



Asamblea General

Distr. limitada
13 de febrero de 2012
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
21º período de sesiones
Nueva York, 16 a 20 de abril de 2012

Revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno que acompañará a la nueva versión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública

Nota de la Secretaría

Adición

La presente adición contiene el texto propuesto para el capítulo de la Guía que acompañará al capítulo V de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, que incluye comentarios sobre el método de la solicitud de propuestas con diálogo (artículo 49), y sobre los artículos conexos del capítulo II (artículos 30 y 35).



GUÍA PARA LA INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Parte II. Comentario artículo por artículo

Capítulo V. Métodos de contratación por licitación en dos etapas, solicitud de propuestas con diálogo, solicitud de propuestas con negociación consecutiva, negociación competitiva y contratación con un único proveedor o contratista (continuación)

B. Métodos de contratación pública (continuación)

2. Solicitud de propuestas con diálogo

Descripción general y consideraciones normativas

1. La solicitud de propuestas con diálogo es un procedimiento concebido para la compra de artículos o la contratación de servicios relativamente complejos. El uso habitual de ese método de contratación es la contratación destinada a la búsqueda de soluciones innovadoras para problemas técnicos, tales como el ahorro de energía, el logro de prácticas sostenibles de contratación o las necesidades de infraestructura. En tales casos, puede haber diferentes soluciones técnicas en función del material utilizado o de la fuente de energía elegida (eólica, solar o combustibles fósiles).

2. El método de contratación implica un diálogo, cuya naturaleza se expone en la introducción a este capítulo [\[**hiperenlace**\]](#); en resumen, el objetivo es facilitar a los concursantes (proveedores y contratistas), mediante el diálogo con la entidad adjudicadora, una comprensión más cabal o perfilada de sus necesidades, previamente esbozadas en la solicitud de propuestas. El diálogo, que puede incluir varias fases, consistirá en una interacción entre la entidad adjudicadora y los proveedores y contratistas acerca del modo en que los aspectos técnicos y de calidad de sus propuestas se ajustan a las necesidades de la entidad contratante, así como sobre los aspectos financieros de sus propuestas. El diálogo puede implicar un análisis de las consecuencias financieras de soluciones técnicas concretas, tales como el precio o la horquilla de precios. No obstante, como en toda licitación en dos etapas, el procedimiento no implica negociaciones o tratos vinculantes para ninguna de las partes que participan en el diálogo.

3. Los métodos que prevén este tipo de diálogo han resultado beneficiosos para la entidad adjudicadora en la contratación de productos o servicios de índole relativamente compleja, cuando el costo de la oportunidad derivado de la ausencia de negociaciones con los proveedores hubiera sido elevado, mientras que dialogar al respecto podría reportar ventajas económicas evidentes. Esos métodos dan buenos resultados, por ejemplo, en la adjudicación de obras de arquitectura o de construcción en que numerosas soluciones pueden responder a las necesidades de la entidad adjudicadora y donde las negociaciones son el único medio de evaluar las competencias y los conocimientos especializados del proveedor o contratista.

La complejidad de que se habla aquí podría no ser de índole técnica; así por ejemplo, en proyectos de infraestructura la principal variable podría residir en los diversos tipos de obra requeridos o en la ubicación de esas obras en distintos lugares. En tales casos, ese método ha permitido que la entidad adjudicadora pueda definir y obtener la mejor solución para sus necesidades.

4. A ese respecto, cabe recordar que si la entidad adjudicadora examinara posibles soluciones técnicas con un posible proveedor o contratista, y, como resultado, formulase una declaración de los requisitos técnicos necesarios, como en el caso de una licitación en dos etapas, ese proveedor o contratista tendría un conflicto de intereses durante las conversaciones con la entidad adjudicadora y gozaría de una ventaja competitiva desleal frente a otros proveedores o contratistas durante el posterior procedimiento de contratación. Como se explica en el artículo 21 y en el comentario al mismo [\[**hiperenlaces**\]](#), ese proveedor o contratista debería quedar excluido del proceso de contratación. Por consiguiente, el procedimiento de solicitud de propuestas con diálogo, permite evitar situaciones no deseadas en que un posible proveedor que cumpla los requisitos quede excluido de un proceso de contratación determinado.

5. Dado que el diálogo previsto suele ser un proceso largo y complejo, sólo debe emplearse este método cuando sus ventajas sean claras, y no para la adjudicación de productos sencillos y fáciles de obtener mediante métodos de contratación que no requieran interacción alguna con los concursantes. No procedería, por ejemplo, emplearlo en casos en los que se haya que negociar por razones de urgencia o por no existir una base competitiva adecuada para abrir un concurso (la Ley Modelo prevé que en tales casos se recurra a la negociación competitiva o a la contratación con una sola fuente), ni tampoco en casos en los que se vaya meramente a negociar mejoras técnicas o una rebaja del precio, para lo que está prevista la solicitud de propuestas con negociación consecutiva. Tampoco debe emplearse en casos para los que el párrafo 1) de este artículo prevé la licitación en dos etapas, es decir en los que la entidad adjudicadora desee definir mejor sus necesidades con miras a formular, antes de la etapa definitiva, un único pliego de condiciones (con las especificaciones técnicas) al que deberá atenerse toda oferta que desee presentarse.

6. Al igual que sucede con los demás métodos de contratación previstos en la Ley Modelo, este método no está destinado para cierto tipo de contratación únicamente (ya sea de bienes, de obras o de servicios). Al igual que sucede también respecto de los demás métodos de contratación previstos en virtud de la Ley Modelo, siempre que se den las condiciones exigibles para su empleo, la entidad adjudicadora podrá seleccionar este método cuando estime que es el que mejor se adapta a las circunstancias de la contratación. Como se indica en el comentario de la introducción al capítulo V [\[**hiperenlace**\]](#), las normas y directrices del organismo de contratación pública, o de otro organismo similar, pueden ayudar a la entidad adjudicadora a la hora de decidir.

7. El método requiere que la entidad adjudicadora formule una declaración de necesidades con los requisitos técnicos mínimos, que entienda las soluciones técnicas propuestas y que las evalúe aplicando un criterio comparativo, lo que podría exigir que los funcionarios negociadores gocen de una serie de competencias, innecesarias en otros métodos de contratación, en particular, con el fin de evitar el uso de este método como alternativa a una preparación adecuada para el proceso de

contratación. Asimismo, existe el riesgo de que la responsabilidad de definir las necesidades de contratación sea transferida a los proveedores y contratistas, o al mercado. Aun cuando sea el proveedor o contratista, y no la entidad adjudicadora, quien formule una propuesta que responda a las necesidades descritas por dicha entidad, debe evitarse que los concursantes definan esas necesidades por su cuenta.

8. El artículo 49 regula de modo preciso los trámites que se han de seguir al contratar por este método, con objeto de dotarlos de controles y salvaguardias eficaces contra un empleo abusivo o indebido de éste. No obstante, preserva, asimismo, la flexibilidad requerida para que la entidad adjudicadora pueda valerse de este método, sin merma de sus ventajas. Se ha alineado el régimen de este artículo con el de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (véanse los párrafos ... *infra*). [\[**hiperenlace**\]](#)¹.

9. Esas salvaguardias amparan en particular: a) la transparencia al exigir que se dé aviso a todos los concursantes de toda decisión esencial que se adopte al comienzo, durante y al final del proceso abierto, pero sin dejar de respetar la índole confidencial de la información comercial de carácter reservado, amparada por el artículo 24 [\[**hiperenlace**\]](#); b) la objetividad, fiabilidad y previsibilidad del proceso, particularmente al exigir que todo trámite que se emplee para limitar o reducir el número de concursantes sea dado a conocer desde el inicio de la contratación, así como al regular el alcance de todo cambio admisible en las condiciones del contrato adjudicable y prohibiendo toda negociación posterior a la presentación de la mejor oferta definitiva; c) una competencia leal entre los concursantes, al velar por la transparencia de la adjudicación; d) la participación y la igualdad de trato para todos los concursantes, al exigir que unos mismos representantes de la entidad adjudicadora dialoguen de forma concomitante con todos ellos, que toda aclaración o directriz dimanante del diálogo sea comunicada, al mismo tiempo, a todos ellos, y regulando el curso que ha de darse a la adjudicación a raíz de la clausura del diálogo; y e) la posibilidad de pedir que se dé razón y cuenta del curso completo de la adjudicación al exigir que se deje constancia completa, en el expediente, del proceso seguido, con arreglo a lo previsto en el artículo 25 [\[**hiperenlace**\]](#).

10. De modo similar, los proveedores o contratistas no desearán participar si sus propuestas, dotadas de valor comercial, pueden ser descritas para ser seguidamente puestas a disposición de los demás concursantes. Como ya se explicó, el procedimiento a seguir entraña salvaguardias al no prever la emisión de un conjunto completo y definitivo de las condiciones del contrato que permita presentar propuestas en cualquier fase del procedimiento seguido (a diferencia de la licitación en dos etapas prevista en el artículo 48 [\[**hiperenlace**\]](#)). Al inicio de la contratación se facilitará un conjunto único de requisitos mínimos, con una lista ordenada de los criterios de evaluación, que no cabrá alterar en el curso del proceso abierto.

11. El método en sí consta de dos etapas. En la primera, la entidad adjudicadora emite una solicitud en donde describe sus necesidades para que sirvan de guía a los

¹ Las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada y la Guía Legislativa sobre el mismo tema están accesibles, en la fecha de este informe, en el sitio www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

proveedores en la preparación de sus propuestas. Cabrá expresar esas necesidades en función del producto o de los resultados que se desee obtener, pero deberán darse los parámetros o requisitos técnicos mínimos del objeto de la contratación. A diferencia de la licitación en dos etapas (método con similitudes procesales pero con rasgos sustantivos distintos), este método no obliga a la entidad adjudicadora a ser ella la que realice una descripción técnica completa del objeto del contrato.

12. En la segunda etapa del procedimiento tiene lugar el diálogo, que deberá ser “concomitante”, lo que significa que todos los concursantes deberán poder participar por igual en ese diálogo, sin que se prevean conversaciones consecutivas. Pero el término empleado trata de no dar la impresión de que se haya de dialogar al mismo tiempo con todos los concursantes, que obligaría a la entidad adjudicadora a designar a diversos funcionarios o comités negociadores encargados de dialogar simultáneamente con todos y cada uno de los concursantes, lo que se estima que podría dar lugar a un trato desigual de los concursantes. Consúltese más adelante, en los párrafos [...] *infra*, el comentario concerniente al diálogo.

13. Al concluir el diálogo, cada concursante deberá presentar la mejor oferta definitiva que satisfaga las necesidades de la entidad adjudicadora, perfiladas durante el diálogo. Esas ofertas podrán ser similares en algunos aspectos y notablemente distintas en otros, en particular en lo concerniente a las soluciones técnicas, lo que permitirá que la entidad adjudicadora compare las soluciones técnicas propuestas en las distintas ofertas para determinar cuál es la oferta que mejor responde a sus necesidades.

Artículo 30 2). Condiciones para la aplicación del método de contratación mediante solicitud de propuestas con diálogo [hiperenlace**]**

14. El párrafo 2) del artículo 30 prevé las condiciones para el empleo de la solicitud de propuestas con diálogo. La Ley Modelo regula este método con notable detalle a fin de limitar los riesgos y las dificultades inherentes a su empleo sin el debido cuidado o sin la preparación y la capacidad requeridas para emplearlo con éxito. Condicionar su empleo a que se dé alguno de los supuestos enunciados en el párrafo 2) mitigará el riesgo de que se emplee este método indebidamente, ya que se evitará su aplicación para adquirir bienes que puedan obtenerse recurriendo a la licitación o a alguno de los otros métodos no tan flexibles de licitación.

15. El párrafo 2) a) de este artículo enuncia las condiciones para lo que se prevé que será la principal aplicación del método de solicitud de propuestas con diálogo, a saber: cuando la entidad adjudicadora no esté en condiciones de hacer una descripción detallada del objeto de la contratación antes de iniciar el proceso, y estime que es necesario entablar un diálogo con los proveedores o contratistas capaces de satisfacer sus necesidades, con el fin de encontrar una solución aceptable para satisfacerlas. En la práctica, la entidad adjudicadora deberá poder describir a grandes rasgos sus necesidades con relación a los requisitos funcionales (ya sea en términos de ejecución o resultados), al principio del proceso de contratación. Ese requisito refleja el hecho de que una planificación inadecuada podría significar el fracaso del proceso de contratación. Esa descripción básica también es necesaria para facilitar a los proveedores o contratistas los datos técnicos mínimos exigibles, a tenor del artículo 49 para participar fructuosamente en un proceso de contratación.

16. Del mismo modo, la situación descrita en el apartado b) se refiere a supuestos que exijan una solución concebida a medida (como por ejemplo, un sistema informático para archivar documentos jurídicos, que requiera prestaciones específicas como la posibilidad de acceder a ellos a largo plazo), y en que la excelencia técnica sea esencial. La tercera condición, enunciada en el apartado c), se refiere a supuestos en que el contrato adjudicable tenga por objeto la protección de los intereses de defensa nacional. Ese supuesto prevé la satisfacción de necesidades de seguridad y defensa nacionales que requieran el suministro de equipos o servicios avanzados, sujetos a los requisitos de seguridad aplicables a la información reservada.

17. El último supuesto previsto, en el apartado d), como condición adecuada para el empleo de este método corresponde a una de las condiciones exigibles para el empleo de la licitación en dos etapas, es decir que se haya convocado, sin éxito, un concurso de licitación abierta. De darse este caso, la entidad adjudicadora deberá analizar los motivos de ese fracaso. Si llega a la conclusión de que volver a convocar una licitación abierta o algún otro método previsto en el capítulo IV de la Ley [\[**hiperenlace**\]](#) no daría resultado, también podría concluir que tiene dificultades para formular un pliego de condiciones suficientemente preciso al principio del proceso de contratación. Los motivos de su fracaso inicial deben ayudar a la entidad adjudicadora a seleccionar entre la licitación en dos etapas, con arreglo al párrafo 1) b) de este artículo, y la solicitud de propuestas con diálogo, con arreglo al párrafo 2) d). La entidad adjudicadora recurrirá al método de la solicitud de propuestas con diálogo, si estima que tal vez no sea posible o adecuado formular un único conjunto completo de condiciones del contrato adjudicable, por lo que la contratación no tendrá éxito sin un diálogo con los proveedores o contratistas que le ayude a definirlo.

18. Además de imponer una serie de condiciones muy específicas para poder recurrir a este método, la Ley Modelo revisada prevé la posibilidad de que se exija una aprobación previa externa para su empleo. Todo Estado que declare obligatorio obtener esa aprobación previa de una autoridad facultada para otorgarla, al promulgar la Ley Modelo deberá mantener en este párrafo el requisito que figura entre paréntesis en su frase de apertura. (Para un análisis de las consideraciones de política general relativas a los mecanismos de aprobación previa, puede consultarse la sección del comentario general *supra* [\[**hiperenlace**\]](#). En este caso, se hizo referencia excepcional a un mecanismo de aprobación previa, con el fin de alertar a todo Estado promulgante acerca de la conveniencia de prever un control más estricto del empleo de este método por el mayor riesgo que entraña de prácticas abusivas, tal vez difíciles de controlar por otros medios. De promulgarse el párrafo 2) con ese requisito adicional, deberá designarse la autoridad competente para autorizar el empleo de este método, indicando si las prerrogativas de esa autoridad terminan una vez que autorice a la entidad adjudicadora a recurrir a ese método, o si seguirá ejerciendo una función supervisora respecto del modo en que se lleva a cabo el proceso de contratación.

Artículo 35. Convocatoria en los procedimientos de contratación mediante solicitud de propuestas y su aplicación concreta en la solicitud de propuestas con diálogo [\[hiperenlace**\]](#)**

19. El artículo 35 regula la convocatoria en los métodos de contratación mediante solicitud de propuestas. La norma supletoria que establece la Ley Modelo prevé que se realice una convocatoria pública y sin restricciones mediante estos métodos, tal y como se define ese término en la sección ** de las orientaciones relativas a la parte II del capítulo II [\[**hiperenlace**\]](#). Abrir una convocatoria pública y sin restricciones implica la publicación de un anuncio que invite a participar en un concurso público para la contratación de bienes y servicios, el envío de los pliegos de condiciones a todos los que respondan al anuncio, y el examen detallado de las cualificaciones y la documentación de los concursantes que presenten sus propuestas u ofertas.

20. En los procedimientos de solicitud de propuestas, las disposiciones permiten flexibilizar la norma supletoria y recurrir a la convocatoria directa cuando el objeto de la contratación únicamente pueda obtenerse de un número limitado de proveedores o contratistas, situación que podría darse en las circunstancias en que es posible emplear la solicitud de propuestas con diálogo. La flexibilización de la norma supletoria también depende de que se invite a todos esos proveedores y contratistas a que presenten propuestas (véase el artículo 35 2) a) [\[**hiperenlace**\]](#), y de que se efectúe una notificación pública previa al proceso de contratación según lo previsto en el artículo 35 3) [\[**hiperenlace**\]](#). En el comentario sobre convocatorias de la introducción al capítulo IV [\[**hiperenlace**\]](#), se examinan esos requisitos y sus consecuencias, en particular con relación al riesgo de que surjan proveedores desconocidos como resultado de la notificación previa².

21. Cuando el proceso de solicitud de propuestas con diálogo vaya precedido de un procedimiento de precalificación, la convocatoria estará sujeta al artículo 18 [\[**hiperenlace**\]](#), cuyas disposiciones exigen también una convocatoria internacional con las mismas características que en lo dispuesto en el artículo 33 [\[**hiperenlace**\]](#). En el comentario sobre las orientaciones relativas a esos artículos se proporciona más información. Una vez concluido el procedimiento de precalificación, debe facilitarse la correspondiente solicitud de propuestas a todos los proveedores que hayan quedado precalificados.

22. Como se expone en el comentario relativo a la convocatoria de la parte II del capítulo II, y en el comentario al artículo 18 [\[**hiperenlace**\]](#), el procedimiento de precalificación sirve para identificar a los suministradores o contratistas que cumplen los requisitos, pero no es un método que limite el número de participantes, puesto que implica una prueba de aceptación/exclusión respecto de la idoneidad y capacidad de los concursantes. Esto exige de ellos una mayor inversión de tiempo y dinero que si el contrato se fuera a adjudicar por otros métodos. Si no hay una posibilidad real de ganar el contrato al final del proceso, habrá menos participación; el riesgo que corre la entidad adjudicadora es que se presenten demasiados concursantes que puedan quedar precalificados y que todos ellos deban ser

² Las consecuencias residen en el hecho de que la entidad adjudicadora no está facultada para rechazar ninguna propuesta no solicitada. ¿Considera el Grupo de Trabajo que es necesario abrir un debate acerca del modo en que la entidad adjudicadora debe proceder en relación con esas propuestas?

admitidos a concurso. Por ello, el procedimiento mediante solicitud de propuestas con diálogo establece un proceso que faculta a la entidad adjudicadora a reducir la cantidad de concursantes a un número adecuado -denominado “preselección”, que se describe en la siguiente sección sobre procedimientos-. Una vez concluido el proceso de preselección, debe facilitarse la correspondiente solicitud de propuestas a todos los proveedores que hayan quedado precalificados.

23. Las excepciones a la regla supletoria que exigen una convocatoria internacional, distintas a las previstas cuando la adjudicación de la contratación sigue el procedimiento de precalificación establecido en el artículo 18 [\[**hiperenlace**\]](#), figuran en el artículo 35 1) b) y c). El párrafo 1) c) refleja las excepciones relativas a las licitaciones abiertas previstas en el artículo 33 4), esto es, las aplicables a las contrataciones nacionales y de escaso valor. En el comentario de la parte II del capítulo II [\[**hiperenlace**\]](#) se examinan las cuestiones de política derivadas de la aplicación de esas últimas excepciones; éstas establecen la posibilidad de permitir una aplicación menos estricta del requisito de publicidad internacional cuando los beneficios son superiores al costo que ello conlleva, o sencillamente cuando es improcedente.

24. En el artículo 35 2) c) se enuncia un tercer motivo distinto que puede justificar el recurso a la convocatoria directa en procedimientos de solicitud de propuestas: cuando en los procedimientos de contratación exista información reservada. En tales casos, la entidad adjudicadora deberá solicitar propuestas de un número suficiente de proveedores o contratistas para garantizar una verdadera competencia.

25. Los artículos 35 3) y 4) han sido agregados, con el fin de prever una mayor transparencia y rendición de cuentas cuando se recurra a la convocatoria directa. El párrafo 3) requiere que la entidad adjudicadora haga constar en el expediente del proceso de contratación una declaración de los motivos y circunstancias en que se haya basado para recurrir a la convocatoria directa en un procedimiento de solicitud de propuestas. El párrafo 4) exige que la entidad adjudicadora, cuando entable una convocatoria directa, publique con antelación una notificación de la contratación (de conformidad con el artículo 33 5) [\[**hiperenlace**\]](#) (a menos que con ello se ponga en peligro la confidencialidad de información reservada). En el comentario de la parte II del capítulo II [\[**hiperenlace**\]](#) se analizan las razones, el contenido y la forma de esas notificaciones.

Artículo 49. Solicitud de propuestas con diálogo [\[hiperenlace**\]](#)**

26. El artículo 49 regula las fases y los trámites que se han de seguir para la adjudicación de un contrato por el método de la solicitud de propuestas con diálogo. Este método consta de las siguientes fases: a) una solicitud eventual de manifestaciones de interés, que no confiere derecho alguno a los contratistas o proveedores invitados a presentarlas, ni siquiera el derecho a que su propuesta sea evaluada por la entidad adjudicadora. Por ello esta convocatoria inicial se asemeja al aviso anticipado de un contrato eventualmente adjudicable del que se habla en el artículo 6 2) (véase el comentario sobre el artículo 6 en la sección *supra* [\[hiperenlace\]](#)); b) una prueba de precalificación, o de preselección si se prevé que se presentará un número de concursantes cualificados superior al óptimo deseable; de no preverse una precalificación ni una preselección, una convocatoria, ya sea abierta o directa, con arreglo al artículo 35 [\[**hiperenlace**\]](#); c) el envío de una solicitud de propuestas a los que respondan a esa convocatoria, o a los

precalificados o preseleccionados, según sea el caso; d) un diálogo concomitante que se desarrolla, por lo general, en varias rondas o fases; e) la clausura del diálogo con la emisión de una solicitud de la mejor oferta definitiva de cada concursante; y f) la adjudicación del contrato. El artículo regula cada una de estas fases por su orden cronológico, salvo la solicitud de manifestaciones de interés que, conforme se ha dicho, está regulada en el artículo 6 **[**hiperenlace**]**.

27. El párrafo 1) de este artículo reitera, al remitirse al artículo 35 **[**hiperenlace**]**, la norma supletoria por la que toda invitación a participar en una adjudicación por el método de la solicitud de propuestas con diálogo deberá ser, por regla general, divulgada lo más posible a fin de obtener suficientes concursantes para que la competencia sea real y efectiva (salvo que la convocatoria vaya precedida de una prueba de precalificación o de preselección a la que deberá darse también la publicidad debida).

28. Cuando se desee comenzar por una convocatoria pública y sin restricciones, sin prueba de precalificación o de preselección, deberá emitirse una invitación a participar que contenga, como mínimo, los datos enunciados en la lista del párrafo 2). Dicha información mínima tiene por objeto ayudar a los posibles concursantes a determinar su propia idoneidad para participar en el proceso de adjudicación anunciado, su posible interés en participar, y la forma de esa participación. La información indicada es similar a la requerida para una convocatoria a licitación (artículo 37 **[**hiperenlace**]**).

29. El párrafo 2) especifica la información mínima requerida, pero no impide que la entidad adjudicadora facilite cualquier otra información adicional que estime conveniente. La entidad adjudicadora deberá hacer una exposición detallada de sus necesidades y las condiciones, con el fin de que los proveedores y contratistas preparen propuestas de calidad que puedan ser evaluadas en igualdad de condiciones. Conviene, no obstante, que la entidad adjudicadora tenga presente que la práctica habitual es que el texto de la invitación sea breve, enunciándose en ella los datos esenciales del contrato adjudicable; es decir, la información que sea de mayor interés para la etapa inicial de la contratación. La información restante acerca del contrato adjudicable, así como el desglose de la facilitada inicialmente en la invitación, será dada en la solicitud de propuestas (véase el párrafo 5) de este artículo). Este enfoque permite evitar repeticiones, así como toda confusión o incoherencia eventual en el contenido de la información facilitada por la entidad adjudicadora a los concursantes. Es un enfoque que resulta aun más aconsejable en este método en que está permitido completar y perfilar la información inicialmente facilitada, en el curso ulterior de la contratación (a reserva de toda restricción enunciada en el párrafo 9) de este artículo).

30. El párrafo 3) regula el procedimiento de preselección, al que puede recurrir la entidad adjudicadora para limitar el número de proveedores o contratistas a quienes se vaya a solicitar propuestas. En términos generales, el régimen de preselección se ha alineado con lo dispuesto para esa misma fase en los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada **[**hiperenlace**]**. El procedimiento de preselección permite a la entidad adjudicadora optar, desde un principio, por limitar el número de candidatos aptos que será admitido a la siguiente fase del proceso de adjudicación. Esta opción puede utilizarse cuando se prevea un número excesivo de manifestaciones de interés, por parte de contratistas o proveedores idóneos. La Ley Modelo únicamente prevé

esta posibilidad en este método de contratación, al estimarse que su empleo puede estar justificado, dado el tiempo y el gasto que supondría el tener que examinar y evaluar un gran número de propuestas. Se trata, pues, de una excepción a la regla general de la participación abierta descrita en [...] *supra*.

31. La preselección se lleva a cabo conforme al régimen aplicable a la precalificación. Será, por ello, aplicable lo dispuesto en el artículo 18 **[**hiperenlace**]**, salvo disposición en contra del párrafo 3) de este artículo (destinado a adaptar dicho régimen a la finalidad propia de la preselección). Así, por ejemplo, con el fin de garantizar la transparencia y la igualdad de trato de los concursantes, el párrafo 3) exige que la entidad adjudicadora dé a conocer, desde un principio, que habrá una prueba de preselección, así como el método mediante el que se efectuará, el número máximo de proveedores o contratistas que resultarán preseleccionados y a los que se solicitará propuestas, y los criterios que se aplicarán para puntuar a los candidatos, que deberán ser objetivos y no discriminatorios.

32. La entidad adjudicadora deberá fijar el número máximo de concursantes que se preseleccionará a la luz de las circunstancias de la adjudicación y con miras a que haya competencia real entre ellos, por lo que deberá procurarse que ese número no sea inferior a tres. Si la entidad adjudicadora decide regular también el número de concursantes que serán admitidos al diálogo (véase el párrafo 5) g) de este artículo), convendría fijar una cifra máxima de proveedores o contratistas a los que se invitará a presentar propuestas en función del número mínimo y, en su caso, del número máximo de concursantes que se desee admitir a la fase de diálogo, cifra que, con arreglo al párrafo 5) g) de este artículo, deberá indicarse ya en la solicitud de propuestas. Se recomienda que se soliciten propuestas de un mayor número de proveedores o contratistas que el necesario para cubrir esa cifra, a fin de disponer de una cantera más amplia de candidatos de entre los que seleccionar a los más idóneos para pasar a la fase de diálogo. Con el fin de posibilitar la interposición de un recurso, este artículo exige que se notifique sin tardanza a los candidatos el resultado de la preselección, y se comunique a los no admitidos los motivos de su exclusión.

33. El párrafo 4) indica cuáles son los proveedores o contratistas a los que se expedirá la solicitud de propuestas. Según sean las circunstancias de la adjudicación, ese grupo podría estar integrado por todos los candidatos que hayan respondido a la invitación; o, si ha mediado preselección o precalificación, por los preseleccionados o precalificados; pero de haber habido convocatoria directa, ese grupo únicamente estará integrado por las empresas directamente invitadas. Las disposiciones también contienen una norma estándar, prevista asimismo en otros artículos de la Ley Modelo, en virtud de la cual el precio que la entidad adjudicadora puede exigir por la solicitud de propuestas no debe superar el costo de su distribución entre los proveedores o los contratistas concernidos.

34. El párrafo 5) contiene una relación de todos los datos que deberá incluir la solicitud de propuestas para ayudar a los concursantes a preparar sus propuestas [y para que la entidad adjudicadora tenga una base sobre la que poder comparar con equidad esas propuestas]. Esa lista es en gran parte similar, tanto en el nivel de detalle como en el contenido, a las disposiciones relativas al contenido obligatorio del pliego de condiciones en los procedimientos de licitación (véase el artículo 39) **[**hiperenlace**]** y a las relativas al contenido de la solicitud de propuestas en el procedimiento de solicitud de propuestas sin negociación (véase el artículo 48 4))

[**hiperenlace**]. Las diferencias obedecen a las características procedimentales específicas de ese método de contratación.

35. La información relativa al precio de la propuesta podría no ser pertinente en la adjudicación de servicios de consultoría no cuantificables, pues el costo no es un criterio de valoración importante; además, en esos casos las propuestas iniciales no necesitan incluir aspectos financieros o precios. En ese tipo de adjudicaciones cabrá insistir, en su lugar, dados los criterios de evaluación previstos en el apartado h), en la experiencia del proveedor del servicio para llevar a cabo su cometido, en su conocimiento del tema objeto de la consultoría y en la metodología propuesta, en la competencia del personal propuesto, en la transferencia de pericia profesional, en si dicha transferencia es un elemento importante para la adjudicación del contrato o forma parte de la descripción de los trabajos, y, si procede, en el grado de participación ofrecido al personal del país en la prestación del servicio adjudicable.

36. Podrán establecerse esos criterios de evaluación además de los requisitos mínimos relativos a la competencia y la experiencia profesionales de los concursantes, enunciados como criterios de calificación en el artículo 9 [**hiperenlace**] y en el párrafo 2) e) de este artículo. Dado que el artículo 9, faculta a la entidad adjudicadora para rechazar, en función de tales criterios, toda propuesta de un proveedor o contratista no idóneo al aplicar para la precalificación los mismos criterios que aplicará luego para la evaluación, la entidad adjudicadora estará ponderando, desde un principio, la experiencia o pericia de un proveedor de servicios frente a los demás. Esa comparación inicial le permitirá decidir con mayor seguridad si tal concursante está mejor preparado que otro para prestar el servicio adjudicable.

37. Si bien el diálogo suele centrarse primordialmente en los aspectos técnicos, o bien en los aspectos jurídicos o en otras cuestiones conexas de la contratación, el objeto del contrato adjudicable y las condiciones del mercado tal vez permitan o incluso aconsejen que se aborde la cuestión del precio en la fase de diálogo. Es más, en algunos casos no resulta posible separar el precio de otros criterios ajenos a éste. Por ello, cabrá exigir que se indique un precio preliminar en la propuesta inicial. El precio, no obstante, deberá figurar siempre en la mejor oferta definitiva.

38. El párrafo 5) g) será aplicable a los casos en que la entidad adjudicadora decida, teniendo en cuenta las circunstancias del contrato adjudicable, que debe fijarse un número máximo o mínimo de concursantes con los que entablará el diálogo. Debe procurarse que esos límites rondan en torno al número óptimo de participantes, con el fin de llevar a buen término una negociación concomitante con los concursantes, lo que en la práctica a menudo ha resultado difícil o imposible cuando su número ha sido elevado, factor éste que podría desalentar la participación. Este apartado habla de un mínimo deseable de tres concursantes, lo que debe leerse a la luz de lo dispuesto en los párrafos 6) b) y 7).

39. El párrafo 5) h) se refiere a los criterios y el procedimiento que deben aplicarse para evaluar las propuestas con arreglo al artículo 11, [**hiperenlace**] que prevé, en particular, excepciones a las normas supletorias relativas a la asignación de coeficientes de ponderación a todos los criterios de evaluación, con el fin de tener en cuenta los rasgos específicos de este método de contratación.

Dichos rasgos podrían impedir que la entidad adjudicadora pueda fijar desde un principio los coeficientes de ponderación relativos atribuibles a cada criterio de evaluación. Por ello, el artículo 11 permite enumerar esos criterios por orden de importancia descendente. En caso de conocerse con antelación algún subcriterio que vaya a ser aplicado, éste deberá ser indicado, asignándole un coeficiente de ponderación relativa, o bien enumerándolo por orden de importancia descendente. Hay que tener en cuenta que, en este método de contratación, determinados tipos de contratos pueden exigir un grado de flexibilidad distinto del de otros en cuanto a la especificación de los criterios y el procedimiento de evaluación. Ahora bien, proporcionar, desde el principio del proceso de adjudicación, una descripción fiel de los criterios y el procedimiento aplicable es un requisito fundamental del artículo 11.

40. Habida cuenta del párrafo 5) m), en el que se pide a la entidad adjudicadora que indique en la solicitud de propuestas todo otro requisito concerniente al proceso de adjudicación, tal vez proceda indicar el calendario previsto para la contratación. La adjudicación de contratos por este método suele resultar cara en recursos y tiempo para todos los participantes -la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas-. Cabe, pues, pensar que la previsión de un calendario en la solicitud de propuestas mejorará la planificación del procedimiento de adjudicación, y contribuirá a hacer que el proceso sea más previsible, en particular en lo que respecta a calcular el tiempo y los recursos que los proveedores o contratistas habrán de dedicar al proceso de contratación. También proporciona a ambas partes una idea más clara del curso previsible de las distintas etapas, a fin de tener disponibles los recursos (personal, expertos, documentos, proyecciones, etc.) necesarios en cada fase del proceso.

41. Tras haber entregado la solicitud de propuestas a los proveedores y contratistas interesados, debe dárseles tiempo suficiente para que preparen y presenten sus propuestas. En la solicitud de propuestas deberá indicarse el calendario aplicable, que podrá reajustarse, si es preciso, con arreglo a los requisitos del artículo 14 [\[**hiperenlace**\]](#).

42. El párrafo 6) regula el examen (evaluación de conformidad) de las propuestas. Toda propuesta habrá de ser evaluada con arreglo a los criterios de evaluación mínimos notificados a los proveedores o contratistas en la convocatoria o en la solicitud de propuestas. El número de concursantes que será admitido a la siguiente etapa del proceso de contratación, la fase de diálogo, podrá descender a resultas del rechazo de toda propuesta no conforme, que no satisfaga los criterios de admisión mínimos. Al igual que respecto de la precalificación (véase el párrafo [25] *supra*), no cabrá utilizar la fase de evaluación para limitar el número de concursantes que serán admitidos a la siguiente etapa de la contratación. Si todas las propuestas presentadas resultan ser conformes, sus autores deberán ser todos ellos admitidos al diálogo, salvo que la entidad adjudicadora se haya reservado el derecho a invitar únicamente a un número determinado. Como se dijo antes, al hablar del párrafo 5) g) (véase el párrafo [33] *supra*), la entidad adjudicadora podrá reservarse ese derecho en la solicitud de propuestas. De ser ese el caso, si el número de propuestas conformes excede del máximo fijado, la entidad adjudicadora seleccionará, de entre esas propuestas, el número prefijado de propuestas, con arreglo a los trámites y criterios indicados en la solicitud de propuestas, trámites y criterios que, al no estar regulados en la Ley Modelo, podrán variar de un proceso de contratación a otro. No cabe, por ello, excluir, con

arreglo a este método, cierto grado de subjetividad en esa selección. Debería tratar de mitigarse el riesgo de prácticas abusivas que ello entraña, exigiéndose que se especifiquen, en la solicitud de propuestas, los criterios y trámites que se habrán de aplicar para la selección, y que se notifiquen sin tardanza los resultados del examen y se justifique todo rechazo. De imponerse este requisito, todo concursante agraviado dispondría de una base para recurrir contra la decisión de la entidad adjudicadora. La aplicación de técnicas de gestión para supervisar el procedimiento también puede contribuir a afianzar esos instrumentos reguladores.

43. El párrafo 7) dispone que el número de concursantes invitados a participar en el diálogo deberá ser suficiente para que la competencia sea real. Este párrafo señala un mínimo deseable de tres concursantes, al igual que el párrafo 5) g). La entidad adjudicadora podrá, no obstante, proseguir la contratación, aun cuando únicamente se presenten una o dos propuestas conformes. El motivo por el que se faculta a ésta para proseguir con la contratación en tal situación, es porque aun en los casos en que haya un número suficiente de propuestas conformes, la entidad adjudicadora no dispone de medios para garantizar que la base competitiva se mantenga hasta el final de la fase de diálogo, dado que nada impide que en cualquier momento un concursante se retire del proceso de diálogo.

44. El párrafo 8) exige que el diálogo cumpla dos condiciones, a saber: que se celebre de modo concomitante y que sean siempre los mismos representantes de la entidad adjudicadora quienes lo dirijan a fin de asegurar la coherencia de los resultados. La disposición habla de “representantes” de la entidad adjudicadora, en plural, por considerar que el empleo de comités negociadores, integrados por varias personas constituye una buena práctica contra la corrupción. Ello no impedirá, como ya se dijo, que la entidad adjudicadora dialogue con un solo proveedor o contratista. El diálogo podrá llevarse a cabo en varias fases o rondas. En cada ronda, se irán definiendo mejor las necesidades de la entidad adjudicadora, lo que permitirá que los concursantes modifiquen, a su vez, sus propuestas en función de esas necesidades, de las observaciones del comité negociador y de las cuestiones planteadas durante el diálogo.

45. La mención que se hace, en párrafos sucesivos de este artículo, de los proveedores o contratistas que sigan participando denota la posibilidad de que descienda su número a medida que avance el diálogo. Cabe esperar que algunos concursantes decidan abandonar y que otros sean expulsados por la entidad adjudicadora por motivos previstos en la Ley Modelo o en alguna otra norma del derecho interno del Estado promulgante. A diferencia de algunos regímenes de contratación pública, que prevén métodos similares, la Ley Modelo no confiere a la entidad adjudicadora el derecho incondicional a dar por terminado el diálogo con algún concursante por la única razón de que ese concursante haya perdido, en su opinión, toda oportunidad realista de ganar el contrato. La fase de diálogo presupone una adaptación continua de las soluciones propuestas a las necesidades que se vayan redefiniendo, por lo que sería injusto eliminar a un concursante únicamente porque la entidad adjudicadora considere en un momento dado del diálogo que una solución no es válida. Si bien poner fin al diálogo con tales concursantes podría ahorrar tiempo y recursos a una y otra parte (ahorro tal vez significativo en este tipo de contratación), y, en consecuencia, podría reducir el riesgo de que la competencia se vea mermada en futuros procesos de contratación, la CNUDMI parte aquí del convencimiento de que los riesgos que entraña tal

práctica para la objetividad, la transparencia y la igualdad de trato son considerablemente mayores que sus posibles ventajas.

46. Ahora bien, nada debe impedir que la entidad adjudicadora pueda dar por terminado el diálogo por algún motivo previsto en la Ley Modelo o en alguna otra norma del derecho interno vigente en el Estado promulgante. La Ley Modelo prevé supuestos en los que se exige que la entidad adjudicadora excluya a un proveedor o contratista del proceso de contratación. Por ejemplo, éstos deberán ser excluidos a tenor del artículo 21 [\[**hiperenlace**\]](#) por haber ofrecido incentivos, por competencia desleal o conflictos de intereses, o por dejar de cumplir los requisitos de idoneidad (por ejemplo, en caso de quiebra), o por producirse, durante la fase de diálogo, algún desvío importante de su propuesta respecto de los requisitos o criterios de conformidad declarados no negociables desde el inicio del proceso. En tales casos, todo proveedor o contratista que se sienta agraviado podrá interponer un recurso, con arreglo al capítulo VIII, ya que la entidad adjudicadora deberá notificar con prontitud su decisión de dar por terminado el diálogo, exponiendo los motivos de su decisión. Podría ser conveniente informar a los concursantes, desde un principio, acerca de los motivos por los que la entidad adjudicadora puede verse obligada por ley a expulsarlos del proceso de contratación.

47. El párrafo 9) de este artículo limita la modificación de las condiciones del contrato adjudicable enunciadas al inicio de la contratación. A diferencia del artículo 15 [\[**hiperenlace**\]](#), que regula las modificaciones que puedan hacerse en el pliego de condiciones antes de que se presenten las ofertas o propuestas, el párrafo 9) fija límites para la modificación de cualquier aspecto de la solicitud de propuestas, después de que las propuestas iniciales hayan sido presentadas. La posibilidad de introducir tales cambios es inherente a este método de contratación; no dotar a la entidad adjudicadora de la debida flexibilidad a ese respecto iría en contra de lo que se pretende lograr mediante este procedimiento. La necesidad de hacer cambios puede estar justificada no sólo por el resultado del diálogo, sino también por circunstancias ajenas a éste (como, por ejemplo, ciertas medidas administrativas).

48. Ahora bien, las consecuencias negativas de una discrecionalidad sin límites podrían contrarrestar toda ventaja que pueda derivarse de esa flexibilidad. El párrafo 9) tiene por objeto establecer el equilibrio necesario, al impedir que la entidad adjudicadora pueda modificar determinadas condiciones de contratación, cuya trascendencia para el contrato anunciado sea tal, que su modificación obligaría a tener que anunciar un nuevo concurso. Dicho párrafo prohíbe que se hagan cambios en el objeto del contrato adjudicable, los criterios de calificación y evaluación, y los requisitos mínimos previstos con arreglo al párrafo 2) f) del artículo, así como con relación a todo elemento concerniente a la descripción del objeto del contrato adjudicable, o toda condición de ese contrato que la entidad adjudicadora haya excluido expresamente, al principio del proceso de adjudicación, de la materia que vaya a ser objeto de diálogo (es decir, todo requisito no negociable). Lo dispuesto en el párrafo 9) no debe impedir que los concursantes hagan cambios en sus propuestas a raíz del diálogo; ahora bien, todo desvío respecto de un requisito esencial del contrato adjudicable (como, por ejemplo, su objeto o los requisitos mínimos o no negociables) podrá dar lugar a la exclusión del proceso de adjudicación del concursante responsable de ese desvío.

49. El párrafo 10) prevé una medida esencial para asegurar la igualdad de trato de los concursantes a la hora de comunicarles cualquier información durante la fase de diálogo. Ese párrafo somete toda comunicación que se efectúe a las reglas de confidencialidad establecidas en el artículo 23, algunas de las cuales han sido concebidas específicamente para los métodos de contratación previstos en el capítulo V. Las cuestiones de confidencialidad revisten especial importancia en este método de contratación, dada la estructura y el alcance del diálogo. La regla general establece que no deberá darse a conocer o revelarse a los demás concursantes ninguna información relativa a ningún concursante en concreto o a su propuesta sin su consentimiento. En el párrafo 3) del artículo 24 [\[**hiperenlace**\]](#) se enumeran otras excepciones a esta regla de confidencialidad (en los casos en que lo exija la ley, lo ordene la autoridad competente o lo autorice el pliego de condiciones). (Véase el comentario sobre el artículo 24 en la sección *supra* [\[**hiperenlace**\]](#).)

50. La igualdad de trato que debe otorgarse a todos los concursantes durante la fase de diálogo requiere que se adopten determinadas medidas prácticas. La Ley Modelo únicamente menciona las más importantes, tales como las previstas en el párrafo 10), y la obligación de que las negociaciones se desarrollen de forma concomitante, bajo la dirección de los mismos representantes de la entidad adjudicadora (párrafo 8) de este artículo, tal y como se expone en el párrafo [39] *supra*). Conviene también que el comité negociador de la entidad adjudicadora estudie, al preparar la fase de diálogo, otras medidas posibles, tales como examinar la misma cuestión con los participantes de forma concomitante y durante el mismo espacio de tiempo. Asimismo, cabe prever que los Estados promulgantes deseen incluir en el reglamento de contratación pública algunas otras medidas prácticas.

51. Al terminar la fase de diálogo, debe concederse a cada uno de los concursantes que siga participando la misma oportunidad de presentar su mejor oferta definitiva, que deberá ser formulada como tal en función del curso seguido por su propia propuesta. Ese carácter, por así decir personal, de la propuesta, responde al rasgo distintivo de este método de adjudicación: la ausencia de un conjunto único y exhaustivo de condiciones de contratación, aparte de los requisitos técnicos mínimos con arreglo a los que se evaluarán todas las ofertas definitivas.

52. Los párrafos 11) y 12) regulan la fase de presentación de la mejor oferta definitiva. Las garantías previstas en esas disposiciones tienen por objeto garantizar la máxima transparencia y competencia. La solicitud de dichas ofertas deberá indicar el lugar, el modo y el plazo de presentación. Una vez presentada la mejor oferta definitiva, no habrá negociación alguna con los concursantes; tampoco podrá hacerse una nueva convocatoria de ofertas definitivas. Esta fase pone fin al diálogo y congela todas las condiciones contractuales y especificaciones técnicas ofrecidas por los concursantes, a fin de no dar lugar a que la entidad adjudicadora pueda valerse de la oferta de un concursante para presionar a otro, en particular, en lo relativo al precio. De otro modo, con el fin de protegerse contra ese tipo de presiones, los concursantes podrían decidir aumentar los precios ofertados, lo que pondría en peligro la integridad del mercado.

53. El párrafo 12) prohíbe toda negociación sobre las condiciones de la mejor oferta definitiva. Esta disposición debe leerse junto con las disposiciones previstas en el artículo 16 [\[**hiperenlace**\]](#), que permiten a la entidad adjudicadora pedir aclaraciones sobre la mejor oferta definitiva o sobre cualquier otro elemento presentado, si bien no permite que el precio u otra información importante sea

modificada mediante el proceso de aclaraciones, tal y como se explica en el comentario sobre ese artículo [\[**hiperenlace**\]](#). La fase de diálogo significa que el procedimiento previsto en el artículo 16 [\[**hiperenlace**\]](#) es innecesario en lo que respecta a las propuestas iniciales, a menos que haya dudas en cuanto a si éstas cumplen los criterios mínimos establecidos en la solicitud de propuestas.

54. El párrafo 13) trata de la adjudicación del contrato con arreglo a este método de contratación. El contrato será adjudicado a la oferta declarada ganadora de conformidad con el método y según los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas. Al hacer referencia al método y los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas, esta disposición reitera, implícitamente, la prohibición de modificar ese método o esos criterios durante la fase de diálogo, prohibición prevista en el párrafo 9) de este artículo, tal y como se expone en los párrafos anteriores [\[**42 y 43**\]](#) *supra*.

55. La entidad adjudicadora deberá llevar un registro exhaustivo por escrito del proceso de contratación y de las negociaciones habidas con cada concursante en la fase de diálogo, y deberá dar acceso a todo concursante interesado a las partes que proceda de ese expediente, según lo dispuesto en el artículo 25 [\[**hiperenlace**\]](#). El correcto mantenimiento de ese expediente es esencial a la hora de supervisar o incluso auditar todo contrato adjudicado por este método, así como para que todo concursante que se sienta agraviado pueda interponer un recurso, si procede.