.

109. Otra condición para examinar una propuesta no solicitada es que deba relacionarse con un proyecto para el cual la autoridad contratante no haya iniciado o anunciado procedimientos de selección. La justificación para tramitar una propuesta no solicitada sin emplear un procedimiento de selección competitiva es dar un incentivo al sector privado para concretar necesidades de infraestructura nuevas o no previstas, o formular propuestas innovadoras para satisfacer esas necesidades. Esta justificación puede dejar de ser válida cuando el proyecto ya ha sido concretado por las autoridades del país anfitrión y el sector privado se limita a proponer una solución técnica diferente de la prevista por la autoridad contratante. En tal caso, ésta puede aún aprovechar las soluciones innovadoras aplicando un procedimiento de selección en dos etapas (véanse los párrafos 54 a 58). No obstante, no sería compatible con el principio de la equidad en la adjudicación de contratos públicos considerar propuestas no solicitadas fuera de los procedimientos de selección ya iniciados o anunciados.

**b) Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas**

110. Debe solicitarse a la empresa o grupo de empresas que se ponen en contacto con la administración pública con una sugerencia de desarrollo privado de infraestructura que presenten una propuesta inicial con información suficiente que permita a la autoridad contratante hacer una primera evaluación de si se satisfacen las condiciones para tramitar propuestas no solicitadas, en particular si el proyecto propuesto es de interés público. La propuesta inicial debe comprender, por ejemplo, la siguiente información: exposición de la experiencia del autor con otros proyectos y su situación financiera; descripción del proyecto (tipo de proyecto, ubicación, repercusión regional, inversión propuesta, costos de explotación, evaluación financiera, recursos que se necesitan de la administración pública o de terceros); emplazamiento (propiedad y si habrá que expropiar terrenos u otros bienes); una descripción del servicio y las obras.

111. Tras un examen preliminar, la autoridad contratante debe informar a la empresa, en un plazo razonablemente breve, si hay o no un posible interés público en el proyecto. Si la autoridad contratante reacciona positivamente ante un proyecto, hay que invitar a la empresa a que presente una propuesta formal que, además de los temas abordados en la propuesta inicial, ha de contener un estudio de viabilidad técnica y económica (que abarque las características, los costos y los beneficios) y un estudio sobre el impacto ecológico. Además, debe pedirse al autor de la propuesta que presente información satisfactoria sobre el concepto o la tecnología en que se basa la propuesta. La información divulgada debe ser lo suficientemente detallada para permitir que la autoridad competente evalúe debidamente el concepto o la tecnología y determine si satisface las condiciones requeridas y puede llegar a ser ejecutada con buen éxito a la escala del proyecto propuesto. La empresa que presente la propuesta no solicitada debe conservar la propiedad de todos los documentos presentados a lo largo del procedimiento, que le serán devueltos en caso de que la propuesta sea rechazada.

112. Una vez que el autor de la propuesta haya suministrado toda la información requerida, la autoridad contratante debe decidir, en un plazo razonablemente breve, si se propone seguir adelante con el proyecto y, de ser así, qué procedimientos se utilizará. La selección del procedimiento apropiado ha de hacerse sobre la base del criterio preliminar de la autoridad contratante sobre si la ejecución del proyecto sería o no posible sin la utilización de un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre los cuales la empresa que presenta la propuesta o sus socios tienen derechos exclusivos.

**c) Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que no entrañan conceptos de tecnología de propiedad**

113. Si la autoridad contratante, tras examinar una propuesta no solicitada, decide que es de interés público seguir adelante con el proyecto, pero que su ejecución es posible sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre los cuales el autor de la propuesta o sus socios tengan derechos exclusivos, hay que exigir a la autoridad contratante que adjudique el proyecto utilizando los procedimientos normalmente requeridos para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada, como, por ejemplo, los procedimientos de selección competitiva descritos en esta *Guía* (véanse los párrafos 34 a 84). Sin embargo, los procedimientos de selección pueden presentar ciertos rasgos especiales con el fin de dar incentivos para la presentación de propuestas no solicitadas. Estos incentivos pueden consistir en las siguientes medidas:

a) La autoridad contratante puede comprometerse a no iniciar procedimientos de selección con respecto a un proyecto acerca del cual se haya recibido una propuesta no solicitada sin invitar a la empresa que presentó la propuesta original;

b) Debe darse al ofertante original algún tipo de ventaja por presentar la propuesta. En algunos países que utilizan un sistema de puntos de mérito para evaluar las propuestas financieras y técnicas la ventaja adopta la forma de un margen de preferencia sobre la calificación final (es decir, cierto porcentaje por encima de la calificación final combinada obtenida por esa empresa respecto de los criterios financieros o no financieros de evaluación). La posible dificultad de ese sistema es el riesgo de fijar el margen de preferencia tan alto que desaliente ofertas competidoras dignas de consideración, con el resultado de que se reciba un proyecto de menor valor a cambio de la preferencia dada al ofertante innovador. Otras formas de incentivos pueden ser el reembolso, total o parcial, de los costos registrados por el autor de la oferta inicial al preparar la propuesta no solicitada. Con fines de transparencia, esos incentivos deben anunciarse en la solicitud de propuestas.

114. A pesar de los incentivos que puedan darse, debe requerirse en general del autor de la propuesta no solicitada que satisfaga sustancialmente los mismos criterios de calificación que se requerirían de los ofertantes que participasen en el procedimiento de selección competitiva (véanse los párrafos 38 a 40).

**d) Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que entrañen conceptos o tecnología de propiedad**

115. Si resultase que los aspectos innovadores de la propuesta son tales que no sería posible ejecutar el proyecto sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre los cuales el autor o sus socios tienen derechos exclusivos, en los planos mundial o regional, puede ser útil que la autoridad contratante confirme la evaluación preliminar aplicando un procedimiento para obtener elementos de comparación respecto de la propuesta no solicitada. Ese procedimiento puede consistir en la publicación de una descripción de los resultados más importantes de la propuesta (por ejemplo, la capacidad de la instalación de infraestructura, la calidad del producto o del servicio, o el precio unitario), con una invitación a otras partes interesadas a que presenten propuestas alternativas o comparables en cierto plazo. En esta descripción no deben figurar aportes o requisitos de la propuesta no solicitada (como el diseño de la instalación o la tecnología y el equipo que deben utilizarse), a fin de no revelar a posibles competidores información de propiedad de la persona que ha presentado la propuesta no solicitada. El plazo para presentar propuestas debe estar en proporción con la complejidad del proyecto y debe dar a los posibles competidores tiempo suficiente para formular sus propuestas. Este puede ser un factor decisivo para obtener propuestas alternativas, por ejemplo, si los ofertantes deben efectuar investigaciones geológicas detalladas bajo la superficie como las que tal vez haya llevado a cabo a lo largo de muchos meses el ofertante inicial, deseoso de que las conclusiones geológicas permanezcan secretas.

116. La invitación a presentar propuestas comparativas o competitivas ha de publicarse con una frecuencia mínima (por ejemplo, una vez a la semana durante tres semanas) por lo menos en un periódico de difusión general. Debe indicar el momento y el lugar en que se pueden obtener los documentos de licitación y especificar el plazo durante el cual se recibirán propuestas. Es importante que la autoridad contratante proteja los derechos de propiedad intelectual del autor inicial y vele por la confidencialidad de la información de propiedad recibida con la propuesta no solicitada. Esa información no debe formar parte de los documentos de licitación. Hay que exigir al autor inicial y a toda otra empresa que desee presentar una

propuesta alternativa que ofrezca una garantía de la oferta (véase el párrafo 62). Cabe entonces aplicar dos posibles criterios, según las reacciones registradas como consecuencia de la invitación:

a) Si no se reciben propuestas alternativas, la autoridad contratante puede razonablemente concluir que no hay ninguna otra opción razonable con qué sustituir el método o la tecnología considerados en la propuesta no solicitada. Esta conclusión de la autoridad contratante debe ser convenientemente registrada y se puede autorizar a la autoridad a que inicie negociaciones directas con el autor inicial. Quizá sea conveniente exigir que la decisión de la autoridad contratante sea examinada y aprobada por la misma autoridad cuya aprobación se requeriría normalmente para que la autoridad contratante seleccionase a un concesionario mediante negociación directa (véase el párrafo 89). Algunos países cuyas leyes prescriben procedimientos competitivos han recurrido a tales procedimientos para asegurar la transparencia necesaria para evitar futuras impugnaciones de la adjudicación de la concesión a raíz de una propuesta no solicitada. En esos países, la mera publicación de una convocatoria de ofertas permitiría adjudicar la concesión al ofertante que hubiera presentado inicialmente la propuesta no solicitada, aunque su oferta fuera la única recibida. Ello se debe a que en los procedimientos competitivos suele exigirse que exista la posibilidad de competencia, pero no necesariamente que haya habido competencia en la práctica. Con la publicidad se crea esa posibilidad y se da al procedimiento un grado conveniente de transparencia;

b) Si se presentan propuestas alternativas, la autoridad contratante tiene que invitar a todos los ofertantes a negociaciones con miras a determinar cuál es la propuesta más ventajosa para llevar a cabo el proyecto (véanse los párrafos 90 a 96). En el caso de que la autoridad contratante reciba un número suficientemente grande de propuestas alternativas que parezcan en principio satisfacer sus necesidades en materia de infraestructura, puede haber la posibilidad de iniciar procedimientos completos de selección competitiva (véanse los párrafos 34 a 84), a reserva de los incentivos que se hayan dado al autor de la propuesta inicial (véase el apartado b) del párrafo 113).

117. Debe requerirse de la autoridad contratante que se establezca un expediente del procedimiento de selección (véanse los párrafos 124 a 130) y que publique un aviso de la adjudicación del proyecto (véase el párrafo 123).

## **F. Procedimientos de revisión**

118. La existencia de procedimientos de revisión equitativos y eficientes es uno de los requisitos básicos para atraer a ofertantes serios y competentes y para reducir el costo y la duración del procedimiento de adjudicación. Una salvaguardia importante de la buena observancia de las normas que rigen el procedimiento de selección es que los ofertantes puedan interponer recurso contra las medidas adoptadas por la entidad contratante en contravención de dichas normas o de los derechos de los ofertantes. En diferentes ordenamientos jurídicos y regímenes administrativos existen diversos recursos y procedimientos estrechamente vinculados con la cuestión del reexamen de los actos de la administración pública. Sea cual sea la forma exacta de los procedimientos de reexamen, es importante asegurar que se dé oportunidad suficiente y que haya procedimientos eficaces de revisión. Es particularmente útil establecer un sistema efectivo de recursos “precontractuales” (es decir, procedimientos para revisar los actos de la autoridad contratante lo antes posible durante el proceso de selección). Con ese sistema aumenta la posibilidad de que la autoridad contratante corrija sus actos antes de que se produzcan pérdidas y se contribuye a reducir los casos en que la compensación monetaria es la

única opción para reparar las consecuencias de un acto indebido de la autoridad contratante. El capítulo VI de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública contiene elementos para el establecimiento de un sistema adecuado de revisión.

119. Todo procedimiento de revisión apropiado ha de comenzar por reconocer el derecho de los ofertantes contratistas a solicitar la revisión de las decisiones que afecten a sus derechos. En primer lugar, se podrá recurrir ante la propia entidad contratante, especialmente cuando el proyecto no haya sido aún adjudicado. Esto puede fomentar la economía y la eficiencia, ya que muy a menudo, especialmente antes de adjudicarse el contrato, la entidad contratante puede estar dispuesta a corregir ciertos errores de procedimiento, de los que tal vez ni siquiera se haya dado cuenta. Puede asimismo ser útil prever un recurso por la vía administrativa jerárquica, de ser ello conforme a la normativa constitucional, judicial y administrativa del país. Por último, la mayoría de los regímenes de contratación pública reconocen el derecho a recurrir por la vía judicial, que debe igualmente existir respecto de la adjudicación de proyectos de infraestructura.

120. Para conseguir un equilibrio viable entre la necesidad, por una parte, de defender los derechos de los ofertantes y la regularidad del proceso de selección, y la necesidad, por otra, de evitar todo entorpecimiento del proceso de selección, las legislaciones nacionales imponen cierto número de restricciones a las vías de recurso. Por ejemplo: limitar a los ofertantes el derecho a interponer recurso; plazos para la interposición de solicitudes de revisión y para su tramitación, inclusive los plazos para la eventual suspensión de procedimiento de selección que quepa aplicar en la etapa administrativa del recurso; excluir de las vías de recurso cierto número de decisiones que se dejan a la discreción de la entidad contratante por no afectar directamente al trato acordado a los ofertantes. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, los ofertantes dispones de vías de recurso administrativo para impugnar las decisiones de la autoridad contratante, pero no siempre existen vías de recurso judicial.

121. En la mayoría de los Estados existen mecanismos y procedimientos que permiten recurrir contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas. En algunos Estados, se han establecido esas vías de recurso en especial para las controversias que puedan surgir en el marco de la contratación llevada a cabo por dichos órganos y entidades. En otros, esas controversias deberán ser resueltas por la vía del recurso ordinaria contra los actos administrativos. Algunos aspectos importantes de las vías de recurso, por ejemplo, la instancia ante la que habrá de presentarse el recurso y la reparación que pueda ser otorgada, están relacionados con aspectos conceptuales y estructurales básicos del ordenamiento jurídico y del régimen administrativo de cada país. En muchos ordenamientos jurídicos se ha previsto que el recurso contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas debe presentarse ante la instancia administrativa que goce de autoridad o ejerza control jerárquico sobre dichos órganos o entidades. En los países en cuyo ordenamiento existe tal recurso administrativo jerárquico, la determinación del órgano o autoridad que ha de entender de los recursos contra los actos de determinado órgano o entidad depende en gran medida de la estructura administrativa de ese Estado. En el campo de la contratación pública en general, por ejemplo, en algunos Estados deberá interponerse el recurso ante el órgano que ejerza la supervisión y el control general sobre la contratación en ese Estado (por ejemplo, una junta central de contratación); en otros Estados, la función de reexamen corresponde al órgano encargado de la supervisión y el control financiero de las operaciones gubernamentales y de la administración. En algunos Estados, la función de revisión respecto de tipos particulares de casos en que participen órganos administrativos u otras entidades públicas es desempeñada por órganos administrativos especializados independientes cuya competencia se califica de “cuasi judicial”. No obstante, en esos Estados esos órganos no se consideran tribunales dentro del sistema judicial.

122. En muchos ordenamientos jurídicos se ha previsto un recurso por la vía judicial contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas. En varios de esos ordenamientos esa vía judicial existe como complemento del recurso por la vía administrativa, mientras que en otros sólo se ha previsto la vía judicial. Algunos ordenamientos jurídicos han previsto únicamente la vía administrativa y no la judicial. En algunos ordenamientos en los que se han previsto ambas vías de recurso, no podrá presentarse recurso por la vía judicial hasta no haber agotado la vía administrativa; en otros ordenamientos se podrá optar desde el principio por una u otra vía. La principal cuestión que plantea el recurso judicial es el efecto de una anulación de una licitación pública en el contrato adjudicado, especialmente cuando ya han comenzado las obras públicas. Las leyes de contratación pública suelen tratar de compaginar los intereses encontrados del sector público (mantener la integridad del proceso de contratación pública y no retrasar la prestación de un servicio público) con el interés de los ofertantes en preservar sus derechos. Salvo si un acuerdo de proyecto es fruto de actos ilícitos, una buena solución consiste en que la sentencia judicial no anule el acuerdo de proyecto sino que conceda daños y perjuicios a la parte afectada. Se conviene habitualmente en que esos daños y perjuicios no comprendan la pérdida de beneficios sino que se limiten a cubrir los gastos que ha supuesto para el ofertante la preparación de la oferta.

### **G. Aviso de la adjudicación de un proyecto**

123. Los acuerdos de proyecto contienen a menudo disposiciones que interesan directamente no sólo a la autoridad contratante y al concesionario sino también a otras partes que podrían tener un interés legítimo en ser informadas de ciertos elementos esenciales del proyecto. Así ocurre especialmente con los proyectos en que se presta un servicio directamente al público en general. Por razones de transparencia, puede ser aconsejable establecer procedimientos para dar a conocer las cláusulas del acuerdo sobre el proyecto que sean de interés público. Este requisito debería imponerse con independencia del método que emplee la autoridad contratante para seleccionar el concesionario (procedimiento de selección competitiva, negociaciones directas o selección a raíz de una propuesta no solicitada). Un posible procedimiento puede consistir en requerir a la autoridad contratante que publique un aviso de la adjudicación del proyecto en el que figuren elementos esenciales de los acuerdos propuestos, como: a) el nombre del concesionario; b) una descripción de las obras que realizará y los servicios que prestará el concesionario; c) la duración de la concesión; d) la estructura de los precios; e) un resumen de los derechos y obligaciones esenciales del concesionario y las garantías que debe aportar; f) un resumen de los derechos de supervisión de la autoridad contratante y los recursos en caso de incumplimiento del acuerdo sobre el proyecto; g) un resumen de las obligaciones esenciales de la administración pública, concretamente los eventuales pagos, subsidios o compensaciones que haya ofrecido esa administración; y h) toda otra cláusula esencial del acuerdo sobre el proyecto que se prevea en la solicitud de propuestas.

### **H. Expediente del proceso de selección y adjudicación**

124. En aras de la transparencia y de la rendición de cuentas y para facilitar el ejercicio del derecho de los ofertantes perjudicados a solicitar la revisión de decisiones adoptadas por la autoridad contratante, debe requerirse a la autoridad contratante que lleve un expediente adecuado de toda la información crucial relativa al proceso de selección.

125. El expediente que debe llevar la autoridad contratante debe tener, según corresponda, la información general relativa al proceso de selección que generalmente debe registrarse en la contratación pública (por ejemplo, la información enumerada en el artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública), así como información de particular interés para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Esta información puede comprender lo siguiente:

a) Una descripción del proyecto respecto del cual la autoridad contratante haya solicitado propuestas;

b) Los nombres y direcciones de las compañías que participan en consorcios ofertantes y el nombre y la dirección de los miembros del ofertante con el que se haya formalizado el acuerdo sobre el proyecto; una descripción de los requisitos de publicidad, con copias de la publicidad hecha o de las invitaciones enviadas;

c) Si ulteriormente se permiten cambios en la composición de los ofertantes preseleccionados, una explicación de las razones por las que se autorizan esos cambios y una reseña de las calificaciones de otros eventuales consorcios interesados;

d) Información relativa a las calificaciones de que dispongan o carezcan los ofertantes; una reseña de la evaluación y la comparación de las propuestas, inclusive la aplicación de un eventual margen de preferencia;

e) Un resumen de las conclusiones de los estudios preliminares de viabilidad encargados por la autoridad contratante y un resumen de las conclusiones de los estudios de viabilidad presentados por los ofertantes calificados;

f) Una reseña de las solicitudes de aclaración de la documentación de preselección o de la solicitud de propuestas y de las respuestas dadas a estas solicitudes, así como una reseña de las modificaciones que se hayan introducido en esos documentos;

g) Una reseña de las principales cláusulas de las propuestas y del acuerdo sobre el proyecto;

h) Si la autoridad contratante ha considerado más ventajosa una propuesta que no es la que ofrece el precio unitario más bajo por el producto esperado, una justificación de los motivos por los que el comité adjudicador ha llegado a tal conclusión;

i) De haber sido rechazadas todas las propuestas, una declaración en tal sentido y los motivos por los que fueron rechazadas;

j) Si las negociaciones con el consorcio que presentó la propuesta más ventajosa y las ulteriores negociaciones con los demás consorcios que cumplen los requisitos no han dado lugar a un acuerdo sobre el proyecto, una declaración a tal efecto y los motivos de tal situación.

126. En los procesos de selección con negociaciones directas (véase el párrafo 89) puede ser útil incluir en el expediente del proceso de selección, además de los requisitos pertinentes enunciados en el párrafo 125, la siguiente información:

a) Una declaración de los motivos y de las circunstancias por los que la autoridad contratante recurrió a la negociación directa;

b) El tipo de publicidad utilizada o el nombre y la dirección de la compañía o de las compañías directamente invitadas a participar en esas negociaciones;

c) El nombre y la dirección de la compañía o de las compañías que manifestaron su interés en participar y, eventualmente, de las que fueron excluidas y los motivos de su exclusión;

d) Si las negociaciones no culminaron con un acuerdo sobre el proyecto, una declaración en tal sentido y una indicación de los motivos por los que fue así;

e) La justificación dada para la selección del concesionario final.

127. Para los procesos de selección emprendidos a raíz de propuestas no solicitadas (véanse los párrafos 107 a 117), puede ser útil hacer constar, además de los requisitos pertinentes enunciados en el párrafo 125, la siguiente información:

a) El nombre y la dirección de la compañía o de las compañías que presentaron la propuesta no solicitada y una breve descripción de esa compañía o compañías;

b) Un documento de la autoridad contratante que certifique el interés público de la propuesta no solicitada y que ésta entraña nuevos conceptos o tecnologías, según corresponda;

c) El tipo de publicidad utilizada o el nombre y la dirección de la compañía o de las compañías directamente invitadas a participar en esas negociaciones;

d) El nombre y la dirección de la compañía o de las compañías que manifestaron su interés en participar y, eventualmente, de las que fueron excluidas y los motivos de su exclusión;

e) Si las negociaciones no culminaron con un acuerdo sobre el proyecto, una declaración en tal sentido y una indicación de los motivos por los que fue así;

f) La justificación dada para la selección del concesionario final.

128. Es conveniente que las normas sobre la obligación de llevar un expediente especifiquen quiénes tendrán acceso a su contenido y en qué condiciones. Al definir los criterios aplicables en la materia se han de equilibrar factores como los siguientes: la conveniencia general, para un control más efectivo de las autoridades contratantes, de que la divulgación sea amplia; la necesidad de proporcionar a los ofertantes los datos necesarios que les permitan evaluar su propia intervención en los procedimientos y averiguar si tienen motivo legítimo para recurrir; y la necesidad de proteger la información comercial de los ofertantes que sea confidencial. En vista de estas consideraciones, puede ser aconsejable prever dos niveles distintos de divulgación como se establece en el artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. La información que se revelará a toda persona del público en general podrá limitarse a datos considerados como básicos para un control de la entidad contratante por el público en general. Sin embargo, es aconsejable disponer en beneficio de los ofertantes que se revele una información más detallada sobre el proceso de selección, por serles necesaria para poder apreciar su propia intervención en ese proceso y comprobar la observancia por la entidad contratante de los requisitos de las leyes y reglamentos aplicables.

129. Además, hay que tomar las medidas apropiadas para evitar que se revele información comercial reservada de los proveedores o contratistas. Ese sería el caso en particular de la información relativa a la evaluación y comparación de las propuestas, cuya divulgación excesiva podría perjudicar intereses comerciales legítimos de los ofertantes. Como regla general, la autoridad contratante no debe revelar información más detallada relativa al examen, la evaluación y la comparación de las propuestas, salvo que se lo ordene un tribunal competente.

130. Las disposiciones sobre la divulgación limitada relativa al procedimiento de selección no impide su aplicabilidad a ciertas partes del expediente de alguna otra ley del Estado promulgante que dé acceso al público en general a otras partes de la documentación pública. La norma aplicable en el país anfitrión tal vez imponga la divulgación de la información consignada en el expediente a los órganos legislativos o parlamentarios de supervisión.

*Notas*

- <sup>1</sup> *UNIDO BOT Guidelines*, pág.96.
- <sup>2</sup> Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, 1996, párr. 3.13 a).
- <sup>3</sup> La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante, “La Ley Modelo de la CNUDMI”) y la Guía para su incorporación eventual al derecho interno, que la acompaña, fueron aprobadas por la Comisión en su 27º período de sesiones (Nueva York, 31 de mayo a 17 de junio de 1994).
- <sup>4</sup> Por ejemplo, instrucciones para preparar y presentar las solicitudes de precalificación; los documentos probatorios y demás información que deban presentar los ofertantes para demostrar su idoneidad; y la forma, el lugar y el plazo para la presentación de las solicitudes (véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, artículo 7, párrafo 3)).
- <sup>5</sup> Por ejemplo, que tienen capacidad jurídica para celebrar el acuerdo de proyecto; que no son insolventes ni se encuentran en concurso de acreedores, en quiebra o en proceso de liquidación, y que sus negocios no han quedado bajo la administración de un tribunal o de un administrador oficial, sus actividades comerciales no han sido suspendidas ni se ha iniciado procedimiento judicial alguno contra ellos por cualquiera de las causas que anteceden; que han cumplido sus obligaciones fiscales y han realizado sus aportaciones a la seguridad social en el Estado; que no han sido, ni ellos ni su personal directivo o ejecutivo, condenados por un delito relativo a su conducta profesional o fundado en una declaración falsa o fraudulenta acerca de su idoneidad para firmar un contrato adjudicado en un determinado número de años anteriores al inicio del proceso de selección, ni han sido descalificados en razón de un proceso de inhabilitación o de suspensión administrativa (véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, artículo 6, párrafo 1 b)).
- <sup>6</sup> Por ejemplo, instrucciones para preparar y presentar propuestas, concretamente sobre la forma, el lugar y el plazo para la presentación de propuestas y el plazo durante el cual serán efectivas las propuestas, así como los eventuales requisitos de garantía de las ofertas; los medios por los cuales los ofertantes podrán pedir aclaraciones sobre la solicitud de propuestas y una indicación de si la autoridad contratante se propone convocar, en esta ocasión, una reunión de ofertantes; el lugar, la fecha y la hora de apertura de las ofertas y los procedimientos que deben seguirse para la apertura y el examen de las ofertas; y la forma en que se evaluarán las propuestas (véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, artículos 27 y 38).
- <sup>7</sup> El artículo 32 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública prevé ciertas salvaguardias importantes, concretamente el requisito de que la autoridad adjudicadora no reclame el pago de la garantía de la oferta y devuelva o haga devolver sin demora el título de la garantía tan pronto como se dé la primera de las siguientes circunstancias: a) la expiración de la garantía de la oferta; b) la entrada en vigor del acuerdo sobre el proyecto y la constitución de una garantía de cumplimiento del contrato, si la solicitud de propuestas lo exige; c) la terminación del proceso de selección sin que haya entrado en vigor un acuerdo sobre el proyecto; o d) la retirada de la propuesta antes de haber vencido el plazo para la presentación de propuestas, a menos que en la solicitud de propuestas se disponga que no se permite tal retirada.