



# Asamblea General

Distr. general  
25 de marzo de 2019  
Español  
Original: inglés

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

52º período de sesiones

Viena, 8 a 26 de julio de 2019

### **Alianzas público-privadas (APP): Propuestas de actualización de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada* (revisión del capítulo III)**

#### Nota de la Secretaría

#### Índice

	<i>Página</i>
III. Adjudicación de contratos . . . . .	2
A. Observaciones generales. . . . .	2
B. Preselección de los licitantes . . . . .	10
C. Procedimientos para la solicitud de propuestas . . . . .	15
D. Adjudicación del contrato mediante negociación directa . . . . .	30
E. Propuestas no solicitadas . . . . .	33
F. Confidencialidad . . . . .	39
G. Anuncio de la adjudicación del proyecto . . . . .	39
H. Expediente del procedimiento de selección y adjudicación. . . . .	39
I. Vías de recurso. . . . .	42



### III. Adjudicación de contratos

#### A. Observaciones generales

1. El presente capítulo trata de los métodos y procedimientos recomendados para la adjudicación de contratos de participación público-privada. En consonancia con lo que aconsejan organizaciones internacionales como la ONUDI<sup>1</sup> y el Banco Mundial<sup>2</sup>, en la *Guía* se expresa una clara y decidida preferencia por el empleo de procedimientos de selección competitivos, que son ampliamente reconocidos como los más adecuados para promover la economía, la eficiencia y la transparencia, entre otros principios generales que deberían guiar las leyes y los reglamentos que rigen las alianzas público-privadas (APP) (véase el cap. I, párr. ...). Esto concuerda además con lo establecido en el artículo 9, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que dispone que cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias “para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción”. En la *Guía* se reconoce, sin embargo, que en circunstancias excepcionales podrán adjudicarse contratos sin recurrir a procedimientos competitivos en consideración de los aspectos específicos del proyecto, pero con sujeción a las salvaguardias recomendadas en el presente documento (véanse los párrs. ...).

2. Los procedimientos de selección recomendados en el presente capítulo reúnen algunas de las características de la solicitud de propuestas con diálogo prevista en el artículo 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública<sup>3</sup>. Además de la solicitud de propuestas con diálogo, la Ley Modelo prevé otros métodos de contratación, como la licitación en dos etapas (art. 48) o la negociación competitiva (art. 51), que también pueden utilizarse para la adjudicación de contratos de participación público-privada, en función de las características de los proyectos y de la evaluación que realice la autoridad contratante durante la etapa de planificación (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). Cuando corresponde, el presente capítulo remite al lector a esas y a varias otras disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública que son útiles para complementar el proceso de selección que aquí se describe. Al elegir el método de selección más apropiado y adoptar una decisión sobre su estructura y sobre la forma de aplicarlo en la práctica, la autoridad contratante debería tener en cuenta también los principios generales de las leyes y reglamentos que rigen las APP (véase el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párrs. ...) y los objetivos que deberá alcanzar un proceso adecuado de adjudicación de contratos de participación público-privada (véanse los párrs. ...).

#### 1. Procedimientos de selección que abarca la *Guía*

3. Los proyectos de participación público-privada permiten a la autoridad contratante agrupar varias actividades que de otro modo habría contratado por separado (a saber, el diseño, la construcción, la explotación y el mantenimiento, y también la financiación y la gestión general de la obra de infraestructura o el servicio durante todo su ciclo de vida). El objetivo general es redistribuir los riesgos entre los sectores público y privado de tal forma que sea un incentivo para mejorar el suministro de obras de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos. Sin embargo, aun si se trata de proyectos que han de ser financiados en su totalidad por el sector privado, y la financiación reembolsada con los derechos u otros pagos que efectúen los usuarios, la administración pública es la responsable en último término de la calidad y el costo de la infraestructura y los servicios. Por lo tanto, salvo algunas cuestiones que son propias de las APP y que,

<sup>1</sup> *Directrices para el desarrollo de la infraestructura mediante proyectos de construcción-explotación-traspaso (CET)*, Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, págs. 103 y ss. (publicación de la ONUDI, núm. de venta UNIDO.95.6.S).

<sup>2</sup> *Public-Private Partnerships Reference Guide — Version 3*, Banco Mundial y asociados, págs. 160 y ss. (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, 2017).

<sup>3</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (2011).

por consiguiente, no suelen estar reglamentadas en los procedimientos de contratación pública, la mayor parte del proceso de selección del socio privado debería ajustarse a los principios y las mejores prácticas pertinentes de la contratación pública y coexistir con ellos.

4. En el presente capítulo se tratan principalmente los procedimientos de selección que se prestan para ser utilizados en proyectos de infraestructura que entrañan la obligación, por parte del socio privado seleccionado, de encargarse de la financiación, diseño y construcción física, reparación o ampliación de la obra de infraestructura de que se trate con miras a su posterior explotación privada y a la prestación de servicios al público por parte del socio privado. Los procedimientos de adjudicación que se examinan en el presente capítulo pueden servir también para la adjudicación de contratos de participación público-privada en virtud de los cuales la obra de infraestructura que se pretende construir o reacondicionar será utilizada por la autoridad contratante u otra entidad pública para atender sus propias necesidades, o para albergar servicios públicos, pero la explotación y el mantenimiento corresponderán al socio privado. El presente capítulo no trata específicamente de otros métodos de selección de proveedores de servicios públicos mediante la concesión de licencias o procedimientos similares, ni de simple enajenación de bienes del Estado o empresas estatales a través de aumentos de capital o de ofertas de acciones.

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

5. Para la adjudicación de los contratos de participación público-privada, la autoridad contratante puede recurrir a métodos y procedimientos ya previstos en las leyes del país anfitrión, o introducir procedimientos especialmente concebidos para ese fin. La ley del país puede especificar y regular el método más apropiado para seleccionar al socio privado de la APP a fin de que el proceso sea transparente. En todos los casos, es importante velar por que esos procedimientos propicien en general el logro de los objetivos fundamentales de las normas que rigen la adjudicación de contratos públicos. Esos objetivos se examinan brevemente a continuación.

### **a) Economía y eficiencia**

6. En relación con los proyectos de participación público-privada, por “economía” se entiende la selección de un socio privado que tenga la capacidad de ejecutar obras y prestar servicios de la calidad deseada al precio más ventajoso, o que presente la mejor oferta comercial. La experiencia demuestra que una de las mejores formas de lograr esa economía es fomentando la competencia entre los licitantes. La competencia los incentiva a ofrecer las condiciones más ventajosas y puede alentarlos a adoptar tecnologías o métodos de producción eficientes o innovadores con ese fin.

7. Cabe señalar, sin embargo, que la competencia no requiere necesariamente la participación de un gran número de licitantes en un proceso de selección determinado. Puede incluso haber motivos por los que la autoridad contratante desee limitar los licitantes a un número controlable si se trata de proyectos de gran magnitud (véase el párr. ...). Siempre que existan los procedimientos apropiados, la autoridad contratante podrá obtener las ventajas que obtendría de una verdadera competencia, aun cuando la base competitiva sea limitada.

8. Generalmente se puede promover la economía a través de la participación de empresas extranjeras en el proceso de selección. La participación extranjera no solo puede ampliar la base competitiva, sino además tener como consecuencia la adquisición por la autoridad contratante de tecnologías de las que no se dispone en el país. La participación extranjera en el proceso de selección tal vez sea necesaria si el país carece de los conocimientos técnicos del tipo que la autoridad contratante necesita. Los países que deseen beneficiarse de la participación extranjera deberán velar por que sus leyes y procedimientos aplicables propicien esa participación.

9. Por “eficiencia” se entiende la selección de un socio privado dentro de un plazo razonable, utilizando un mínimo de trámites administrativos y a un costo asequible tanto para la autoridad contratante como para los licitantes. Además de las pérdidas directas

que ocasione a la autoridad contratante el empleo de un proceso de selección ineficiente (debido, por ejemplo, a demoras o a elevados costos administrativos), los procedimientos excesivamente costosos o engorrosos pueden provocar un aumento de los costos generales del proyecto o incluso inducir a empresas competentes a abstenerse por completo de participar en el proceso de selección, lo que pondría en peligro el objetivo último de atraer a los mejores operadores económicos posibles para el proyecto.

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

10. Otro objetivo importante de las normas que rigen la selección del socio privado es promover la integridad del proceso y la confianza en él. Por lo tanto, todo sistema de selección adecuado normalmente contendrá disposiciones que tengan por objeto asegurar a los licitantes un trato equitativo, reducir o desalentar los abusos deliberados o involuntarios del proceso de selección por parte de las personas que lo administran o de las empresas que participan en él y velar por que las decisiones sobre la selección se adopten con arreglo a criterios apropiados.

11. La promoción de la integridad del proceso de selección ayudará a fomentar la confianza pública en dicho proceso y en el sector público en general. Con frecuencia los licitantes se abstendrán de invertir tiempo y dinero en cantidades a veces sustanciales para participar en el proceso de selección, a menos que tengan la seguridad de que recibirán un trato equitativo y de que existe una probabilidad razonable de que sus propuestas u ofertas sean aceptadas. Es probable que los que participen en el proceso de selección a pesar de no tener esa seguridad sobrevaloren el costo del proyecto para cubrir el aumento de los riesgos y de los gastos de participación. Si se procura que el proceso de selección se lleve a cabo de manera apropiada, se puede reducir o eliminar esa tendencia y lograr condiciones más favorables para la autoridad contratante.

12. Con el fin de prevenir la corrupción de los funcionarios públicos, incluidos los empleados de las autoridades contratantes, el país anfitrión deberá disponer de un sistema eficaz de sanciones, entre ellas, sanciones penales como la inhabilitación o la exclusión del proceso de selección, que sean aplicables a los funcionarios encargados del proceso de selección y a los licitantes que participen en él por los actos ilícitos que cometan. Los conflictos de intereses también deberán evitarse, por ejemplo, exigiendo que los funcionarios de la autoridad contratante o cada uno de los miembros de la comisión de evaluación, o el evaluador único, señalen en una declaración al iniciarse el proceso que no tienen conflictos de intereses. Los funcionarios y sus cónyuges, parientes o asociados no podrán poseer títulos de deuda ni acciones en una empresa participante en un proceso de selección, ni podrán aceptar desempeñar el cargo de director o empleado de esa empresa. Además, de conformidad con las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (art. 21), la ley que rige los procesos de selección debería obligar a la autoridad contratante a rechazar toda oferta o propuesta presentada por una parte que conceda o acuerde conceder, directa o indirectamente, a una persona que sea o haya sido funcionario o empleado de la autoridad contratante o de otra autoridad pública, alguna ventaja financiera, una oferta de empleo o cualquier otro servicio u objeto de valor, a título de incentivo, para influir en algún acto o decisión de la autoridad contratante o en el procedimiento seguido por esta en relación con el proceso de selección. La obligación se aplicará en cualquier momento del proceso de selección y no se limitará al período de licitación. Estas disposiciones pueden complementarse con otras medidas, como el requisito de que todas las empresas convocadas a participar en el proceso de selección se comprometan a abstenerse de influir indebidamente en las decisiones de los funcionarios públicos que participen en ese proceso o de distorsionar en alguna otra forma el libre juego de la competencia mediante colusión u otras prácticas ilícitas (a saber, el llamado “convenio de integridad”). Igualmente, la práctica de algunos países en materia de contratación pública exige que los licitantes garanticen que ningún funcionario de la entidad adjudicadora ha recibido ni recibirá del licitante beneficio directo ni indirecto alguno derivado del contrato o de su adjudicación. El incumplimiento de esa disposición constituye normalmente incumplimiento de una cláusula esencial del contrato.

13. La confianza de los inversionistas se puede fomentar además mediante disposiciones adecuadas que protejan el carácter confidencial de la información patentada que presenten durante el proceso de selección. Ello debería incluir garantías suficientes de que la autoridad contratante tratará las solicitudes de precalificación o de preselección, así como las propuestas que se reciban, de manera que impida la revelación de su contenido a sus competidores o a cualquier persona no autorizada; de que toda conversación o negociación tendrá carácter confidencial; y de que la información comercial o de otra índole que los licitantes incluyan en sus propuestas no se dará a conocer a sus competidores.

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

14. La transparencia de las leyes y los procedimientos, en particular las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas con valor de precedente vinculante, que rigen la selección del socio privado contribuirá a la consecución de varios de los objetivos de política mencionados. Son leyes transparentes aquellas en que las normas y los procedimientos que la autoridad contratante y los licitantes deben seguir se dan a conocer íntegramente, no son demasiado complejos y se presentan de manera sistemática y comprensible. Son procedimientos transparentes los que permiten a los licitantes comprobar qué procedimientos ha seguido la autoridad contratante y qué criterios han guiado sus decisiones. La publicación por parte de la autoridad pública de las oportunidades que se ofrecerán en el futuro cercano es otro medio de lograr transparencia, pues ayuda a los posibles licitantes a saber cuál será el objeto de la contratación y cómo se deberá proceder.

15. Una de las formas más importantes de promover una actuación transparente y responsable es disponer que la autoridad contratante tenga la obligación de llevar un expediente del proceso de selección (véanse los párrs. ...). Un expediente en el que se resume la información principal sobre el proceso facilita el ejercicio del derecho de recurso de los licitantes que se hayan visto perjudicados. De ese modo se contribuirá también a que, en la medida de lo posible, las normas que rigen el proceso de selección operen de modo tal que controlen su propia aplicación y aseguren su propio cumplimiento. Además, la existencia en la ley de disposiciones que obliguen al mantenimiento de expedientes facilitará la labor de las autoridades públicas que ejercen funciones de auditoría o control y promoverá la rendición de cuentas por las autoridades contratantes al público en general acerca de la adjudicación de contratos de infraestructura. De hecho, cada vez más legislaciones nacionales exigen que se publiquen los contratos adjudicados en aras de la transparencia y la rendición de cuentas (véanse los párrs. ...*infra*). La obligación de revelar información por parte de las autoridades contratantes o reguladoras no ha de limitarse a las cláusulas principales del contrato de participación público-privada, sino que también puede abarcar ciertos elementos esenciales de la ejecución del contrato, como la cuantía de los pagos realizados por entidades de la administración pública al socio privado o una evaluación del desempeño del socio privado en función de parámetros de referencia contractuales o normativos (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. ...).

16. Un importante corolario de los objetivos de economía, eficiencia, integridad y transparencia es la disponibilidad de vías de recurso administrativas y judiciales contra las decisiones de las autoridades involucradas en el proceso de selección (véanse los párrs. ...).

**3. Características especiales de los procedimientos de selección para APP**

17. Los sistemas modernos de contratación pública ofrecen a las autoridades públicas una amplia variedad de métodos de contratación y mayor libertad para decidir cuál es el procedimiento que puede satisfacer mejor sus necesidades. El carácter formal y la objetividad y previsibilidad que caracterizan a los procedimientos de selección competitivos generalmente ofrecen condiciones óptimas para la competencia, transparencia y eficiencia. Ese es el motivo por el que la utilización de procedimientos de selección competitivos para APP ha sido recomendada por la ONUDI, que ha

formulado orientaciones prácticas detalladas sobre la forma de estructurar esos procedimientos<sup>1</sup>. Las políticas de contratación del Banco Mundial también propugnan el uso de procedimientos de selección competitivos a nivel nacional, cuando existan disposiciones apropiadas a ese respecto en la legislación del país. Un socio privado seleccionado con arreglo a procedimientos de licitación aceptables para el Banco Mundial generalmente tendrá libertad para seguir sus propios procedimientos de adjudicación de los contratos que sean necesarios para ejecutar el proyecto.

18. Cabe señalar, sin embargo, que hasta el momento no existe ningún modelo legislativo internacional concebido específicamente para los procedimientos de selección competitivos para APP. Las leyes nacionales sobre procedimientos competitivos para la contratación pública de servicios redactadas recientemente pueden aplicarse a las APP o pueden contener disposiciones específicas aplicables a estas. En los proyectos de pequeña envergadura, o cuando los requisitos de la autoridad contratante son tan claros que es posible formular las especificaciones y los criterios de evaluación sin necesidad de entablar consultas o diálogos con los posibles licitantes, cabe la posibilidad de utilizar los procedimientos que en general se siguen en las licitaciones públicas. No obstante, en la mayoría de los casos es aconsejable que la administración pública considere la posibilidad de revisar la idoneidad de los procedimientos vigentes para la selección del socio privado de un proyecto de participación público-privada, teniendo en cuenta las cuestiones que se presentan específicamente en el caso de las APP y que se examinan brevemente a continuación.

**a) Número de licitantes que se convocará**

19. La adjudicación de proyectos de participación público-privada suele entrañar procedimientos complejos, prolongados y costosos, y la mera magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura reduce la probabilidad de obtener propuestas de un elevado número de licitantes que estén debidamente calificados. De hecho, los licitantes competentes tal vez sean renuentes a participar en licitaciones de proyectos de alto valor si el número de licitantes es demasiado grande y si corren el riesgo de tener que competir contra propuestas poco realistas o presentadas por licitantes no calificados. Por lo tanto, no suele ser aconsejable convocar una licitación abierta para la adjudicación de la mayoría de los contratos de participación público-privada sin que exista una etapa de preselección.

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

20. En la contratación pública tradicional de obras de construcción, la autoridad contratante suele asumir la función de *maître d'ouvrage* o empleador, en tanto que el contratista seleccionado es el encargado de ejecutar las obras. En los procedimientos de contratación se hace hincapié en cuál ha de ser la aportación del contratista; es decir, la autoridad contratante establece claramente lo que se deberá construir, en qué forma y de qué modo. Por lo tanto, es frecuente que las convocatorias a licitación para obras de construcción vayan acompañadas de especificaciones técnicas extensas y muy detalladas sobre el tipo de obras y servicios que se han de contratar. En esos casos, la autoridad contratante se encargará de que las especificaciones se ajusten al tipo de obra de infraestructura que se deberá construir y de que esta se pueda explotar eficientemente.

21. Sin embargo, en muchos proyectos de participación público-privada, la autoridad contratante puede prever una distribución diferente de las responsabilidades entre el sector público y el sector privado. En esos casos, tras haber establecido la necesidad de llevar a cabo una obra de infraestructura determinada, la autoridad contratante tal vez prefiera dejar en manos del sector privado la responsabilidad de proponer la mejor solución para satisfacer esa necesidad, con sujeción a ciertos requisitos que ella misma podrá establecer (por ejemplo, requisitos reglamentarios de ejecución o de seguridad, prueba suficiente de que las soluciones técnicas propuestas han sido ensayadas previamente y de que cumplen debidamente normas de seguridad y de otra índole internacionalmente aceptables). Así, en el proceso de selección utilizado por la autoridad contratante se podrá poner más énfasis en el producto previsto del proyecto (es decir, los servicios o bienes que se han de proporcionar) que en los detalles técnicos

de las obras que se han de realizar o en los medios que se utilizarán para prestar esos servicios (véanse los párrs. ...).

**c) Criterios de evaluación**

22. Si se trata de proyectos que serán financiados y explotados por las autoridades públicas y que serán de su propiedad, generalmente los bienes, las obras de construcción o los servicios se pagan con cargo a los fondos disponibles en virtud de las asignaciones presupuestarias aprobadas. Al estar los fondos generalmente asegurados, el principal objetivo de la entidad adjudicadora es obtener el máximo rendimiento de los fondos que gasta. Por lo tanto, en esos tipos de contratación, el factor decisivo para elegir la oferta ganadora entre las distintas propuestas que sean aceptables desde el punto de vista técnico y que respondan a las necesidades del proyecto (es decir, aquellas que hayan superado los requisitos de calidad y los requisitos técnicos) suele ser el precio global propuesto para las obras de construcción, que se calcula sobre la base del costo de estas y de otros gastos que deberá efectuar el contratista, más un cierto margen de beneficios.

23. A su vez, se prevé que muchas de las APP puedan autofinanciarse, y que los gastos de construcción y explotación se recuperen con los ingresos del propio proyecto, aunque algunos proyectos (“APP que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión”) pueden entrañar un pago específico por parte de la autoridad contratante (véase la Introducción, párr. ...). Por lo tanto, además de los gastos de construcción y explotación y del precio que pagarán los usuarios o la autoridad pública deberán tenerse en cuenta varios otros factores vinculados a la capacidad del posible socio privado para hacer frente a determinados riesgos del proyecto que el sector público no está dispuesto a asumir (principalmente –pero no solo– en relación con la tecnología o el sector de que se trata). Por ejemplo, la autoridad contratante deberá examinar detenidamente la viabilidad financiera y comercial de los proyectos presentados por los licitantes en el marco de la evaluación preliminar realizada por la autoridad pública, la solidez de los arreglos financieros propuestos por los licitantes, la fiabilidad de las soluciones técnicas utilizadas y su adaptabilidad al contexto local. Deberá obrar así aun cuando el proyecto no entrañe garantías ni pagos de la administración pública, ya que los proyectos inacabados o los proyectos con grandes sobrecostos o cuyos costos de mantenimiento sean superiores a los previstos suelen repercutir negativamente en la disponibilidad general de los servicios necesarios y en la opinión pública del país anfitrión. Asimismo, la autoridad contratante procurará formular criterios de calificación y evaluación que asignen la debida importancia a la necesidad de asegurar la prestación ininterrumpida del servicio público de que se trate y, en su caso, el acceso universal a este. Además, dada la duración generalmente prolongada de los contratos de participación público-privada, la autoridad contratante deberá cerciorarse de que los arreglos propuestos para la etapa de explotación sean sólidos y aceptables y evaluará cuidadosamente los elementos de las propuestas que se refieran a servicios (véase el párr. ...). De conformidad con las buenas prácticas que se siguen en proyectos de construcción de gran envergadura, entre los criterios de evaluación deberán tenerse en cuenta también los costes de todo el ciclo de vida. Ello reviste incluso mayor importancia en los proyectos de participación público-privada en que los licitantes tienen la libertad de ofrecer varias propuestas técnicas para alcanzar los resultados previstos, ya que llevar a la práctica algunas de esas propuestas puede resultar mucho más costoso, en comparación con otras.

**d) Negociaciones con los licitantes**

24. Las leyes y reglamentos que rigen el procedimiento de licitación para la adquisición de bienes y servicios generalmente prohíben las negociaciones entre la autoridad contratante y los contratistas respecto de las propuestas que estos hayan presentado. La razón de que se establezca una prohibición tan estricta, que también está contemplada en el artículo 44 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, es que las negociaciones se podrían convertir en una “subasta”, en la que la propuesta presentada por un contratista se utilizaría para presionar a otro contratista para que ofreciera un precio inferior o presentara una propuesta más favorable en algún

otro sentido. Debido a esa estricta prohibición, normalmente se pide a los contratistas seleccionados para proporcionar bienes o prestar servicios con arreglo a los procedimientos de contratación tradicionales que firmen los documentos contractuales estándar que les son presentados durante el proceso de contratación.

25. La situación es diferente en el caso de la adjudicación de contratos de participación público-privada. Debido a la complejidad y la larga duración de esos proyectos, es poco probable que la autoridad contratante esté en condiciones de determinar de antemano cuáles serían los requisitos técnicos y de otra índole necesarios para llevar a cabo el proyecto sin examinar con los licitantes calificados las necesidades y las diversas opciones disponibles para satisfacerlas. Esta es la razón por la que en la *Guía* se recomienda el uso de un proceso de selección como la solicitud de propuestas con diálogo prevista en el artículo 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, en el que se establece una estructura transparente para las negociaciones entre la autoridad contratante y los licitantes en una etapa del proceso que no implique modificar la base sobre la que se hubiera llevado a cabo la competencia (véanse los párrs. ...; véase también el cap. II en relación con la importancia de una buena planificación y preparación de los proyectos para aclarar el alcance de las negociaciones en la etapa de selección).

#### **4. Preparativos del proceso de selección**

26. La adjudicación de contratos de participación público-privada es, en la mayoría de los casos, un procedimiento complejo que exige una cuidadosa planificación y coordinación entre las oficinas involucradas. Al velar por la disponibilidad de apoyo administrativo y de personal suficiente para llevar a cabo el tipo de proceso de selección elegido, la administración pública contribuye de manera esencial a fomentar la confianza en dicho proceso. Además, generalmente se considera que la participación de una dependencia o una oficina encargada de las APP a nivel nacional o local es una buena práctica que permite simplificar la preparación del proceso de selección.

##### **a) Información anticipada sobre proyectos de participación público-privada próximamente adjudicables**

27. Los países que incluyan los proyectos de participación público-privada en su planificación sobre infraestructura a mediano y largo plazo, como se les alienta a hacer en la *Guía* (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...), tal vez deseen publicar información sobre los procedimientos de selección previstos o posibles para los proyectos de participación público-privada que tengan previsto adjudicar en los próximos meses o años, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. El objetivo de esa notificación anticipada es informar al mayor número de proveedores y contratistas acerca de las oportunidades de contratación, evaluar su interés en participar y planificar su participación con antelación. La publicación de esa información también puede tener efectos positivos en el contexto más amplio de la gobernanza, en particular en la apertura del proceso de contratación a la revisión por parte del público en general y a la participación de la sociedad civil y la comunidad local. En la práctica, publicar esos avisos por adelantado puede servir, por ejemplo, para determinar si el mercado tiene capacidad para responder a las necesidades de la autoridad contratante antes de que se inicie el proceso de selección. Ese tipo de estudio de mercado puede resultar útil en el caso de mercados en rápida evolución (por ejemplo, en el sector de la información y las telecomunicaciones), pues permite al sector público determinar si recientemente han surgido soluciones innovadoras o si se prevé que eso ocurra. Las respuestas a esos avisos publicados por adelantado pueden revelar que no es ni factible ni conveniente llevar a cabo el proyecto en la forma prevista por la autoridad pública. Sobre la base de los datos reunidos, la autoridad contratante podrá adoptar una decisión más fundamentada con respecto al método de selección que sería más apropiado para adjudicar el futuro contrato. Esos avisos que se publican por adelantado no se deben confundir con las convocatorias de expresiones de interés que se publican normalmente junto con los llamados a presentación de propuestas (véanse los párrs. ...), ya que la publicación de



esas convocatorias no obliga a la autoridad contratante a solicitar propuestas a todos aquellos que hayan expresado interés.

**b) Nombramiento del comité de selección**

28. Una medida preparatoria importante es la designación del comité que se encargará de evaluar las propuestas y formular una recomendación a la autoridad contratante sobre la adjudicación del contrato. El nombramiento de miembros calificados e imparciales para que integren el comité de selección no es solo un requisito necesario para la evaluación eficiente de las propuestas, sino que puede fomentar aún más la confianza de los licitantes en el proceso de selección.

29. Otra medida preparatoria importante es el nombramiento de asesores independientes que prestarán asistencia a la autoridad contratante en el proceso de selección. La autoridad contratante tal vez necesite, en esta primera etapa, contratar los servicios de expertos o asesores independientes para que la ayuden a establecer criterios de calificación y evaluación apropiados, definir los indicadores del desempeño (y, de ser necesario, las especificaciones del proyecto) y preparar la documentación que se hará llegar a los licitantes. También pueden contratarse asesores y servicios de consultoría para que presten asistencia a la autoridad contratante en la evaluación de las propuestas, y en la redacción y negociación del acuerdo sobre el proyecto. Los consultores y los asesores también aportan una gran variedad de conocimientos técnicos de los que tal vez no siempre disponga la administración pública de la autoridad contratante y que pueden resultar de gran ayuda, como asesoramiento técnico o de ingeniería (por ejemplo, sobre la evaluación técnica del proyecto o las instalaciones y sobre los requisitos técnicos del contrato); asesoramiento ambiental (por ejemplo, evaluación ambiental y requisitos de explotación); o asesoramiento jurídico y financiero (por ejemplo, sobre las proyecciones financieras, el examen de las fuentes de financiación, la evaluación de la relación adecuada entre deuda y recursos propios y la redacción de los documentos contractuales y de información financiera).

**c) Estudios de viabilidad y otros estudios**

30. Como se indicó anteriormente (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párr. ...), una de las primeras medidas que deberá adoptar la administración pública en relación con una propuesta de proyecto de infraestructura es llevar a cabo una evaluación preliminar de su viabilidad en que se analicen, entre otros, los aspectos económicos y financieros, como las ventajas económicas que se prevé reportará el proyecto y el costo estimado y los ingresos que cabe esperar de la explotación de la obra de infraestructura, así como sus efectos sociales y su impacto ambiental. La opción de realizar la obra de infraestructura como proyecto de participación público-privada presupone una conclusión favorable acerca de la viabilidad técnica y financiera de ejecutar el proyecto en esa forma, con exclusión de cualquier otro método de contratación. En algunos países, se ha considerado conveniente disponer que haya cierta participación pública en la evaluación preliminar de los efectos sociales y el impacto ambiental del proyecto y de las diversas opciones disponibles para reducirlos al mínimo.

31. Antes de iniciar el proceso que conduce a la selección de un socio privado, es aconsejable que la autoridad contratante examine y, en la mayoría de los casos, amplíe esos estudios iniciales. En algunos países se aconseja a las autoridades contratantes que formulen proyectos modelo con fines de referencia (en los que normalmente se incluirá una estimación de la inversión de capital y de los gastos de explotación y mantenimiento) antes de llamar al sector privado a presentar propuestas. La finalidad de esos proyectos modelo es demostrar la viabilidad de la explotación comercial de la infraestructura y la asequibilidad del proyecto en lo que respecta a su costo total de inversión y a su costo para el público. Además, los proyectos modelo serán de utilidad a la autoridad contratante como instrumentos de comparación y evaluación de las propuestas. La confianza de los licitantes aumentará al ver que la autoridad contratante ha analizado detenidamente los supuestos técnicos, económicos y financieros del proyecto, así como la función que se prevé que desempeñe el sector privado.

**d) Preparación de la documentación**

32. El proceso de selección para la adjudicación de contratos de participación público-privada normalmente exige la preparación de una extensa documentación, a saber, una descripción del proyecto, los documentos de preselección, el llamado a presentación de propuestas, las instrucciones para la preparación de las propuestas y un borrador del contrato de participación público-privada. La calidad y claridad de los documentos emitidos por la autoridad contratante es una importante garantía de que el proceso de selección será eficiente y transparente. También en este caso, se ha calificado en general de muy positiva la labor que desempeñan en el procedimiento las dependencias encargadas de las APP, pues reúnen para publicación documentos claros y concisos que están en consonancia con la práctica de los licitantes.

33. La documentación normalizada preparada en términos suficientemente precisos puede ser un elemento importante para facilitar las negociaciones entre los licitantes y los futuros prestamistas e inversionistas. También puede servir para que se traten de manera coherente los problemas que son comunes a la mayoría de los proyectos relacionados con un sector determinado. No obstante, cuando se recurra a cláusulas contractuales modelo es aconsejable tener presente la posibilidad de que determinado proyecto plantee cuestiones no previstas al elaborar el documento modelo o de que el proyecto requiera soluciones que difieran de las cláusulas modelo. Se debe prestar especial atención a la necesidad de lograr un equilibrio adecuado entre el nivel de uniformidad que se desea para un tipo particular de acuerdo sobre el proyecto y la flexibilidad que pueda ser necesaria para encontrar soluciones para cada proyecto en particular.

**B. Preselección de los licitantes**

34. Habida cuenta de la naturaleza técnica que tiene la mayoría de los proyectos de participación público-privada y de la complejidad de muchos de ellos, la autoridad contratante debe llamar a presentar propuestas únicamente a los licitantes que cumplan ciertos criterios de calificación. En la contratación pública tradicional, el proceso de precalificación puede consistir en la verificación de ciertos requisitos formales, tales como la constancia suficiente de la capacidad técnica o la experiencia previa que se requiere para el tipo de contratación de que se trate, a fin de que todos los licitantes que cumplan los criterios de precalificación sean admitidos automáticamente a la etapa de licitación. El proceso de preselección para proyectos de contratación o de participación público-privada complejos puede, a su vez, incluir elementos de comparación y selección, lo que puede ocurrir, por ejemplo, si la autoridad contratante asigna una puntuación a los licitantes preseleccionados (véase el párr. ...).

35. En las orientaciones prácticas sobre el proceso de selección emitidas por algunos países se alienta a las autoridades contratantes nacionales a limitar el número de propuestas que seleccionen al mínimo necesario para que pueda considerarse que ha habido competencia (por ejemplo, tres o cuatro). Con ese fin, algunos países aplican una escala cuantitativa de calificación basada en criterios de conformidad técnicos, de gestión, financieros, ambientales, éticos y de otra índole, como la ausencia de inhabilitaciones anteriores y de antecedentes de corrupción, teniendo en cuenta la naturaleza del proyecto. Se ha determinado que los criterios de preselección cuantitativos son más transparentes y más fácilmente aplicables que los criterios cualitativos, que entrañan el uso de un puntaje basado en méritos. Sin embargo, al idear un sistema de calificación cuantitativa, es importante que no se limite innecesariamente la discrecionalidad de la autoridad contratante a la hora de evaluar las calificaciones de los licitantes. Además, la autoridad contratante tal vez deba tener en cuenta el hecho de que las directrices sobre contratación pública de algunas instituciones financieras multilaterales pueden restringir el uso de procedimientos de preselección a fin de limitar el número de licitantes a un número predeterminado. En cualquier caso, si se va a utilizar el sistema de calificación, esa circunstancia deberá indicarse claramente en los documentos de preselección. En algunos proyectos de pequeña envergadura y menos complejos, a la autoridad contratante puede resultarle difícil hacer una selección inicial

de los posibles licitantes mediante un sistema de puntuación cuantitativo debido al gran número de proveedores o contratistas que poseen en esencia las mismas calificaciones y que, por tanto, cumplirían los requisitos para participar en la licitación. En esas situaciones tan competitivas, la autoridad contratante tendría dificultades para formular criterios de licitación y diseñar métodos para la calificación de los licitantes que garantizaran un proceso de selección eficiente. En algunos países, las autoridades contratantes intentan lograr ese resultado eligiendo a los proveedores o contratistas mediante un proceso aleatorio, por ejemplo, haciendo un sorteo entre los proveedores o contratistas precalificados incluidos en una lista de proveedores. Por su parte, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no se prevén listas de proveedores, ya que se consideró que las disposiciones sumamente flexibles del capítulo VII de la Ley Modelo sobre los acuerdos marco ofrecían las mismas ventajas que esas listas sin que hubiera que correr los graves riesgos planteados en materia de transparencia y competencia.

## 1. Convocatoria a participar en el proceso de preselección

36. A fin de promover la transparencia y la competencia, es aconsejable publicar la convocatoria a participar en el proceso de preselección de modo que llegue a un público lo suficientemente amplio para que la competencia sea real. Las leyes de muchos países establecen el medio de difusión, normalmente el Boletín Oficial u otro medio oficial, en el que se ha de publicar la convocatoria al proceso de preselección. La publicación en forma electrónica de la convocatoria a través de portales especializados, entre ellos el sitio web de la dependencia encargada de las APP, si la hubiera, es otro medio eficaz utilizado ampliamente para difundir la convocatoria al proceso de precalificación. Con vistas a fomentar la participación de empresas extranjeras y maximizar la competencia, la autoridad contratante tal vez podría dar difusión internacional a la convocatoria del proceso de preselección, por ejemplo, en publicaciones especializadas del sector, conferencias, sitios web de las administraciones públicas y periódicos internacionales, a fin de que tengan amplio acceso a ella los licitantes internacionales interesados. Otro medio que puede utilizarse es la publicación *Development Business*<sup>4</sup> de las Naciones Unidas.

37. Los documentos que se utilizan en el proceso de preselección deben contener información suficiente para que los licitantes puedan determinar si las obras y servicios que entraña el proyecto son del tipo de obras y servicios que ellos pueden realizar o prestar y, en caso afirmativo, información sobre la forma en que pueden participar en el proceso de selección. La convocatoria al procedimiento de preselección, además de indicar la obra de 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 socio privado, los acuerdos sobre financiación previstos por la autoridad contratante (por ejemplo, si el proyecto se financiará íntegramente mediante derechos o peajes pagados por los usuarios, o si se aportarán fondos públicos en forma de pagos directos, préstamos o garantías) y un resumen de las principales cláusulas, si ya se conocen, del acuerdo sobre el proyecto que se ha de celebrar como resultado del proceso de preselección (distribución de los riesgos).

## 2. Criterios de preselección

38. Además, en la convocatoria al proceso de preselección deberá figurar información general similar a la que normalmente se presenta en los documentos de preselección con arreglo a las normas generales de contratación pública<sup>5</sup>.

39. Por lo general, se debería pedir a los licitantes que demuestren que poseen las calificaciones profesionales, técnicas y ambientales, los recursos financieros y humanos, el equipo y demás medios materiales, y la capacidad de gestión, la fiabilidad y la experiencia que se requieren para ejecutar el proyecto. Otros criterios especialmente pertinentes en el ámbito de las APP podrían ser la capacidad de los licitantes de gestionar

<sup>4</sup> [www.devbusiness.com/](http://www.devbusiness.com/).

<sup>5</sup> Véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, arts. 7, 8 y 10.

los aspectos financieros del proyecto y su experiencia previa en la explotación de obras de infraestructura pública o en la prestación de servicios bajo supervisión regulatoria (por ejemplo, los indicadores de calidad de su desempeño anterior, el tamaño y tipo de los proyectos anteriormente ejecutados por los licitantes); el nivel de experiencia del personal esencial que intervendrá en el proyecto; una capacidad institucional suficiente (lo que incluye niveles mínimos de equipo de construcción, explotación y mantenimiento); capacidad de subvenir a las necesidades de financiación de las etapas de ingeniería, construcción y explotación del proyecto (demostrada, por ejemplo, por pruebas de la capacidad del licitante de aportar una cantidad suficiente de capital social al proyecto y por la certificación otorgada por bancos de prestigio acerca de la solvencia financiera del licitante). En consonancia con los compromisos políticos de alto nivel o las obligaciones dimanantes de tratados que hayan contraído en materia de desarrollo sostenible, buena gobernanza, transparencia y ética empresarial, las autoridades contratantes a menudo exigen que los licitantes demuestren que cumplen ciertas normas éticas reconocidas (certificación ambiental, ausencia de antecedentes de corrupción, declaraciones sobre política laboral). Los requisitos relativos a las calificaciones deben abarcar todas las etapas de un proyecto de infraestructura, a saber, la gestión financiera, la ingeniería, la construcción, la explotación y el mantenimiento, según proceda. Además, debe exigirse a los licitantes que demuestren que cumplen los demás criterios de calificación normalmente aplicables conforme a las leyes generales del país en materia de contratación pública<sup>6</sup>. Los criterios de preselección deben ser justificables objetivamente y adecuados al objeto del contrato de participación público-privada. Además, no deben utilizarse de forma discriminatoria para excluir automáticamente a posibles licitantes de ciertas jurisdicciones.

40. Un aspecto importante que la autoridad contratante debe tener en cuenta es la relación entre la adjudicación de un proyecto determinado y la política pública que se aplica en el sector pertinente (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. ...). Si se desea que haya competencia, a la administración pública tal vez le interese cerciorarse de que el mercado o el sector pertinente no esté dominado por una sola empresa. Para aplicar esa política y evitar que el mercado esté dominado por licitantes a los que ya se haya adjudicado un contrato de participación público-privada en un sector determinado de la economía, la autoridad contratante tal vez desee incluir en los documentos de preselección nuevas disposiciones sobre las APP que limiten la participación de esos licitantes o impidan que se les adjudique un nuevo contrato. A efectos de la transparencia, es conveniente que la ley disponga que, si la autoridad contratante se reserva el derecho a rechazar una propuesta por esos motivos u otros similares, se deberá notificar debidamente esa circunstancia en la convocatoria al proceso de preselección.

41. Los requisitos de calificación deberán aplicarse por igual a todos los licitantes. La autoridad contratante no debería imponer ningún criterio, requisito o procedimiento relativo a las calificaciones de los licitantes que no haya sido especificado en los documentos de preselección. Al examinar las calificaciones profesionales, técnicas y ambientales de los consorcios de licitantes, la autoridad contratante deberá considerar la especialización de cada miembro del consorcio y determinar si las calificaciones de los miembros en su conjunto son suficientes para satisfacer las necesidades del proyecto en todas sus etapas.

---

<sup>6</sup> Por ejemplo, tener capacidad jurídica para celebrar el contrato de participación público-privada; no haber quebrado ni ser insolvente ni estar su negocio bajo la administración de un síndico o de un tribunal o en proceso de liquidación, ni haberse suspendido su actividad comercial o haberse abierto procedimiento alguno contra la empresa por alguna de las causas que anteceden; haber cumplido sus obligaciones fiscales y efectuado sus pagos a la seguridad social de ese Estado; no haber sido condenados, ni ellos ni su personal directivo o gestor, por algún delito imputable a su conducta profesional o a alguna declaración falsa o engañosa acerca de su idoneidad para cumplir algún contrato adjudicable dentro de un cierto número de años anteriores a la apertura del proceso selección, ni haber tampoco sido objeto de inhabilitación o suspensión profesional a raíz de algún proceso administrativo (véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 9, párr. 2).

### 3. Cuestiones relativas a la participación de consorcios de licitantes

42. Habida cuenta de que la mayoría de los proyectos de infraestructura son proyectos a gran escala, las empresas interesadas suelen participar en el proceso de selección mediante consorcios especialmente constituidos con ese fin. Por lo tanto, la información que se exige a los miembros de los consorcios de licitantes debe referirse tanto al consorcio en su conjunto como a sus distintos participantes. A efectos de facilitar el contacto con la autoridad contratante, puede ser conveniente que en los documentos de preselección se pida que cada consorcio designe a uno de sus miembros coordinador de todas las comunicaciones con la autoridad contratante. Por lo general, es aconsejable que la autoridad contratante exija que los miembros de los consorcios de licitantes presenten una declaración jurada por la que se comprometan a que, si se les adjudica el contrato, serán responsables solidariamente de las obligaciones asumidas en nombre del consorcio en el contrato de participación público-privada, al menos hasta que los miembros del consorcio constituyan y capitalicen la sociedad del proyecto, como sociedad instrumental, y esa sociedad del proyecto celebre el contrato de participación público-privada con la autoridad contratante. En efecto, los miembros de un consorcio de licitantes no suelen estar dispuestos a emprender el proyecto en su propio nombre. También cabe la posibilidad de que la propia autoridad contratante prefiera que el proyecto lo ejecute una persona jurídica con sede en el país anfitrión y establecida especialmente para ese fin, sin estar, de ese modo, limitada por obligaciones preexistentes o actividades paralelas. Esa es la razón por la que, en la práctica, la autoridad contratante suele reservarse el derecho a exigir en una etapa posterior que los miembros del consorcio seleccionado establezcan una persona jurídica independiente para llevar a cabo el proyecto (véase también el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

43. También es conveniente que la autoridad contratante examine cuidadosamente la composición de los consorcios y sus empresas matrices. Puede suceder que una de ellas, directamente o a través de empresas subsidiarias, se una a más de un consorcio para presentar propuestas respecto del mismo proyecto. Esa situación no debe permitirse, ya que comporta el riesgo de que se filtre información o de que haya colusión entre los consorcios competidores, lo que debilita la credibilidad del proceso de selección. Por consiguiente, es aconsejable que en la convocatoria al proceso de preselección se especifique que cada miembro de un consorcio calificado podrá participar, directamente o mediante filiales, en una sola oferta relativa al proyecto. El incumplimiento de esa norma conllevaría la descalificación del consorcio y de cada una de las empresas que lo integran, salvo situaciones excepcionales en que se podría autorizar la participación en múltiples consorcios, por ejemplo, porque el proyecto en cuestión requiere conocimientos técnicos o un método o tecnología patentados que solo una o unas pocas empresas poseen.

### 4. Preselección y preferencias nacionales

44. Las leyes de algunos países prevén algún tipo de trato preferente para las entidades locales o conceden un trato especial a los licitantes que se comprometan a utilizar productos nacionales o a emplear mano de obra local. Ese trato especial o preferente se establece a veces como requisito fundamental de calificación (por ejemplo, un porcentaje mínimo de participación nacional en el consorcio de licitantes) o como condición para participar en el proceso de selección (por ejemplo, nombramiento de un socio local para dirigir el consorcio). El trato preferente otorgado a las entidades nacionales, o incluso la exclusión total de las entidades extranjeras, se justifica a veces también por tratarse de sectores estratégicos y delicados, como los de defensa y seguridad nacionales. La autoridad contratante deberá revelar esas limitaciones de los criterios de admisibilidad desde el inicio del proceso, hacerlas constar en el expediente del proceso de selección y dar a conocer las razones que las motivaron a toda persona que lo solicite, de conformidad con el artículo 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

45. Las preferencias nacionales pueden dar origen a diversos problemas. En primer lugar, su uso no está permitido según las directrices de algunas instituciones financieras internacionales y podría ser incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por muchos Estados mediante acuerdos de comercio internacional o de integración económica o facilitación del comercio regional. Además, desde la perspectiva del país anfitrión, es importante sopesar las ventajas que se prevé obtener frente a la desventaja que conllevaría privar a la autoridad contratante de la posibilidad de obtener mejores opciones para satisfacer las necesidades nacionales de infraestructura. También es importante evitar un aislamiento total respecto de la competencia extranjera a fin de no perpetuar la inferioridad de los niveles de economía, eficiencia y competitividad de los sectores correspondientes de la industria nacional. Esta es la razón por la cual muchos países que desean ofrecer algún incentivo a los proveedores nacionales y, al mismo tiempo, aprovechar la competencia internacional, no contemplan una exclusión general de la participación extranjera ni imponen requisitos de calificación que restrinjan dicha participación. Las preferencias nacionales pueden adoptar la forma de criterios de evaluación especiales que establecen márgenes de preferencia para los licitantes nacionales o los licitantes que ofrezcan la contratación de suministros, servicios y productos en el mercado local. El método del margen de preferencia, que se expone en el artículo 11, párrafo 3, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, es más transparente que los criterios de calificación o evaluación subjetivos. Además, permite a la autoridad contratante favorecer a los licitantes locales que tienen la capacidad de aproximarse a los niveles de competitividad internacionales, sin que ello signifique excluir sin más a la competencia extranjera. Por otra parte, se ha observado que la obligación de emplear elementos locales puede dar origen a una reducción de la responsabilidad de los licitantes con respecto a la calidad o incluso al producto final del proyecto. Cuando se prevean preferencias nacionales, se deberán anunciar por adelantado, preferiblemente en la convocatoria al proceso de preselección.

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

46. De conformidad con los artículos 38 y 49, párrafo 4, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, el precio cobrado por los documentos que se utilizan en el proceso de preselección no deberá exceder el costo de su distribución a los licitantes. En reconocimiento del alto costo de los estudios preliminares y los trabajos preparatorios, en particular los costos de elaboración del llamado a presentación de propuestas, los contratos estándar y otros documentos de licitación pertinentes, en la práctica internacional no es raro que una autoridad contratante solicite al menos la recuperación parcial de esos gastos mediante el cobro de un importe en concepto de gastos de preparación fijado a un nivel superior al de los simples gastos de impresión de los documentos de licitación. La autoridad contratante debería tratar de fijar ese importe en consonancia con proyectos similares, teniendo presentes las prácticas y las expectativas del mercado. El cobro de ese importe no debería ser en ningún caso otra forma más de limitar el número de licitantes. Esa práctica es ineficaz y aumenta el costo de la participación en el proceso de precalificación, que ya de por sí es considerable. Los elevados costos de la preparación de propuestas para proyectos de infraestructura y el riesgo relativamente alto de que el proceso de selección no culmine en la adjudicación del contrato puede disuadir a algunas empresas de sumarse a un consorcio para presentar una propuesta, en particular si no están familiarizadas con los procedimientos de selección que se aplican en el país anfitrión.

47. Por consiguiente, algunos países permiten a la autoridad contratante prever medidas para indemnizar a los licitantes precalificados si el proyecto no sigue adelante por razones ajenas a ellos o para contribuir a sufragar los gastos en que hayan incurrido con posterioridad a la etapa de preselección, cuando lo justifique la complejidad del proyecto y la perspectiva de mejorar notablemente la calidad de la competencia. Cuando se prevea tal contribución o indemnización, se debería notificar debidamente a los posibles licitantes en las etapas iniciales del proceso, preferiblemente en la convocatoria al proceso de preselección.

## **6. Proceso de preselección**

48. La autoridad contratante deberá responder a toda petición de aclaración de los documentos de preselección que reciba de un consorcio de licitantes con una antelación razonable antes de que venza el plazo fijado para la presentación de las solicitudes de preselección, a fin de que los licitantes puedan presentarlas a tiempo. La respuesta a toda solicitud que quepa razonablemente prever que será de interés para otros licitantes deberá comunicarse, sin indicar el origen de la solicitud, a todos los licitantes a quienes la autoridad contratante haya enviado los documentos de preselección.

49. Una vez concluida la etapa de preselección, la autoridad contratante suele confeccionar una lista final de los licitantes preseleccionados a los que posteriormente se llamará a presentar propuestas. Un problema de orden práctico al que se enfrentan a veces las autoridades contratantes son las propuestas de modificación de la composición de los consorcios de licitantes durante el proceso de selección. Desde el punto de vista de la autoridad contratante, por lo general es aconsejable actuar con prudencia respecto de las propuestas de sustitución de los miembros de los consorcios de licitantes una vez concluida la etapa de preselección. Todo cambio que se introduzca en la composición de los consorcios de licitantes puede alterar sustancialmente las razones en que se basó la autoridad contratante para incluirlos en la lista final y puede dar lugar a dudas acerca de la integridad del proceso de selección. Por regla general, solo se debe permitir a los licitantes preseleccionados participar en la etapa de selección, a menos que el nuevo miembro de un consorcio cumpla los criterios de preselección prácticamente en la misma medida que el miembro saliente del consorcio.

50. Si bien los criterios utilizados para preseleccionar a los licitantes no se deben ponderar nuevamente en la etapa de evaluación, la autoridad contratante tal vez desee reservarse el derecho a exigir, en cualquier etapa del proceso de selección, que los licitantes vuelvan a demostrar sus calificaciones con arreglo a los mismos criterios que se utilizaron para preseleccionarlos.

## **C. Procedimientos para la solicitud de propuestas**

51. En la presente sección se examinan los procedimientos para solicitar propuestas de los licitantes preseleccionados. Como se señaló anteriormente, están compuestos de los mismos elementos principales que los métodos de contratación previstos en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, con algunas adaptaciones necesarias para responder a las necesidades de las autoridades contratantes.

### **1. Estructura y etapas del procedimiento**

52. Después de preseleccionar a los licitantes, es aconsejable que la autoridad contratante revise su primer estudio de viabilidad y los requisitos definidos en relación con el resultado y el desempeño y considere si es preciso examinar esos requisitos a la luz de la información obtenida durante el proceso de preselección. En esta etapa, la autoridad contratante deberá haber determinado ya si se usará un proceso en una única etapa o en dos etapas para solicitar las propuestas o si sería más eficiente utilizar una solicitud de propuestas con diálogo.

#### **a) Proceso en una única etapa**

53. La elección del procedimiento para solicitar propuestas dependerá de la naturaleza del contrato, de la exactitud con que la autoridad contratante pueda determinar los requisitos técnicos y de si se utilizarán indicadores de resultados (o indicadores del desempeño) para seleccionar al socio privado. Si es a la vez factible y conveniente que la autoridad contratante defina los indicadores del desempeño o las especificaciones del proyecto con el grado de precisión o finalidad necesario, el proceso de selección podrá estructurarse en una sola etapa. En ese caso, una vez concluida la preselección de los licitantes, la autoridad contratante procederá directamente a emitir una solicitud definitiva de propuestas (véanse los párrs. ...). El contrato se adjudicará al licitante que haya presentado la propuesta que resulte mejor evaluada si se combinan: a) los criterios

distintos del precio que se especifiquen en la solicitud de propuestas, y b) el precio (véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 47, párr. 10). Se puede agregar cierta flexibilidad al proceso (por ejemplo, en el caso de que la autoridad contratante deba considerar y negociar los aspectos financieros de las propuestas solo después de evaluar sus características técnicas, de calidad y de desempeño), permitiendo una última ronda de negociaciones consecutivas con los licitantes que presenten propuestas declaradas conformes, en el orden de la puntuación obtenida (véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 50).

54. La licitación en una única etapa puede ser apropiada para proyectos relativamente sencillos y a pequeña escala si la autoridad contratante posee conocimientos técnicos suficientes y no prevé que el sector privado aporte soluciones, tecnología o conocimientos especializados diferentes. En la mayoría de los proyectos de participación público-privada, sin embargo, tal vez no sea posible que la autoridad contratante formule las especificaciones del proyecto o los indicadores del desempeño con el grado de detalle y precisión suficiente para que las propuestas se puedan formular, evaluar y comparar uniformemente sobre la base de esas especificaciones e 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). Cuanto más grande el proyecto, mayor su complejidad y menores las probabilidades de que el proceso de selección en una sola etapa sea adecuado o que el resultado sea satisfactorio. En esos casos, tal vez sea poco conveniente, si se desea obtener la mejor relación entre calidad y precio, que la autoridad contratante proceda sobre la base de las especificaciones o los indicadores que haya elaborado sin haber conversado previamente con los licitantes acerca de las capacidades exactas y las posibles variaciones de lo que se ofrece. Por consiguiente, en la mayoría de los casos, la autoridad contratante considera necesario establecer una interacción con los proveedores o contratistas con objeto de a) exponer mejor sus necesidades y presentarlas en una descripción común (licitación en dos etapas) o b) definir sus necesidades e invitar a que se presenten propuestas que respondan a ellas (solicitud de propuestas con diálogo).

#### **b) Proceso en dos etapas**

55. Cuando el proceso de selección se divide en dos etapas<sup>7</sup>, en la solicitud inicial de propuestas normalmente se pide a los licitantes que presenten propuestas relacionadas con las especificaciones sobre los resultados y otras características del proyecto, así como con las cláusulas contractuales propuestas. El llamado a licitación dejará margen para que los licitantes presenten sus propias soluciones para satisfacer la necesidad de infraestructura indicada de conformidad con los niveles de servicio definidos. Las propuestas presentadas en esta etapa generalmente ofrecerán soluciones basadas en un diseño conceptual o en indicadores del desempeño, pero no se referirán a elementos financieros, como el precio o el nivel de remuneración previstos. Las propuestas no serán consideradas vinculantes y la autoridad contratante no deberá solicitar compromisos en relación con los precios en esta etapa<sup>8</sup>.

56. En la medida en que la autoridad contratante ya conozca las cláusulas contractuales, estas deberán incluirse en la solicitud de propuestas, posiblemente en forma de un borrador del contrato de participación público-privada. Es importante conocer ciertas cláusulas contractuales, como la distribución de los riesgos prevista por la autoridad contratante, a fin de que los licitantes formulen sus propuestas y analicen la “comercialidad” del proyecto con los posibles prestamistas (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). La respuesta inicial a las cláusulas contractuales, en particular la distribución de los riesgos prevista por la autoridad contratante, puede ayudar a esta a reevaluar la viabilidad del proyecto tal como fue concebido inicialmente. Sin embargo, es importante distinguir entre el

<sup>7</sup> En el art. 48 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se establecen los procedimientos para la licitación en dos etapas.

<sup>8</sup> Véase la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*, pág. 209.



procedimiento de solicitud de propuestas y la negociación del contrato definitivo, una vez adjudicado el proyecto. El objetivo de esta etapa inicial es permitir a la autoridad contratante formular posteriormente sus necesidades de manera que el concurso definitivo se base en un conjunto único de parámetros. La convocatoria a presentar propuestas iniciales en esta etapa no debe dar lugar a una negociación de las condiciones del contrato antes de su adjudicación definitiva.

57. La autoridad contratante podrá entonces convocar una reunión de licitantes para aclarar dudas sobre la solicitud de propuestas y la documentación que la acompaña. En esta primera etapa, la autoridad contratante podrá entablar conversaciones con cualquiera de los licitantes acerca de cualquier aspecto de su propuesta. La autoridad contratante deberá obrar de modo que no se revele el contenido de esas propuestas a los licitantes competidores o a cualquier otra persona que no esté expresamente autorizada para obtener esa información. Las conversaciones deberán ser confidenciales y ninguna de las partes deberá revelar a terceros información técnica, financiera o de otra índole sobre las conversaciones sin el consentimiento de la otra parte.

58. Con posterioridad a las conversaciones, la autoridad contratante deberá examinar y, dentro de los límites permitidos por la ley, revisar los aspectos técnicos, de calidad o de ejecución de las especificaciones iniciales del proyecto. Al formular las especificaciones revisadas, la autoridad contratante no deberá modificar el objeto del proyecto, pero podrá suprimir o modificar cualquier aspecto de las características técnicas, de calidad o de desempeño del proyecto enunciadas inicialmente en la solicitud de propuestas. En esta etapa, la autoridad contratante podrá también suprimir o modificar cualquier criterio previsto inicialmente para el examen o la evaluación de las propuestas y añadir un nuevo criterio, si es necesario como resultado de los cambios introducidos en las características técnicas, de calidad o de desempeño del proyecto. Toda supresión, modificación o adición se deberá comunicar a los licitantes en la convocatoria a presentar propuestas definitivas. Se debe permitir a los licitantes que no deseen presentar una propuesta definitiva retirarse del proceso de selección sin perder ninguna de las garantías que se les haya solicitado aportar.

### c) Solicitud de propuestas con diálogo

59. Otro procedimiento que puede utilizar la autoridad contratante para seleccionar al socio privado de un proyecto de participación público-privada es la solicitud de propuestas con diálogo<sup>9</sup>. Se trata de un procedimiento concebido para contratar productos o servicios relativamente complejos y en general se utiliza cuando se buscan soluciones innovadoras para problemas técnicos como el ahorro de energía, la contratación sostenible o las necesidades de infraestructura. En esos casos, puede haber diferentes soluciones técnicas en función del material utilizado o de la fuente de energía elegida (eólica, solar o de combustibles fósiles).

60. Desde el punto de vista del procedimiento, la solicitud de propuestas con diálogo es similar a la licitación en dos etapas, aunque tiene varios rasgos que la distinguen. Permite que la autoridad contratante examine con los posibles proveedores o contratistas, de nuevo en el marco de un proceso transparente y estructurado, las características técnicas, de calidad y de desempeño y los aspectos financieros de las necesidades de la autoridad contratante. El proceso culmina con la solicitud de la “mejor oferta final” para atender a las necesidades de la autoridad contratante, pero no existe un solo conjunto común de especificaciones técnicas además de los requisitos técnicos mínimos declarados. Las mejores ofertas finales pueden aportar diversas soluciones técnicas para satisfacer esas necesidades; en ese sentido, los proveedores y contratistas son los encargados de concebir las soluciones técnicas. La autoridad contratante examina esas soluciones a fin de determinar si se ajustan a sus necesidades; el procedimiento de evaluación por concurso en igualdad de condiciones es más complejo que el de la licitación en dos etapas.

<sup>9</sup> Véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 49.

61. En resumen, el objetivo es permitir que los proveedores o contratistas, mediante el diálogo con la autoridad contratante, entiendan las necesidades expuestas por esta en la solicitud de propuestas. El diálogo, que puede llevarse a cabo en varias etapas, consistirá en una interacción entre la autoridad contratante y los proveedores o contratistas en relación con las características técnicas, de calidad y de desempeño de sus propuestas y los aspectos financieros de estas. El diálogo puede comprender un análisis de las consecuencias financieras de determinadas soluciones técnicas, entre ellas el precio o la escala de precios. No obstante, como en la licitación en dos etapas, no comprenderá negociaciones vinculantes para ninguno de los participantes. Al concluir la etapa del diálogo, los proveedores y los contratistas deberán presentar su mejor oferta final con objeto de satisfacer las necesidades de la autoridad contratante. Las mejores ofertas finales de los diferentes proveedores o contratistas podrán ser similares en algunos aspectos, y notablemente distintas en otros, en particular en lo que respecta a las soluciones técnicas propuestas. Por lo tanto, el método da a la autoridad contratante la oportunidad de comparar diferentes soluciones técnicas para cubrir sus necesidades.

62. Los métodos basados en esa clase de diálogo han arrojado resultados favorables para la autoridad contratante en lo que respecta a la contratación de productos o servicios de índole relativamente compleja, en que el costo de no entablar un diálogo con los proveedores o contratistas es elevado, en tanto que hacerlo reporta ventajas económicas evidentes. Además de los usos habituales descritos anteriormente, esos métodos pueden ser apropiados, por ejemplo, para la contratación de obras de arquitectura o de construcción, en las que puede haber numerosas soluciones que se ajusten a las necesidades de la autoridad contratante y en que el diálogo sea el único medio para evaluar las aptitudes personales y los conocimientos especializados del proveedor o contratista. La complejidad mencionada no tiene por qué ser de índole técnica; así, por ejemplo, en los proyectos de infraestructura, los diversos lugares y tipos de obras pueden ser las principales variables. En esos casos, el método ha permitido a la autoridad contratante encontrar y obtener la mejor solución para sus necesidades de contratación.

63. El procedimiento en sí consta de dos etapas. En la primera etapa, la autoridad contratante emite una convocatoria en la que describe sus necesidades en forma de instrucciones que sirven de guía a los proveedores o contratistas para preparar sus propuestas. Las necesidades pueden expresarse desde un punto de vista funcional o de desempeño o en relación con los resultados esperados, pero deben contener los requisitos técnicos mínimos del objeto del contrato. A diferencia de la licitación en dos etapas, no está previsto que la autoridad contratante realice una descripción técnica completa del objeto del contrato.

64. En este método, la autoridad contratante debe exponer sus necesidades, enunciando los requisitos técnicos mínimos, y debe entender las soluciones técnicas propuestas y evaluarlas, comparando unas con otras, lo que podría exigir que los funcionarios encargados de la contratación tengan una capacidad que no es necesaria en otros métodos de contratación pública, en particular con objeto de evitar que se recurra a este método para no tener que preparar de manera adecuada el proceso de adjudicación. También existe el riesgo de que la tarea de definir las necesidades de contratación se transfiera a los proveedores y contratistas, o al mercado. Aun cuando sean los proveedores o contratistas, y no la autoridad contratante, los que formulen propuestas que se ajusten a las necesidades de esta, no deberían ser ellos mismos los principales encargados de definir esas necesidades. Por lo general, es esencial garantizar que todos los licitantes reciben la misma información en cada etapa del diálogo y que todo el proceso esté correctamente documentado y respaldado por las salvaguardias adecuadas para evitar abusos y conductas indebidas.

## **2. Contenido de la solicitud de propuestas**

65. La autoridad contratante debería invitar a los licitantes a presentar propuestas con respecto a las especificaciones, los indicadores del desempeño y las condiciones contractuales del proyecto. En general la solicitud de propuestas debería contener toda la información que sea necesaria para que los licitantes puedan presentar propuestas que

atiendan a las necesidades de la autoridad contratante y que esta pueda comparar de manera objetiva y equitativa. El contenido y el nivel de detalle de la información proporcionada a los licitantes en esta etapa variarán en función del tipo de proyecto de participación público-privada previsto y de la naturaleza del proceso de selección que utilice la autoridad contratante. Posiblemente la información sea menos detallada y normalmente menos centrada en los aspectos técnicos en los casos en que la autoridad contratante haya recurrido al procedimiento de solicitud de propuestas con diálogo previsto en el artículo 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Sin embargo, si la autoridad contratante ha preferido recurrir a un procedimiento en dos etapas, ya habrá emitido anteriormente una convocatoria inicial a presentar ofertas menos detallada en la que no figurará el precio, y habrá entablado conversaciones con los licitantes cuyas ofertas no hayan sido rechazadas. Por lo tanto, en esta etapa, la autoridad contratante habrá preparado un conjunto más extenso de condiciones contractuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 48, párrafos 2 y 3, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública<sup>10</sup>.

**a) Información general para los licitantes**

66. La información general para los licitantes deberá abarcar, según proceda, los temas normalmente incluidos en el pliego de condiciones o los llamados a presentación de propuestas para la contratación de bienes, obras y servicios<sup>11</sup>. Es especialmente importante dar a conocer los criterios que utilizará la autoridad contratante para determinar cuál es la propuesta ganadora, así como la ponderación relativa o el orden de importancia de esos criterios (véanse los párrs. ...). Las plataformas electrónicas que permiten cargar documentos e información y compartirlas con los licitantes pueden ser particularmente útiles a fin de aumentar la eficiencia y agilizar el proceso, teniendo en cuenta la gran cantidad de información que los licitantes suelen necesitar. Las reuniones previas a las licitaciones en las que pueden participar todos los licitantes interesados también resultan útiles para resolver de forma transparente las dudas que puedan tener.

*i) Información sobre los estudios de viabilidad*

67. Es aconsejable incluir, en la información general facilitada a los licitantes, instrucciones para la preparación de los estudios de viabilidad que posiblemente deban presentar con las propuestas. Esos estudios de viabilidad no deberán sustituir a los estudios sobre la relación entre calidad y precio y sobre el riesgo financiero, ni a otros estudios de viabilidad y de evaluación del impacto que la autoridad contratante deba realizar antes de obtener la aprobación para el proyecto (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. ...). El estudio de viabilidad de los propios licitantes normalmente abarcará, por ejemplo, los aspectos siguientes:

<sup>10</sup> "2. En el pliego de condiciones se invitará a los proveedores o contratistas a que presenten, en la primera etapa del procedimiento, sus ofertas iniciales en las que figurarán sus propuestas, pero no el precio. En el pliego de condiciones se podrán solicitar propuestas relativas a las características técnicas, de calidad o de funcionamiento del objeto del contrato adjudicable, así como acerca de las condiciones contractuales de su suministro y, cuando proceda, acerca de la competencia y las calificaciones profesionales y técnicas exigibles de los proveedores o contratistas.

3. La entidad adjudicadora podrá entablar, en la primera etapa, conversaciones con todo proveedor o contratista, cuya oferta inicial no haya sido rechazada a tenor de lo dispuesto en la presente Ley, acerca de cualquier aspecto de su respectiva oferta inicial. Cuando la entidad adjudicadora entable conversaciones con algún concursante, ofrecerá por igual a cualquier otro concursante la oportunidad de entablar ese mismo tipo de conversaciones".

<sup>11</sup> Por ejemplo, las instrucciones para preparar y presentar propuestas, en particular la manera, el lugar y el plazo en que deberán presentarse las propuestas y el plazo de validez de las propuestas y todo requisito relativo a las garantías de las propuestas; las modalidades según las cuales los licitantes podrán pedir aclaraciones sobre la solicitud de propuestas, y una indicación acerca de si la autoridad contratante se propone convocar, en esta etapa, una reunión de licitantes; el lugar, la fecha y la hora en que se procederá a la apertura de las propuestas y los procedimientos que se han de seguir para la apertura y el examen de las propuestas; la forma en que se evaluarán las propuestas; los requisitos mínimos que las propuestas deben cumplir para ser consideradas conformes (véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 47, párr. 2, y art. 49, párr. 2).

a) *Viabilidad comercial.* Especialmente en los proyectos con financiación sin recurso o con financiación con recurso limitado, es esencial establecer la necesidad de los resultados del proyecto y evaluar y proyectar esa necesidad durante el período de vida útil propuesto del proyecto, en particular la demanda prevista (por ejemplo, las previsiones de tráfico de las carreteras) y la fijación de precios (por ejemplo, peajes). A fin de facilitar el examen de la autoridad contratante, los licitantes deberían describir, además, las hipótesis utilizadas para justificar la viabilidad comercial de la propuesta;

b) *Diseño técnico y viabilidad operacional.* Los licitantes deberán demostrar que la tecnología que proponen, incluidos el equipo y los procesos, es apropiada teniendo en cuenta las condiciones nacionales, locales y ambientales, la probabilidad de alcanzar el grado de desempeño previsto y la idoneidad de los métodos y calendarios de construcción. En el estudio deberán definirse también la organización, los métodos y los procedimientos propuestos para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura, una vez construida, y proporcionar información sobre el desarrollo tecnológico previsto;

c) *Viabilidad financiera.* Los licitantes deberán indicar las fuentes de financiación propuestas para las etapas de construcción y explotación, entre otras, el capital obtenido en préstamo y la inversión en el capital social. Aunque en la mayoría de los casos los acuerdos de préstamo y demás acuerdos de financiación no se concretan sino después de firmado el contrato de participación público-privada, se deberá exigir a los licitantes que presenten prueba suficiente de la intención de los prestamistas de proporcionar la financiación especificada. En algunos países se exige asimismo a los licitantes que indiquen la tasa interna de rentabilidad financiera prevista en relación con el costo efectivo del capital correspondiente a los acuerdos de financiación propuestos. Esa información tiene por objeto permitir que la autoridad contratante determine si los precios o derechos que se propone cobrar el socio privado son razonables y asequibles y si es posible que aumenten posteriormente;

d) *Impacto ambiental.* Este estudio debería determinar los posibles efectos negativos o adversos del proyecto en el medio ambiente, e indicar las medidas correctivas que deben adoptarse para garantizar el cumplimiento de las normas ambientales aplicables. El estudio debería tener en cuenta, según proceda, las normas ambientales pertinentes de las instituciones financieras internacionales y de las autoridades nacionales, provinciales y locales.

ii) *Información sobre la garantía de la oferta*

68. Es aconsejable que en la solicitud de propuestas se indiquen los requisitos que establezca la autoridad contratante con respecto al emisor y a la índole, la forma, la cuantía y otras condiciones principales de la garantía de la oferta que los licitantes deban proporcionar a fin de cubrir las pérdidas que puedan derivarse de la retirada de las propuestas o del hecho de que el licitante seleccionado no llegue a formalizar el contrato de participación público-privada. A fin de que todos los licitantes reciban un trato equitativo, los requisitos que se refieran directa o indirectamente a la conducta del licitante que presenta la propuesta no deben referirse a otra conducta que no sea la retirada o modificación de la propuesta después de vencido el plazo para su presentación, o antes del plazo, si así se indica en la solicitud de propuestas; el hecho de no lograr el cierre financiero; el hecho de no firmar el contrato de participación público-privada si la autoridad contratante lo solicita; y el hecho de no proporcionar la garantía necesaria de cumplimiento del contrato de participación público-privada después de que la propuesta haya sido aceptada o de no cumplir cualquier otra condición especificada en la solicitud de propuestas antes de firmar el contrato. Se deben prever salvaguardias a fin de que el requisito de proporcionar una garantía de la oferta se imponga solo en forma equitativa y para los fines previstos<sup>12</sup>. La necesidad de exigir

<sup>12</sup> En el art. 17, párr. 2, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se prevén ciertas salvaguardias importantes, entre otras, que la autoridad contratante no reclamará suma alguna en concepto de garantía de la oferta y devolverá o hará devolver el título de la garantía tan pronto como se produzca una de las siguientes circunstancias: a) la expiración de la garantía de

una garantía de la oferta y las condiciones que esta habrá de cumplir se deberán considerar teniendo en cuenta el proceso de selección escogido y, cuando sea necesario, adaptarlas a las necesidades de este. Por ejemplo, no procede exigir una garantía de la oferta cuando se trate de una solicitud de propuestas con diálogo, ya que la garantía no ofrecería una solución viable a la cuestión de lograr una participación suficiente en el diálogo, ni obligaría a los proveedores o contratistas con respecto a la modificación de sus propuestas durante la etapa de diálogo (a diferencia de lo que ocurre en la etapa del procedimiento en que se presenta la mejor oferta final)<sup>13</sup>.

iii) *Calificación de los licitantes*

69. En los pocos casos en que no se haya preseleccionado a los licitantes antes de llamar a presentar propuestas o en que la autoridad contratante se haya reservado el derecho a exigir que los licitantes demuestren una vez más sus calificaciones, en la solicitud de propuestas se deberá especificar la información que deberán proporcionar los licitantes para corroborar sus calificaciones (véanse los párrs. ...).

**b) Especificaciones del proyecto e indicadores del desempeño**

70. El tipo de proyecto de participación público-privada, el régimen de propiedad de la infraestructura y la distribución prevista de los riesgos y responsabilidades entre los sectores público y privado (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...) determinarán si la autoridad contratante tiene interés en controlar los insumos y las especificaciones técnicas de las obras que el socio privado llevará a cabo, o si prefiere dejar que los licitantes propongan sus propias soluciones para atender a las necesidades de la autoridad contratante en la mejor forma posible. Esto, a su vez, influirá en la decisión de la autoridad contratante acerca de si llevará a cabo una licitación en dos etapas con el fin de llegar a un conjunto común de condiciones y de características técnicas, de calidad o de desempeño que habrán de servir de base a los licitantes para presentar sus propuestas definitivas, o si dará a los licitantes mayor libertad para elaborar sus propias soluciones. Lo ideal sería que la autoridad contratante examinara detenidamente esas opciones durante los preparativos de la licitación (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...), ya que son esenciales para determinar cuál es el equilibrio adecuado entre los elementos sobre insumos y sobre productos en la descripción del proyecto.

71. Por lo general, es aconsejable que la autoridad contratante tenga en cuenta las necesidades a largo plazo del proyecto y que formule sus especificaciones de una manera que le permita obtener información suficiente para seleccionar al licitante que ofrezca los servicios de mejor calidad en las mejores condiciones económicas.

72. Por lo tanto, la autoridad contratante tal vez estime conveniente formular las especificaciones del proyecto de manera que definan adecuadamente los resultados y el desempeño requeridos sin indicar con demasiado detalle la forma en que se han de lograr. Las especificaciones del proyecto y los indicadores del desempeño suelen comprender los elementos siguientes:

a) *Descripción del proyecto y del resultado previsto.* Si los servicios requieren cierto tipo de edificios, como un aeropuerto o una terminal de transporte, la autoridad contratante tal vez prefiera limitarse a proporcionar, a título ilustrativo, ciertas indicaciones generales de planificación para la división del emplazamiento en zonas de utilización, en lugar de planos que indiquen la localización y el tamaño de cada edificio, como sería el caso normalmente en la contratación tradicional de servicios de construcción. Sin embargo, cuando a juicio de la autoridad contratante sea esencial que

---

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 el acuerdo sobre el proyecto; d) la retirada de la propuesta antes de haber vencido el plazo para presentar propuestas, a menos que la solicitud de propuestas disponga que esa retirada no será admisible.

<sup>13</sup> Véase la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*, pág. 113, párr. 5.

los licitantes proporcionen especificaciones técnicas detalladas, en la solicitud de propuestas se debe incluir, como mínimo, una descripción de las obras que se han de realizar y los servicios que se han de suministrar, acompañada de especificaciones técnicas, planos, dibujos y diseños; un calendario de ejecución de las obras y prestación de los servicios; y los requisitos técnicos para la explotación y el mantenimiento de la obra;

b) *Normas mínimas de diseño y desempeño aplicables, entre ellas, las normas ambientales apropiadas.* Las normas de desempeño se suelen formular en función de la cantidad y calidad deseadas de los productos de la infraestructura. Las propuestas que se aparten de las normas de desempeño pertinentes deberán considerarse no conformes;

c) *La calidad de los servicios.* Si se trata de proyectos que entrañan la prestación de servicios públicos, los indicadores del desempeño deberán incluir una descripción de los servicios que se habrán de prestar y las normas de calidad en la materia que utilizará la autoridad contratante para evaluar las propuestas. Cuando proceda, deberá hacerse referencia a las obligaciones generales de los proveedores de servicios públicos en cuanto a la ampliación y la continuidad del servicio a fin de satisfacer la demanda de la comunidad o el territorio abarcados, de garantizar a los usuarios la disponibilidad sin discriminación de los servicios y de conceder el acceso sin discriminación de otros proveedores de servicios a toda red de infraestructura pública explotada por el concesionario, en las condiciones establecidas en el contrato de participación público-privada (véase el cap. IV, “Implementación de la APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

73. Se pedirá a los licitantes que proporcionen la información necesaria para que la autoridad contratante evalúe la solidez técnica de las propuestas, su viabilidad operacional y su conformidad con las normas de calidad y los requisitos técnicos, en particular la información siguiente:

a) El diseño técnico 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 propuesto (por ejemplo, aporte propuesto de capital social o capital obtenido en préstamo);

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.

74. Puede ser necesario que los licitantes aporten información adicional sobre cada uno de los indicadores del desempeño mencionados, en función de la índole del proyecto que será adjudicado. Si se trata de la adjudicación de un contrato de participación público-privada para la distribución de electricidad en una región determinada, por ejemplo, los indicadores pueden incluir normas técnicas mínimas tales como: a) la especificación de las fluctuaciones de voltaje (y frecuencia) a nivel del consumidor; b) la duración de las interrupciones (expresada en horas al año); c) la frecuencia de las interrupciones (expresada en número por año); d) las pérdidas; e) el número de días necesarios para conectar a un nuevo cliente; y f) las normas comerciales sobre las relaciones con el consumidor (por ejemplo, el número de días para pagar las facturas, para volver a conectar las instalaciones o para responder a los reclamos de los consumidores).

### c) Condiciones contractuales

75. Después del estudio de la relación entre calidad y precio y otros estudios preliminares emprendidos en la etapa de planificación del proyecto y evaluación de la viabilidad (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...), la autoridad contratante debería estar en condiciones de indicar en los documentos de licitación la forma en que prevé distribuir los riesgos del proyecto (véanse también los caps. II, “Planificación y preparación de proyectos”, y IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”). Esto es importante para

establecer las condiciones del debate para el diálogo y las aclaraciones durante el proceso de selección (véanse los párrs. ...), pero también para establecer límites a los ajustes que puedan hacerse al contrato después de la selección del socio privado (véanse los párrs. ...). Si se deja totalmente abierta la distribución de los riesgos, es probable que los licitantes reaccionen tratando de reducir al mínimo los riesgos que aceptarán, lo que podría frustrar el propósito de la búsqueda de inversión privada para desarrollar el proyecto.

76. Por esa razón, la autoridad contratante, siempre que sea posible, debería distribuir un borrador del contrato de participación público-privada en el que se propongan las condiciones del contrato. Ello también contribuiría a reducir al mínimo el riesgo de que el consorcio seleccionado pueda tratar de reabrir el debate sobre las principales condiciones contractuales y prolongar las negociaciones. Si no es viable preparar un borrador completo del contrato de participación público-privada en esta etapa, la solicitud de propuestas deberá contener al menos información sobre los elementos esenciales de los acuerdos contractuales previstos por la autoridad contratante, incluidas las cláusulas del contrato de participación público-privada que la autoridad contratante considere no negociables. Las condiciones esenciales que suelen figurar en la solicitud de propuestas en esta etapa pueden referirse a cuestiones como las siguientes:

- a) La duración del contrato o la convocatoria a los licitantes a que presenten propuestas con respecto a la duración del contrato;
- b) Las fórmulas y los índices que se utilizarán para los ajustes de precios;
- c) El respaldo público y los incentivos a la inversión, cuando proceda;
- d) Las cauciones necesarias;
- e) Los requisitos de los organismos reguladores, cuando proceda;
- f) El reglamento monetario que rige las remesas en divisas;
- g) Los acuerdos de participación en los ingresos, cuando proceda;
- h) La indicación, cuando proceda, de las categorías de bienes que el socio privado deberá transferir a la autoridad contratante o poner a disposición del socio privado que lo suceda al finalizar el período del proyecto;
- i) Si se ha de seleccionar un nuevo socio privado para la explotación de una infraestructura que ya existe, una descripción de los bienes y las propiedades que se pondrán a su disposición;
- j) Las demás fuentes de ingresos posibles, complementarias o subsidiarias, (por ejemplo, las concesiones para la explotación de la infraestructura existente), si las hay, que podrán ofrecerse al licitante ganador.

77. Se pedirá a los licitantes que faciliten la información necesaria para que la autoridad contratante evalúe los elementos técnicos, financieros y comerciales de las propuestas y la conformidad de estas con las condiciones contractuales propuestas. Además, se debería exigir que los licitantes revelen qué miembros del consorcio o subcontratistas serán responsables de realizar las obras durante la etapa de construcción, así como de explotar y mantener la infraestructura después de su puesta en servicio, y que proporcionen a la autoridad contratante información completa sobre las calificaciones de los subcontratistas que no sean miembros del consorcio de licitantes. Normalmente, las propuestas financieras deberán incluir la información siguiente:

- a) Si se trata de proyectos en que los ingresos previstos del socio privado consisten principalmente en los peajes, derechos y otros pagos realizados por los clientes o usuarios de la obra de infraestructura (alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión), en la propuesta financiera se deberá indicar la estructura de precios propuesta. Los proyectos en que los ingresos previstos del socio privado consistan principalmente en los pagos efectuados por la autoridad contratante u otra autoridad pública para amortizar la inversión del socio privado, o en la suma de esos pagos del socio público y los peajes, derechos u otros pagos efectuados

por los clientes o usuarios, en la propuesta financiera se deberán indicar los pagos propuestos en concepto de amortización y el plazo de reembolso, así como la repartición prevista entre el socio público y la contribución de los usuarios;

b) El valor actual de los precios o pagos directos propuestos sobre la base de la tasa de descuento y los tipos de cambio establecidos en los documentos de licitación;

c) Si se estima que el proyecto requerirá apoyo financiero de la administración pública, el nivel de ese apoyo, en particular, si procede, toda subvención o garantía prevista de la administración pública o la autoridad contratante;

d) El alcance de los riesgos asumidos por los licitantes en las etapas de construcción y explotación (incluidos acontecimientos imprevistos y cambios económicos o regulatorios), junto con información, según proceda, sobre seguros, inversión en el capital social y otras garantías previstas contra esos riesgos, así como el nivel de apoyo financiero, indemnización u otros ajustes contractuales que los licitantes propongan para compensar las consecuencias financieras de esos riesgos.

78. A fin de limitar y establecer claramente el alcance de las negociaciones que tendrán lugar durante el diálogo posterior a la evaluación de las propuestas (véanse los párrs. ...), en la solicitud definitiva de propuestas se deberán indicar las condiciones del contrato de participación público-privada que la autoridad contratante considera no negociables.

79. Es conveniente que la autoridad contratante exija que las propuestas definitivas que presenten los licitantes contengan pruebas de que sus principales prestamistas están conformes con las condiciones comerciales y la distribución de riesgos propuestas, descritas en la solicitud de propuestas. Ese requisito podría servir para resistir a todo intento de que se revisen las condiciones comerciales en la etapa de negociación final. En algunos países (véanse los párrs. ...), se exige que los licitantes firmen con sus iniciales el proyecto de contrato de participación público-privada y lo devuelvan a la autoridad contratante 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

80. El derecho de la autoridad contratante a modificar la solicitud de propuestas es importante para permitirle obtener lo que se necesita para satisfacer sus necesidades. Por consiguiente, es aconsejable autorizar a la autoridad contratante a que, sea por iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración formulada por un licitante, modifique la solicitud de propuestas mediante la emisión de un suplemento en cualquier momento antes de que venza el plazo para la presentación de propuestas. Sin embargo, cuando se introducen modificaciones que puedan obligar a los licitantes a dedicar tiempo suplementario a la preparación de sus propuestas, ese tiempo suplementario se les debería conceder prorrogando el plazo para la presentación de propuestas. Además, la autoridad contratante deberá evitar que se introduzcan cambios de fondo al proceso de selección, en particular aquellos que puedan afectar al grupo de posibles licitantes, como ocurriría si las características del proyecto hubieran cambiado en forma tan sustancial que los documentos iniciales ya no comunicaran claramente a los posibles proveedores o contratistas las verdaderas necesidades de la contratación. Cuando se necesita un cambio tan sustancial, la autoridad contratante tal vez deba cancelar el proceso de selección e iniciar otro<sup>14</sup>.

81. En general, las aclaraciones, junto con las preguntas que dieron lugar a las aclaraciones, y las modificaciones deberán ser comunicadas sin demora por la autoridad contratante a todos los licitantes a los que se hizo llegar la solicitud de propuestas. Si la autoridad contratante convoca una reunión de los licitantes, levantará acta de la reunión

<sup>14</sup> *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*, pág. 108, párr. 4.



en la que consten las peticiones de aclaración de la solicitud de propuestas presentadas en ella y las respuestas correspondientes, y deberá enviar copia del acta a los licitantes.

#### 4. Criterios de evaluación

82. La autoridad contratante debe formular criterios de evaluación que permitan llevar a cabo un examen riguroso y eficaz, por un lado, de los aspectos técnicos de las propuestas (que abarque no solo la inversión física, como las obras de construcción o reacondicionamiento, sino también la explotación y el mantenimiento de la infraestructura y la calidad de los servicios que ha de prestar el socio privado); y, por otro lado, de los aspectos comerciales y financieros de las propuestas (no solo la cuantía de los derechos, precios u otros pagos propuestos por los licitantes, sino también la solidez de los arreglos financieros y la estructura de financiación). Se debe dar suficiente importancia a las necesidades a largo plazo de la autoridad contratante, en particular la necesidad de asegurar la prestación ininterrumpida del servicio con la calidad y seguridad que se requiere.

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

83. Los criterios técnicos de evaluación tienen por objeto facilitar el examen de la viabilidad técnica, operacional, ambiental y financiera de la propuesta en comparación con las especificaciones, los indicadores y los requisitos establecidos en la solicitud de propuestas. En la medida de lo posible, los criterios técnicos deberán ser objetivos y cuantificables para que la autoridad contratante pueda evaluar las propuestas en forma objetiva y compararlas sobre una base común. Esto reduce el margen para la adopción de decisiones discrecionales o arbitrarias. Los reglamentos que rigen el proceso de selección podrían explicar la forma en que esos factores se deben formular y aplicar. Las propuestas técnicas para los proyectos de participación público-privada se evalúan normalmente con arreglo a los criterios siguientes:

a) *Solidez técnica.* Si la autoridad contratante ha establecido las especificaciones o normas mínimas de diseño técnico y de desempeño, el diseño básico del proyecto deberá ajustarse a esas especificaciones o normas. Los licitantes deberán demostrar la solidez de los métodos y calendarios de construcción propuestos;

b) *Viabilidad operacional.* La organización, los métodos y los procedimientos propuestos para la explotación y el mantenimiento de la obra de infraestructura terminada deberán estar bien definidos y ajustarse a las normas de desempeño prescritas, y se deberá demostrar su viabilidad;

c) *Calidad de los servicios.* Los criterios de evaluación utilizados por la autoridad contratante deberán incluir un análisis de la forma en que los licitantes se comprometen a mantener y ampliar el servicio, en particular las garantías que ofrecen para asegurar su continuidad;

d) *Normas ambientales.* El diseño y la tecnología propuestos para el proyecto deberán ser conformes a las normas ambientales establecidas en la solicitud de propuestas. Se deberá determinar debidamente todo efecto negativo o nocivo para el medio ambiente que resulte del proyecto propuesto por los licitantes, así como las medidas correctivas o de mitigación correspondientes;

e) *Mejoras ofrecidas.* Estas pueden consistir en otras condiciones que el autor del proyecto ofrezca para hacer más atractiva su propuesta, como la participación de la autoridad contratante en los ingresos, un menor número de garantías públicas o la reducción del nivel de respaldo público requerido;

f) *Posibilidades de desarrollo social y económico.* Con arreglo a este criterio, la autoridad contratante podrá tener en cuenta las posibilidades de desarrollo social y económico que ofrecen los licitantes, como las ventajas para grupos de personas o empresas desfavorecidas, la inversión interna u otra actividad comercial, el estímulo del empleo, la reserva de determinada parte de la producción para los proveedores internos, la transferencia de tecnología y el desarrollo de las aptitudes de gestión, científicas u operacionales;

g) *Calificación de los licitantes.* En la etapa de evaluación, la autoridad contratante debería tener derecho a exigir a los licitantes que le envíen pruebas de que siguen estando en posesión de las calificaciones demostradas en la etapa de preselección.

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

84. Además de los criterios para la evaluación técnica de las propuestas, la autoridad contratante debe establecer criterios para evaluar y comparar las propuestas financieras. Los criterios que se utilizan habitualmente para la evaluación y comparación de las propuestas financieras y comerciales son los siguientes, según corresponda:

a) *El valor actual de los peajes, derechos, precios unitarios y otros pagos que se propongan durante el período del contrato.* En el caso de los proyectos en que los ingresos previstos del socio privado consistirán principalmente en peajes, derechos u otros pagos efectuados por los clientes o usuarios de la obra de infraestructura, la evaluación y la comparación de los elementos financieros de las propuestas definitivas normalmente se basan en el valor actual de los peajes, derechos, alquileres y otros pagos propuestos durante el período del contrato;

b) *El valor actual de los pagos directos propuestos que deberá efectuar la autoridad contratante, cuando proceda.* Si se trata de proyectos en que los ingresos previstos del socio privado consistirán principalmente en los pagos que efectúe la autoridad contratante para amortizar la inversión del socio privado, la evaluación y comparación de los elementos financieros de las propuestas definitivas se basan normalmente en el valor actual del calendario de pagos de amortización programados para la obra de infraestructura asumiendo la construcción y explotación de conformidad con las normas mínimas de diseño y desempeño y los planes y especificaciones prescritos;

c) *Los costos de diseño y de construcción, los costos anuales de explotación y mantenimiento, y el valor actual de los costos de capital y los costos de explotación y mantenimiento.* Es aconsejable que la autoridad contratante incluya estos elementos entre los criterios de evaluación, a fin de permitir el examen de la viabilidad financiera de las propuestas;

d) *El grado de apoyo financiero, en su caso, que se espera de la administración pública.* Las medidas de respaldo público previstas o exigidas por los licitantes deberán incluirse entre los criterios de evaluación, ya que pueden significar una fuerte carga financiera inmediata o eventual para la administración pública (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 30 a 60);

e) *La solidez de los arreglos financieros propuestos.* La autoridad contratante deberá evaluar si el plan de financiación propuesto, incluida la relación prevista entre inversión en capital social y deuda, es suficiente para sufragar los gastos de construcción, explotación y mantenimiento del proyecto. Asimismo, la autoridad contratante deberá evaluar la solvencia de los proveedores de capital y los prestamistas, el grado de compromiso de estos, el plan de capitalización propuesto para la sociedad del proyecto y el tiempo previsto para el cierre financiero;

f) *El grado de aceptación de las condiciones contractuales propuestas.* Las propuestas de cambios o modificaciones de las cláusulas contractuales incluidas en la solicitud de propuestas (como las relativas a la distribución de los riesgos o el pago de indemnizaciones) pueden tener importantes consecuencias financieras para la autoridad contratante y deben examinarse cuidadosamente.

85. La comparación de los peajes, derechos, precios unitarios u otros pagos propuestos es un importante factor que garantiza la objetividad y la transparencia de la elección entre propuestas igualmente conformes. Sin embargo, es importante que la autoridad contratante examine cuidadosamente la importancia relativa que tiene este criterio dentro del proceso de evaluación. Por lo general, el concepto de “precio” no tiene el mismo valor para la adjudicación de contratos de participación público-privada que para la contratación de bienes y servicios. De hecho, la remuneración del socio privado

generalmente es el resultado de la suma de los pagos efectuados por los usuarios, las fuentes complementarias de ingresos y las subvenciones o los pagos directos de la entidad pública que adjudica el contrato.

86. De lo anterior se desprende que, si bien el precio unitario del producto previsto retiene su importancia como elemento de comparación de las propuestas, no siempre se lo puede considerar el más importante. Más importante es la evaluación global de la viabilidad financiera de las propuestas, ya que permite a la autoridad contratante analizar la capacidad de los licitantes de llevar a cabo el proyecto y la probabilidad de que aumenten posteriormente los precios propuestos. Esto es esencial para evitar que se adjudiquen los proyectos a licitantes que ofrezcan precios atractivos, pero poco realistas, con la esperanza de poder aumentarlos una vez adjudicado el contrato.

87. Es importante que la autoridad contratante dé a conocer el índice de ponderación relativo que se asignará a cada criterio de evaluación y la forma en que se aplicarán los criterios para evaluar las propuestas. Cabe utilizar dos enfoques posibles para lograr un equilibrio adecuado entre los aspectos financieros y técnicos de las propuestas. Uno de ellos es considerar que la propuesta más ventajosa es aquella que obtenga la puntuación total más alta respecto de los criterios de evaluación relativos al precio y los relativos a otros factores. Otra posibilidad es que el precio propuesto para el producto (por ejemplo, el agua o la electricidad, el importe de los peajes, los gastos de mantenimiento o el precio pagado por la autoridad contratante en concepto de alquiler) sea el factor decisivo para establecer la propuesta ganadora de entre las propuestas conformes.

## 5. Presentación y apertura de las propuestas

88. Las propuestas deberán presentarse por escrito, firmadas y en sobre sellado. Si en la solicitud de propuestas se acepta la presentación de documentos por vía electrónica, se deberá exigir a los licitantes que presenten sus propuestas en una forma que se pueda mostrar a la autoridad contratante y que ofrezca una garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información desde el momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva<sup>15</sup>. Las propuestas recibidas por la autoridad contratante después de vencido el plazo para su presentación no se abrirán y deberán devolverse a los respectivos licitantes. Para garantizar la transparencia, las leyes nacionales suelen establecer procedimientos solemnes de apertura de las propuestas, normalmente en un momento especificado previamente en la solicitud de propuestas, y exigen que la autoridad contratante permita a los licitantes que hayan presentado propuestas, o a sus representantes, asistir a la apertura o recibir confirmación de que la apertura de la propuesta se ha llevado a cabo conforme a los requisitos de integridad. Ese requisito contribuye a minimizar el riesgo de que las propuestas se puedan modificar o manipular de algún otro modo y representa una importante garantía de la integridad del procedimiento.

89. Dada la complejidad de los proyectos de participación público-privada y la diversidad de criterios de evaluación que se aplican normalmente en el proceso de adjudicación de un proyecto, tal vez sea conveniente que la autoridad contratante recurra a un proceso de evaluación en dos etapas en el que los criterios no financieros se tomen en consideración independientemente de los criterios financieros, y tal vez antes que estos, a fin de evitar situaciones en que se asigne una importancia excesiva a ciertos elementos de los criterios financieros (como el precio unitario) en detrimento de los criterios no financieros.

90. Con ese fin, en algunos países se exige a los licitantes que formulen y presenten sus propuestas técnicas y financieras en dos sobres distintos. El sistema de dos sobres se utiliza a veces porque permite a la autoridad contratante evaluar la calidad técnica de las propuestas sin dejar que influyan en su evaluación los componentes financieros de estas. Sin embargo, el método ha sido criticado por considerarlo contrario al objetivo de la economía en la adjudicación de contratos públicos. En particular, se dice que existe el peligro de que, al seleccionar inicialmente las propuestas sobre la sola base de sus

<sup>15</sup> Véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, art. 8, párr. 1.

méritos técnicos y sin referencia al precio, la autoridad contratante puede sentirse tentada, al abrir el primer sobre, a elegir propuestas que ofrezcan obras técnicamente superiores, y a rechazar propuestas que ofrezcan soluciones menos complejas pero que de todos modos atiendan a las necesidades de la autoridad contratante a un costo total inferior.

91. Como alternativa a la utilización del sistema de dos sobres, las autoridades contratantes pueden pedir que las propuestas técnicas y financieras se presenten como una propuesta única, pero estructurar su evaluación en dos etapas. En una primera etapa, la autoridad contratante normalmente fija un umbral para los aspectos de calidad y técnicos que habrán de incorporarse en las propuestas técnicas, de conformidad con los criterios enunciados en la solicitud de propuestas, y asigna un puntaje a cada propuesta técnica con arreglo a esos criterios y a la ponderación relativa de estos y la forma de aplicarlos establecidas en la solicitud de propuestas. Luego la autoridad contratante compara las propuestas financieras y comerciales cuya puntuación haya alcanzado ese umbral o lo haya superado. Cuando las propuestas técnicas y financieras hayan de evaluarse consecutivamente, la autoridad contratante deberá primeramente averiguar si las propuestas técnicas están conformes en principio con la solicitud de propuestas (es decir, si abarcan todos los puntos que se deben abordar en las propuestas técnicas). Deberá rechazarse en esta etapa toda propuesta incompleta o que se aparte de la solicitud de propuestas. Aunque la autoridad contratante podrá pedir a los licitantes que aclaren sus propuestas, no deberá pedirse, ofrecerse ni permitirse cambio alguno en una cuestión de fondo de la propuesta, ni siquiera con el propósito de que una propuesta que no sea conforme llegue a serlo.

## **6. Diálogo con los licitantes**

92. Si la autoridad contratante ha recurrido al método de la solicitud de propuestas con diálogo del tipo previsto en el artículo 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, en esta etapa entablará un diálogo con los licitantes que hayan presentado propuestas conformes. En el artículo 49, párrafo 8, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se establecen dos requisitos para el formato de diálogo, a saber, que sea entablado en forma concomitante y que en él participen siempre los mismos representantes de la autoridad contratante a fin de que los resultados sean coherentes.

93. El diálogo podrá comprender varias rondas o etapas. Al final de cada ronda o etapa, la autoridad contratante podrá precisar más sus necesidades y dar a los proveedores o contratistas participantes la oportunidad de modificar sus propuestas teniendo en cuenta esas precisiones y las preguntas y observaciones formuladas por la autoridad contratante durante el diálogo. En el curso de este, la autoridad contratante no modificará el objeto de la contratación, ni los criterios de calificación o evaluación, ni los requisitos mínimos establecidos con arreglo al artículo 49, párrafo 2 f), de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, ni los elementos de la descripción del proyecto de participación público-privada, ni las condiciones del contrato de participación público-privada que no sean objeto del diálogo, según lo especificado en la solicitud de propuestas. Los requisitos, directrices, documentos, aclaraciones u otro tipo de información que se genere durante el diálogo y que la autoridad contratante comunique a un proveedor o contratista deberán comunicarse al mismo tiempo y por igual a todos los demás proveedores o contratistas participantes, a menos que la información se refiera en forma específica o exclusiva a ese proveedor o contratista o que la comunicación constituya un incumplimiento de las disposiciones sobre confidencialidad. Las cuestiones relativas a la confidencialidad revisten especial importancia en la etapa de diálogo a la luz de su formato y amplio alcance. La norma general es que no se debe revelar información sobre un licitante particular o su propuesta a otro licitante o contratista que participe en el proceso sin el consentimiento del primero.

94. Una vez concluido el diálogo, la autoridad contratante convocará a todos los proveedores o contratistas que aún estén participando en el proceso de contratación a presentar sus mejores ofertas finales respecto de todos los aspectos de sus propuestas.

La convocatoria se emitirá por escrito y en ella se indicará la forma, el lugar y el plazo en que deberán presentarse las mejores ofertas finales. Una de las principales características que distingue a este método de contratación es la falta de un conjunto único y completo de cláusulas contractuales además de los requisitos mínimos en función de los cuales se evalúan las ofertas finales.

## **7. Negociaciones finales y adjudicación del contrato**

95. El comité de adjudicación deberá puntuar los elementos técnicos y financieros de cada propuesta de conformidad con los sistemas de puntuación dados a conocer de antemano para los criterios de evaluación técnica y dejar constancia escrita de las razones de la puntuación. Con el fin de aumentar la transparencia del proceso de selección y de evitar el uso indebido de criterios de evaluación que no guarden relación con el precio, una justificación detallada puede ser especialmente importante si el comité de adjudicación recomienda que se seleccione una propuesta principalmente sobre la base de los aspectos técnicos y no únicamente en función del precio. La autoridad contratante deberá puntuar todas las propuestas conformes sobre la base de los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas.

### **a) Procedimiento en dos etapas**

96. Si la autoridad contratante ha recurrido a un proceso de licitación en dos etapas como el previsto en el artículo 48 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, convocará al licitante que haya obtenido la puntuación más alta a participar en las negociaciones finales de ciertos elementos del contrato de participación público-privada. Si dos o más propuestas obtienen la puntuación más alta, o si la diferencia entre la puntuación de dos o más propuestas es insignificante, la autoridad contratante convocará a participar en las negociaciones finales a todos los licitantes que hayan obtenido una puntuación prácticamente equivalente. Las negociaciones finales deberán limitarse a concretar los detalles de los documentos contractuales y a satisfacer las peticiones razonables de los prestamistas del licitante elegido. Un problema particular a que se enfrenta la autoridad contratante es el riesgo de que las negociaciones con el licitante seleccionado den lugar a presiones para que se modifique, en detrimento de la administración pública o de los consumidores, el precio o la distribución de los riesgos inicialmente previstos en la propuesta. No deben permitirse cambios en los elementos esenciales de la propuesta, ya que pueden distorsionar los supuestos que sirvieron de fundamento a la presentación y puntuación de esta. Por lo tanto, las negociaciones que se lleven a cabo en esta etapa no podrán versar sobre aquellas condiciones del contrato consideradas no negociables en la solicitud final de propuestas (véase el párr. ...). El riesgo de reapertura de las condiciones comerciales en esta etapa tardía podría reducirse aún más si se insiste en que los prestamistas del licitante seleccionado manifiesten su conformidad con la distribución de los riesgos que figura en su oferta en una etapa en la que haya competencia entre los licitantes (véase el párr. ...). Los asesores financieros de la autoridad contratante podrían contribuir a este proceso dando su opinión sobre si las propuestas de los licitantes son realistas y sobre qué niveles de compromiso financiero son apropiados para cada etapa. El cierre de un acuerdo financiero puede ser en sí un proceso bastante prolongado.

97. La autoridad contratante debería comunicar al resto de los licitantes cuyas propuestas sean conformes que podrían ser convocados a negociar si las negociaciones con el licitante con la mejor puntuación no culminaran en la celebración de un contrato de participación público-privada. Cuando resulte evidente para la autoridad contratante que las negociaciones con el licitante invitado no conducirán a la celebración de un contrato de participación público-privada, la autoridad contratante informará a ese licitante que ha decidido dar por terminadas las negociaciones y a continuación invitará a negociar, por orden de puntuación obtenida, al licitante siguiente, hasta que decida formalizar un contrato o rechazar todas las propuestas restantes. Para evitar posibles abusos y demoras innecesarias, la autoridad contratante no deberá reabrir las negociaciones con un licitante respecto del cual estas ya se hayan dado por terminadas.

**b) Solicitud de propuestas con diálogo**

98. Por regla general, no se llevarán a cabo negociaciones con los licitantes si la autoridad contratante ha emitido una solicitud de propuestas con diálogo del tipo previsto en el artículo 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. En efecto, en el artículo 49, párrafo 12, de la Ley Modelo se dispone expresamente que “no se entablará negociación alguna entre la autoridad contratante y los proveedores o contratistas respecto de su mejor oferta definitiva”. La razón de esa prohibición estricta es que en la etapa de diálogo los licitantes habrán tenido amplia oportunidad de ofrecer mejoras sobre todos los aspectos de sus propuestas. La etapa de la “mejor oferta final” pone fin al diálogo y congela todas las especificaciones técnicas y las condiciones contractuales ofrecidas; de esa manera, no se da pie para que la autoridad contratante pueda valerse de la oferta de un licitante a fin de presionar a otro, en particular, en lo relativo al precio. De lo contrario, los licitantes podrían decidir aumentar el precio de su oferta para protegerse contra esa clase de presiones, lo que pondría en peligro la integridad del proceso<sup>16</sup>.

**D. Adjudicación del contrato mediante negociación directa**

99. En la *Guía* se recomienda el uso de procedimientos competitivos y estructurados para la adjudicación de los contratos de participación público-privada, pues es un hecho ampliamente reconocido que esos procedimientos son los más adecuados para promover los objetivos de economía y eficiencia (relación entre calidad y precio), integridad y transparencia (véase el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párrs. ...; véanse también los párrs. ... *supra*). Al mismo tiempo, los procedimientos de adjudicación de contratos que se recomiendan en la *Guía* evitan la rigidez que caracteriza a algunos procedimientos abiertos (como la licitación de bienes y servicios tradicional) y otorgan a la autoridad contratante amplia flexibilidad para seleccionar al concursante que mejor responda a sus necesidades, en lo que respecta a calificaciones profesionales, solvencia financiera, capacidad para asegurar la continuidad del servicio, trato equitativo de los usuarios y calidad de la propuesta.

100. Las negociaciones directas no garantizan el grado de transparencia y objetividad que se puede lograr mediante un procedimiento competitivo más estructurado. Además, en algunos países tal vez exista el temor de que el mayor grado de discreción aplicable en esas negociaciones pueda conllevar un aumento del riesgo de abusos o de prácticas corruptas. En vista de lo anterior, en la *Guía* se recomienda que la ley prescriba el uso de procedimientos de selección competitivos como norma para la adjudicación de contratos de participación público-privada y que reserve las negociaciones directas (es decir, sin recurso previo a los procedimientos de selección competitivos del tipo que aquí se describe) para situaciones excepcionales y objetivamente justificables, y con sujeción a procedimientos que aseguren la transparencia y la equidad del proceso de selección.

**1. Circunstancias que autorizan a recurrir a vías no competitivas**

101. A efectos de la transparencia y la disciplina en la adjudicación de contratos de participación público-privada, la ley debería indicar en qué circunstancias excepcionales se podrá autorizar a la autoridad contratante a seleccionar al socio privado mediante negociación directa. Esas circunstancias podrán ser, por ejemplo, las siguientes:

a) Si existe una necesidad urgente de prestar el servicio de inmediato, por lo que no resultaría práctico iniciar un proceso de selección competitivo, siempre y cuando las circunstancias que dieron lugar a la urgencia no hayan sido previsibles para la autoridad contratante ni sean resultado de una conducta dilatoria de parte de esta. Esa autorización excepcional puede ser necesaria, por ejemplo, en casos en que se haya

<sup>16</sup> *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*, pág. 231, párr. 27.

interrumpido la prestación de un servicio determinado o en que el socio privado al que se había adjudicado el contrato deje de prestar el servicio a un nivel aceptable, o si la autoridad contratante rescinde el contrato de participación público-privada en circunstancias en que sería poco práctico emprender un proceso de selección competitivo en vista de la necesidad urgente de asegurar la continuidad del servicio;

b) En el caso de proyectos de corta duración en que el valor previsto de la inversión inicial no sea superior a una suma baja especificada;

c) Razones de defensa o seguridad nacionales;

d) Casos en que haya una sola fuente que pueda prestar el servicio necesario (por ejemplo, porque requiere el uso de tecnología patentada o de conocimientos exclusivos), así como ciertos casos de propuestas no solicitadas (véanse los párrs. ...).

## **2. Medidas para aumentar la transparencia de la adjudicación de contratos mediante negociación directa**

102. Los procedimientos que se han de seguir para la negociación de un contrato público al margen de un marco competitivo estructurado generalmente se caracterizan por un grado de flexibilidad más elevado que los procedimientos aplicables a los demás métodos de contratación pública. Son pocas las reglas y procedimientos establecidos para regular el proceso mediante el cual las partes negocian y formalizan un contrato. En algunos países, las leyes de contratación pública otorgan a las autoridades contratantes prácticamente plena libertad para llevar a cabo las negociaciones como estimen conveniente. Las leyes de otros países establecen un marco procesal para las negociaciones que tiene por objeto mantener la equidad y la objetividad y reforzar la competencia estimulando la participación de los licitantes. Las disposiciones relativas a los procedimientos de selección mediante negociación abordan diversas cuestiones que se examinan más adelante, en particular, los requisitos para la aprobación de la decisión de la autoridad contratante de seleccionar al socio privado mediante la negociación, la selección de los asociados en las negociaciones, los criterios de comparación y evaluación de las ofertas, y el registro de los procedimientos de selección.

### **a) Aprobación**

103. En muchos países se establece como requisito mínimo que la autoridad contratante obtenga la aprobación de una autoridad superior antes de iniciar el proceso de selección mediante negociaciones llevadas a cabo al margen de un procedimiento competitivo estructurado. Generalmente se exige que la aprobación se solicite por escrito y que en la solicitud se expongan los motivos que obligan a recurrir a la negociación. Los requisitos de aprobación tienen por objeto, en particular, conseguir que se recurra a la adjudicación del contrato sin un procedimiento competitivo únicamente si se dan las circunstancias apropiadas.

### **b) Selección de las entidades que participarán en las negociaciones**

104. A fin de que el proceso de adjudicación sea lo más competitivo posible, es aconsejable pedir a la autoridad contratante que entable negociaciones con el mayor número posible de empresas que considere aptas para responder a sus necesidades si las circunstancias lo permiten. En algunos países, fuera de esa disposición de carácter general, no existen disposiciones concretas sobre el número mínimo de contratistas o proveedores con los que la autoridad contratante deberá negociar. En otros países, sin embargo, la ley dispone que la autoridad contratante, de ser posible, negocie con un número mínimo o solicite propuestas de un número mínimo de licitantes (generalmente tres). Se permite que la autoridad contratante negocie con un número menor en ciertas circunstancias, en particular, si no existe el número mínimo de posibles licitantes.

105. Con el fin de aumentar la transparencia, también es aconsejable que se dé aviso a los licitantes de los procedimientos de negociación en la forma que se especifique. Por ejemplo, se podrá pedir a la autoridad contratante que publique el aviso en algún medio utilizado normalmente con ese propósito. Los requisitos sobre publicación de un aviso tienen por objeto atraer la atención de un número mayor de licitantes del que existiría en caso contrario, y fomentar de ese modo la competencia. Habida cuenta de la magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura, en general el aviso deberá comprender un mínimo de información (una descripción del proyecto, por ejemplo, o los requisitos de calificación) y deberá publicarse con suficiente antelación para que los licitantes preparen sus ofertas. Por lo general, los requisitos formales de admisibilidad aplicables a los licitantes en los procedimientos de selección competitivos deberán aplicarse también a los procedimientos de negociación.

106. En algunos países, los requisitos de notificación no se aplican si la autoridad contratante recurre a la negociación después de un proceso de licitación infructuoso (véase el párr. ... e)), si se permite a todos los licitantes calificados participar en las negociaciones o si no se ha recibido oferta alguna. Con arreglo a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, se puede renunciar al aviso público únicamente en casos de urgencia, de emergencia o de riesgo de divulgación de información reservada.

### c) Procedimiento aplicable a las negociaciones

107. La negociación directa, si la legislación nacional la autoriza, suele ser un método de contratación flexible. Sin embargo, en la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública* se invita a los Estados promulgantes a que estudien la posibilidad de imponer requisitos complementarios para que se pueda emplear la negociación competitiva. Por ejemplo, los reglamentos o normas relativos a la contratación o las orientaciones emitidas por el organismo de contratación pública u otro órgano “pueden exigir que la entidad adjudicadora adopte, por ejemplo, las siguientes medidas: establecer normas y procedimientos básicos para las negociaciones a fin de que se proceda con la debida eficiencia; preparar diversos documentos que sirvan de base para la negociación, en concreto, documentos en que se haga una descripción del objeto del contrato adjudicable y se enuncien las cláusulas y condiciones contractuales, y pedir a los proveedores o contratistas con los que negocie que desglosen su precio para facilitar la comparación de las ofertas”<sup>17</sup>.

108. A pesar de que en las negociaciones directas no suele emitirse un único conjunto de condiciones contractuales a partir del cual se evalúen las ofertas finales, las negociaciones pueden ser más eficaces si el equipo negociador de la autoridad contratante recibe orientación en forma de criterios generales que las propuestas deberán satisfacer (por ejemplo, los objetivos generales de desempeño o las especificaciones del producto), así como los criterios de evaluación de las ofertas presentadas durante las negociaciones y de selección del socio privado ganador (por ejemplo, el mérito técnico de la oferta, los precios, los costos de explotación y mantenimiento y la rentabilidad y las posibilidades de desarrollo del contrato de participación público-privada). La autoridad contratante deberá entablar conversaciones con los licitantes a fin de afinar y mejorar la propuesta hasta el punto en que resulte satisfactoria para la autoridad contratante. En el curso de las conversaciones se podría discutir el precio de cada propuesta. Cuando se hayan ultimado las propuestas, la autoridad contratante deberá tratar de obtener una mejor oferta final sobre la base de las propuestas aclaradas. Es recomendable que los licitantes adjunten a su oferta final pruebas de que la distribución de los riesgos plasmada en la oferta sería aceptable para los prestamistas propuestos. El proceso de negociación concluye con la mejor oferta final. La entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas no deberán negociar respecto de sus

<sup>17</sup> *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*, pág. 239, párr. 6.



mejores ofertas finales. El contrato se adjudicará a la parte que proponga la oferta “más económica” o “más ventajosa”.

**d) Anuncio de la adjudicación del contrato**

109. La autoridad contratante deberá establecer un expediente del proceso de selección (véanse los párrs. ...) y publicará un anuncio de la adjudicación del contrato en el que, salvo en los casos que afectan a los intereses de seguridad o defensa nacionales, se deberán dar a conocer, en particular, las circunstancias y los motivos específicos por los que se haya adjudicado el contrato sin recurrir al debido procedimiento competitivo (véase el párr. ...). En muchos países, la publicación de la totalidad del contrato de participación público-privada ha pasado a ser una práctica establecida que tiene por objeto promover la transparencia y la rendición de cuentas. Esta práctica a menudo se complementa con otras medidas de divulgación y transparencia, como la publicación de informes de evaluación sobre el desempeño de los socios privados en relación con los objetivos establecidos en el contrato de participación público-privada y la existencia de un mecanismo gubernamental para la publicación de esos objetivos de desempeño (ya sea el sitio web de la autoridad contratante u otro medio) (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

**E. Propuestas no solicitadas**

110. Los proyectos de participación público-privada son a veces resultado de propuestas presentadas directamente por el sector privado. Esas propuestas se denominan generalmente “propuestas no solicitadas”, ya que no se refieren a un proyecto para el que el sector público haya iniciado un proceso de adjudicación de contrato. Las propuestas no solicitadas pueden deberse a que el sector privado ha determinado que existe una necesidad de infraestructura que se puede satisfacer mediante una APP. Además, pueden consistir en propuestas innovadoras para la gestión de la infraestructura y ofrecer la posibilidad de transferir tecnología nueva al país anfitrión. Sin embargo, pueden dar lugar a diversos problemas en materia de transparencia, responsabilidad y relación entre calidad y precio. Los países que, pese a ello, deseen permitir que se tomen en consideración propuestas no solicitadas deberán sopesar cuidadosamente esos problemas e idear salvaguardias apropiadas.

**1. Consideraciones de política general**

111. Una razón que se aduce a veces para permitir que se tomen en consideración propuestas no solicitadas es que constituye un incentivo para que el sector privado presente propuestas que entrañen el uso de nuevos conceptos o tecnologías para atender a las necesidades de la autoridad contratante. Por la naturaleza misma de los procedimientos de selección competitivos, ningún licitante tiene la seguridad de que se le adjudicará el proyecto, a menos que gane el concurso. El costo de formular propuestas para grandes proyectos de infraestructura puede ser un factor de disuasión para las empresas que no saben si podrán igualar las propuestas que presenten sus competidores. A la inversa, el sector privado puede hallar un incentivo para presentar propuestas no solicitadas en las normas que permiten a la autoridad contratante negociar tales propuestas directamente con los autores. La autoridad contratante también puede tener interés en la posibilidad de entablar negociaciones directas con el fin de estimular al sector privado a formular propuestas innovadoras para el desarrollo de la infraestructura.

112. Al mismo tiempo, sin embargo, la adjudicación de proyectos a raíz de propuestas no solicitadas y sin la competencia de otros licitantes puede exponer a la administración pública a severas críticas. Las mejores prácticas de buena gobernanza exigen que las autoridades públicas prevean sus necesidades de infraestructura y planifiquen sistemáticamente la forma de satisfacerlas. Deben crear capacidad para concebir y planificar sus propios proyectos, en lugar de depender del sector privado para iniciarlos (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). Se ha demostrado que,

en la práctica, debido a una evaluación o planificación inadecuadas, las propuestas no solicitadas dan lugar a que el país anfitrión contraiga unas obligaciones condicionales considerables que no se habían previsto debidamente en los sistemas a largo plazo de gasto público y control presupuestario. Además, los posibles prestamistas, incluidas las instituciones financieras multilaterales y bilaterales, pueden tener reparos en prestar fondos u otorgar garantías para proyectos que no hayan sido objeto de un proceso de selección competitivo. Pueden temer la posibilidad de que se impugnen o cancelen debido a un cambio de Gobierno (por ejemplo, porque el nuevo Gobierno considere que la adjudicación del proyecto se debió a favoritismos o porque el procedimiento no ofreció parámetros objetivos para comparar los precios, los elementos técnicos y la eficacia general del proyecto), o que sean objeto de impugnación judicial o política por otras partes interesadas, sean estas usuarios disconformes con el aumento de los precios o empresas competidoras que aleguen haber sido excluidas injustamente de un proceso de selección competitivo.

113. Esas son varias de las razones por las que algunos países han preferido no regular las propuestas no solicitadas ni prohibirlas expresamente. No obstante, aquellos países que deseen permitir que se tengan en cuenta las propuestas no solicitadas, deben considerar la necesidad y la conveniencia de idear procedimientos especiales para evaluarlas y realizar los trámites pertinentes, con miras a evitar que se utilicen para eludir los mecanismos de gestión de las inversiones públicas. Con ese fin, puede ser útil analizar dos de las situaciones que se mencionan con más frecuencia en relación con las propuestas no solicitadas, a saber, las propuestas no solicitadas que ofrezcan utilizar nuevos conceptos o tecnologías para atender a las necesidades de infraestructura de la autoridad contratante y las propuestas no solicitadas que ofrezcan responder a una necesidad de infraestructura aún no determinada por la autoridad contratante.

**a) Propuestas no solicitadas que ofrezcan conceptos o tecnologías nuevos para atender a las necesidades de infraestructura de la autoridad contratante**

114. En general, si se trata de proyectos que requieren el uso de algún tipo de proceso o método industrial, la autoridad contratante tendrá interés en fomentar la presentación de propuestas que incluyan los procesos, diseños, metodologías o conceptos de ingeniería más avanzados con probada capacidad para mejorar los resultados del proyecto (reduciendo considerablemente los costos de construcción, por ejemplo, acelerando la ejecución del proyecto, aumentando la seguridad, mejorando el rendimiento del proyecto, prolongando su vida útil, reduciendo los costos de mantenimiento y explotación de las obras o reduciendo los efectos negativos o las perturbaciones sobre el medio ambiente durante la etapa de construcción o de explotación del proyecto).

115. La autoridad contratante podría satisfacer también sus intereses legítimos estableciendo procedimientos de selección competitivos debidamente modificados, en lugar de prever un conjunto especial de reglas para gestionar las propuestas no solicitadas. Por ejemplo, si la autoridad contratante recurre a procedimientos de selección que hacen hincapié en el resultado previsto del proyecto, pero no estipulan la forma en que este se ha de alcanzar (véanse los párrs. ...), los licitantes tendrán flexibilidad suficiente para proponer sus propios procesos o métodos exclusivos. En ese caso, el hecho de que cada uno de los licitantes disponga de sus propios procesos o métodos exclusivos no constituye un obstáculo para la competencia, siempre que todos los métodos propuestos sean técnicamente capaces de generar el producto previsto por la autoridad contratante.

116. Añadir la flexibilidad necesaria a los procedimientos de selección competitivos puede ser en estos casos una solución más satisfactoria que concebir procedimientos especiales no competitivos para tratar las propuestas que ofrezcan nuevos conceptos o tecnologías. Con la posible excepción de los conceptos o tecnologías cuya singularidad esté corroborada por derechos de propiedad intelectual, la autoridad contratante podría tener considerables dificultades para determinar lo que constituye un concepto o tecnología nuevo. Para ello tal vez tenga que recurrir a costosos servicios de expertos independientes, posiblemente de fuera del país anfitrión, para evitar acusaciones de

parcialidad. Además, si se determina que un proyecto entraña un nuevo concepto o tecnología, otras empresas interesadas podrían afirmar tener también nuevas tecnologías igualmente adecuadas y amparadas por un derecho de propiedad intelectual.

117. Sin embargo, puede producirse una situación algo diferente si la singularidad de la propuesta o sus aspectos innovadores son tales que no sería posible ejecutar el proyecto sin utilizar un proceso, diseño, metodología o concepto técnico sobre el cual el autor de la propuesta o sus socios posean derechos exclusivos, ya sea a nivel mundial o regional. La existencia de derechos de propiedad intelectual en relación con un método o tecnología puede sin duda reducir o eliminar las posibilidades de una competencia significativa. Esta es la razón por la que las leyes de contratación pública de la mayoría de los países autorizan a las entidades adjudicadoras a contratar con un solo proveedor o contratista si los bienes, las obras o los servicios únicamente se pueden obtener de determinado proveedor o contratista, o si determinado proveedor o contratista goza de derechos exclusivos respecto de los bienes, las obras o los servicios y no existen otras opciones razonables (véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 30, párr. 5).

118. En ese caso, sería apropiado permitir a la autoridad contratante negociar la ejecución del proyecto directamente con el autor de la propuesta no solicitada. La dificultad estriba, por supuesto, en cómo constatar, con el grado necesario de objetividad y transparencia, que no existen otras opciones que razonablemente puedan constituir una alternativa o sustituir al método o la tecnología que se ofrece en la propuesta no solicitada. Con tal fin, es aconsejable que la autoridad contratante establezca procedimientos dirigidos a obtener elementos de comparación respecto de la propuesta no solicitada. En esa situación, el uso de las disposiciones establecidas en la solicitud de propuestas con diálogo de conformidad con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública está en consonancia con la necesidad de garantizar un trato justo y objetivo de las propuestas no solicitadas.

**b) Propuestas no solicitadas que ofrezcan responder a una necesidad de infraestructura aún no determinada por la autoridad contratante**

119. Valor de las propuestas no solicitadas de este tipo reside en que ofrecen posibilidades de desarrollo de la infraestructura que no han sido consideradas por las autoridades del país anfitrión. Sin embargo, esta circunstancia en sí no debería ser justificación suficiente para la adjudicación de un contrato negociado directamente sin que la autoridad contratante tenga cierta seguridad objetiva de haber obtenido la solución más ventajosa para atender a sus necesidades. Una propuesta no solicitada, por muy justificada que sea, no debería sustituir a la evaluación que realice la administración pública de sus propias necesidades de infraestructura ni a las medidas de planificación y evaluación que exige la ley (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...).

**2. Procedimientos para gestionar propuestas no solicitadas**

120. En vista de las consideraciones anteriores, es aconsejable que la autoridad contratante establezca procedimientos transparentes para determinar si una propuesta no solicitada cumple las condiciones necesarias y si interesa a dicha autoridad darle curso.

**a) Restricciones de la admisibilidad de las propuestas no solicitadas**

121. A fin de ejercer el debido control sobre el gasto público, algunas leyes nacionales disponen que no podrá tomarse en consideración ninguna propuesta no solicitada si la ejecución del proyecto exige que la autoridad contratante u otra autoridad pública asuma compromisos financieros considerables, como garantías, subvenciones o participación en el capital social. La razón de esa limitación es que los procedimientos de gestión de las propuestas no solicitadas suelen ser menos detallados que los procedimientos de selección ordinarios y tal vez no garanticen el mismo grado de transparencia y competencia que se lograría de otro modo. Sin embargo, puede haber razones para

permitir que esa condición se aplique con cierta flexibilidad. En algunos países, el otorgamiento de respaldo público que no consista en garantías directas, subvenciones o participación en el capital social (por ejemplo, la venta o el arrendamiento de bienes públicos a los autores de las propuestas de proyectos) no impedirá necesariamente que una propuesta sea tratada y aceptada como propuesta no solicitada.

122. Otra condición para tomar en consideración una propuesta no solicitada es que esta se refiera a un proyecto respecto del cual la autoridad contratante no haya anunciado ni iniciado un proceso de selección. Lo que justifica que se admitan propuestas no solicitadas sin utilizar un proceso de selección competitivo es incentivar al sector privado a que detecte necesidades de infraestructura nuevas o imprevistas o formule propuestas innovadoras para atender a esas necesidades. Esta justificación puede perder validez si el proyecto ya ha sido identificado por las autoridades del país anfitrión y el sector privado solo está proponiendo una solución técnica diferente de la prevista por la autoridad contratante. En ese caso, esta podrá aprovechar de todos modos la solución innovadora si aplica un proceso de selección que implique un diálogo con los licitantes (véanse los párrs. ...). Sin embargo, la decisión de examinar propuestas no solicitadas al margen del proceso de selección ya iniciado o anunciado no sería consecuente con el principio de equidad en la adjudicación de contratos públicos.

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

123. Deberá pedirse a toda empresa o grupo de empresas que proponga a la administración pública un proyecto privado de desarrollo de infraestructura que presente una propuesta inicial con información suficiente para que la autoridad contratante evalúe *prima facie* si se cumplen las condiciones para que se tomen en consideración propuestas no solicitadas, en particular si el proyecto propuesto es de interés público. La propuesta inicial debe incluir, por ejemplo, una descripción de la experiencia previa del autor de la propuesta en materia de proyectos e información sobre su situación financiera; una descripción del proyecto (tipo, ubicación, impacto regional, inversión propuesta, gastos de explotación, evaluación financiera y recursos que se necesiten de la administración pública o de terceros); detalles sobre el emplazamiento (régimen de propiedad y si será necesario expropiar terrenos u otros bienes); y una descripción del servicio y de las obras.

124. Tras un examen preliminar, la autoridad contratante deberá informar a la empresa, en un plazo razonablemente breve, si existe o no un posible interés público en el proyecto. Si la autoridad contratante reacciona favorablemente al proyecto, se deberá invitar a la empresa a presentar una propuesta oficial, la cual, además de los temas abarcados en la propuesta inicial, deberá comprender un estudio de viabilidad técnica y económica (incluidas las características, los costos y los beneficios) y un estudio del impacto ambiental. Además, el autor de la propuesta deberá presentar información satisfactoria sobre el concepto o la tecnología que se contempla en la propuesta. La información presentada deberá ser suficientemente detallada para que la autoridad contratante pueda evaluar debidamente el concepto o la tecnología y determinar si cumple las condiciones necesarias y si es probable que se aplique con éxito a la escala del proyecto propuesto. La empresa que presenta la propuesta no solicitada conservará la propiedad de todos los documentos que se presenten a lo largo del proceso, que le serán devueltos en el caso de que la propuesta sea rechazada.

125. Una vez que el autor de la propuesta haya suministrado toda la información necesaria, la autoridad contratante deberá decidir, en un plazo razonablemente breve, si se propone seguir adelante con el proyecto y, de ser así, qué procedimiento utilizará. La elección del procedimiento apropiado deberá hacerse en función de la decisión preliminar que adopte la autoridad contratante sobre si la ejecución del proyecto sería o no posible si se prescindiera del proceso, el diseño, la metodología o el concepto técnico sobre los que la empresa que presenta la propuesta o sus socios posean derechos exclusivos.

**c) Aprobación**

126. Como sucede con otras excepciones a un proceso de licitación competitivo del tipo que se recomienda en la *Guía*, en aras de la transparencia y la rendición de cuentas, la decisión de tomar en consideración propuestas no solicitadas no deberá recaer únicamente en la autoridad contratante. Así pues, una vez que la autoridad contratante haya determinado que el proyecto es de interés público, deberá obtener la aprobación de una autoridad superior tanto para proseguir con el examen de la propuesta no solicitada como para aplicar el procedimiento propuesto que se usará a tal fin. La solicitud de aprobación deberá realizarse por escrito y contener los motivos para proceder de la forma propuesta por la autoridad contratante. El requisito de aprobación tiene por objeto, en particular, garantizar que únicamente se recurre a la adjudicación de un contrato a partir de una propuesta no solicitada en las circunstancias adecuadas.

**d) Procedimientos para gestionar propuestas no solicitadas que no entrañan conceptos o tecnología patentados**

127. Si la autoridad contratante, una vez examinada una propuesta no solicitada, decide que el proyecto es de interés público, pero que es posible ejecutarlo sin recurrir a un proceso, diseño, metodología o concepto técnico sobre el que el autor de la propuesta o sus socios tengan derechos exclusivos, la autoridad contratante deberá adjudicar el proyecto utilizando los procedimientos que normalmente se siguen para adjudicar contratos de participación público-privada, como, por ejemplo, los procedimientos de selección competitivos que se describen en la presente *Guía* (véanse los párrs. ...). Sin embargo, algunos países han incluido elementos especiales en los procedimientos de selección que sirvan de incentivo para la presentación de propuestas no solicitadas. Esos incentivos pueden consistir en las medidas siguientes:

a) La autoridad contratante podría comprometerse a no iniciar un proceso de selección en relación con un proyecto acerca del cual haya recibido una propuesta no solicitada sin invitar a la empresa que presentó la propuesta inicial;

b) Se podría conceder algún tipo de prima al licitante inicial por presentar la propuesta. En algunos países que utilizan un sistema de puntuación por mérito para evaluar las propuestas financieras y técnicas la prima consiste en un margen de preferencia en la puntuación final (es decir, cierto porcentaje sobre la puntuación final combinada obtenida por esa empresa respecto de los criterios de evaluación financieros o no financieros). Una posible dificultad de ese sistema es el riesgo de que se fije un margen de preferencia tan alto que desaliente a los competidores a presentar ofertas meritorias, con el resultado de que se reciba un proyecto de menor valor a cambio de la preferencia otorgada al licitante innovador. Una forma preferible de incentivo puede ser el reembolso, total o parcial, de los gastos en que ha incurrido el autor inicial al preparar la propuesta no solicitada. En aras de la transparencia, esos incentivos deberán anunciarse en la solicitud de propuestas.

128. No obstante, cabe señalar que esos incentivos pueden disuadir a otros posibles licitantes de incurrir en los gastos que supone enviar propuestas. Así pues, al determinar el nivel deseable de los incentivos para el autor de la propuesta no solicitada, sería muy aconsejable que la autoridad contratante tratase de garantizar una competencia real y evitara que estos favoreciesen tanto al autor de la propuesta no solicitada que pudieran disuadir a otros licitantes potenciales de presentar otras propuestas. A pesar de los incentivos que se puedan ofrecer, el autor de la propuesta no solicitada debería satisfacer los mismos criterios de calificación que se exijan a los licitantes que participan en un proceso de selección competitivo (véanse los párrs. ...).

**e) Procedimientos para gestionar propuestas no solicitadas que entrañen conceptos o tecnología patentados**

129. Si al parecer los aspectos innovadores de la propuesta son tales que no sería posible ejecutar el proyecto sin utilizar un proceso, diseño, metodología o concepto técnico sobre el que el autor o sus socios tengan derechos exclusivos a nivel mundial o regional, puede ser conveniente que la autoridad contratante confirme esa apreciación preliminar

mediante un procedimiento que permita obtener elementos de comparación respecto de la propuesta no solicitada. Uno de esos procedimientos puede consistir en la publicación de una descripción de los elementos esenciales de la propuesta que atañen al resultado (por ejemplo, la capacidad de la obra de infraestructura, la calidad del producto o servicio o el precio por unidad) junto con una invitación a las demás partes interesadas a que presenten propuestas alternativas o comparables dentro de un plazo determinado. En la descripción no deberán figurar los elementos aportados por la propuesta no solicitada (el diseño de la obra, por ejemplo, o la tecnología y el equipo que se han de utilizar), a fin de no dar a conocer a posibles competidores información que es de propiedad exclusiva del autor de la propuesta no solicitada. El plazo para presentar propuestas deberá ser proporcional a la complejidad del proyecto y dar a los posibles competidores tiempo suficiente para formular sus propuestas. Esto puede ser un factor decisivo para obtener propuestas alternativas, por ejemplo, si los licitantes tuvieran que efectuar investigaciones geológicas detalladas del subsuelo como las que pudiera haber llevado a cabo durante muchos meses el licitante inicial, que preferiría que los resultados geológicos no se divulgaran.

130. La convocatoria a presentar propuestas comparativas o competitivas deberá publicarse con cierta frecuencia mínima (por ejemplo, una vez por semana durante tres semanas) al menos en una publicación de circulación general. Se deberá indicar la hora y el lugar en que podrán obtenerse los documentos de licitación y la hora en que se podrán recibir las propuestas. Es importante que la autoridad contratante proteja los derechos de propiedad intelectual del autor inicial y que vele por la confidencialidad de la información patentada recibida con la propuesta no solicitada. Ese tipo de información no deberá formar parte de los documentos de licitación. Tanto el licitante inicial como cualquier otra empresa que desee presentar una propuesta alternativa deberá ofrecer una garantía de la oferta (véase el párr. ...). Luego hay dos posibilidades para seguir adelante, en función de la reacción a la convocatoria:

a) Si no se reciben otras propuestas, la autoridad contratante tendrá motivos razonables para llegar a la conclusión de que no hay una opción que razonablemente puede constituir una alternativa o sustituir al método o la tecnología previstos en la propuesta no solicitada. Se deberá dejar debida constancia de la conclusión de la autoridad contratante y se podrá autorizar a esta a entablar negociaciones directas con el proponente inicial. Podría ser conveniente exigir que la decisión de la autoridad contratante sea examinada y aprobada por la misma autoridad cuya aprobación sería necesaria en circunstancias normales para que la autoridad contratante pudiera seleccionar a un socio privado mediante negociación directa (véase el párr. ...). Algunos países cuyas leyes exigen el uso de procedimientos competitivos han recurrido a ese tipo de procedimientos con el fin de establecer la transparencia que se requiere para evitar que en el futuro se cuestione la adjudicación de un contrato de participación público-privada a raíz de una propuesta no solicitada. En esos países, y según la Ley Modelo, la simple publicación de una convocatoria a licitar permitiría adjudicar el contrato al licitante que hubiera presentado inicialmente la propuesta no solicitada, aun cuando su oferta fuera la única recibida. Ello se debe a que el cumplimiento de los procedimientos competitivos normalmente exige que haya existido la posibilidad de competencia, pero no necesariamente que la competencia haya sido real. La publicidad hace que exista esa posibilidad y añade un grado conveniente de transparencia;

b) Si se presentan otras propuestas, la autoridad contratante invitará a todos los licitantes a participar en las negociaciones con el fin de determinar cuál es la propuesta más ventajosa para llevar a cabo el proyecto (véanse los párrs. ...). En el caso de que la autoridad contratante reciba un número suficientemente elevado de propuestas alternativas que a primera vista parezcan satisfacer sus necesidades de infraestructura, puede haber margen para iniciar un proceso de selección plenamente competitivo (véanse los párrs. ...), con independencia de los incentivos que puedan ofrecerse al autor de la propuesta inicial (véase el párr. ...).

131. Se deberá pedir a la autoridad contratante que establezca un expediente del proceso de selección (párrs. ...) y que publique un anuncio de la adjudicación del proyecto (véase el párr. ...).

## **F. Confidencialidad**

132. A fin de evitar que se abuse de los procedimientos de selección y de promover la confianza en el proceso, es importante que todas las partes respeten su confidencialidad, especialmente en lo que respecta a las negociaciones. La confidencialidad es importante, en particular, para proteger la propiedad intelectual, el secreto comercial o información confidencial de otra índole que los licitantes tal vez incluyan en sus propuestas pero que no deseen dar a conocer a sus competidores. La confidencialidad deberá respetarse cualquiera que sea el método de selección utilizado por la autoridad contratante. En concreto, esto significa que un funcionario de la autoridad contratante que negocie con dos licitantes no podrá revelar a uno de ellos el contenido de las negociaciones mantenidas con el otro. La confidencialidad también es importante para evitar la colusión entre licitantes, como sucedería, por ejemplo, si los licitantes compartieran la estructura de gastos de la autoridad contratante para ajustar sus propuestas y repartirse una serie de oportunidades de contrato.

## **G. Anuncio de la adjudicación del proyecto**

133. Por lo general, los contratos de participación público-privada contienen disposiciones que interesan directamente no solo a la autoridad contratante y al socio privado, sino también a otras partes que pueden tener un interés legítimo en recibir información acerca de ciertos elementos esenciales del proyecto. Esto ocurre, en particular, con los proyectos en los que se presta un servicio directamente al público. En aras de la transparencia, puede ser conveniente establecer un procedimiento para dar a conocer aquellas cláusulas del contrato de participación público-privada que puedan ser de interés público. Ese requisito debería imponerse con independencia del método que emplee la autoridad contratante para seleccionar al socio privado (por ejemplo, proceso de selección competitivo, negociaciones directas o selección a raíz de una propuesta no solicitada). Una posibilidad sería exigir a la autoridad contratante que publicara un anuncio de la adjudicación del proyecto, en el que se indicaran los elementos esenciales de los acuerdos propuestos, por ejemplo: a) el nombre del socio privado; b) una descripción de las obras que realizará el socio privado y de los servicios que prestará; c) la duración del contrato; d) la estructura de precios; e) un resumen de los derechos y obligaciones esenciales del socio privado y de las garantías que deberá ofrecer; f) un resumen de los derechos de supervisión de la autoridad contratante y de los recursos en caso de incumplimiento del contrato de participación público-privada; g) un resumen de las obligaciones esenciales de la administración pública, en particular los pagos, subvenciones o indemnizaciones ofrecidas; y h) cualquier otra cláusula esencial del contrato de participación público-privada, prevista en la solicitud de propuestas.

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

134. En aras de la transparencia y la rendición de cuentas y para facilitar el ejercicio del derecho de los licitantes perjudicados a solicitar la revisión de las decisiones adoptadas por la autoridad contratante, se exigirá a esta llevar un expediente adecuado en el que conste la información esencial relativa al proceso de selección. Las leyes y los reglamentos del país anfitrión suelen disponer la forma y el modo en que deben mantenerse los expedientes, así como quiénes tendrán acceso a su contenido y en qué condiciones.

135. En el expediente que habrá de llevar la autoridad contratante deberá figurar, según proceda, la información general relativa al proceso de selección que suele incluirse en los expedientes de los procesos de contratación pública (por ejemplo, la información que se detalla en el art. 25 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública), así como la información de particular importancia para las APP. Esa información podrá consistir en lo siguiente:

- a) Una descripción del proyecto para el que la autoridad contratante haya solicitado propuestas;
- b) Los nombres y direcciones de las empresas que forman parte de consorcios de licitantes y el nombre y la dirección de cada uno de los miembros del consorcio de licitantes con el que se haya cerrado el contrato de participación público-privada; y una descripción de los requisitos de publicidad, en particular copia de la publicidad utilizada o de las convocatorias enviadas;
- c) Una declaración de las razones y circunstancias en que se ha basado la autoridad contratante para justificar el procedimiento elegido para la adjudicación del contrato;
- d) Si posteriormente se permite la introducción de cambios en la composición de los consorcios de licitantes preseleccionados, una declaración de las razones por las que se autorizaron los cambios y las conclusiones sobre las calificaciones de los consorcios nuevos o sustitutivos interesados;
- e) Información relativa a las calificaciones o a la falta de calificaciones de los licitantes y un resumen de la evaluación y la comparación de las propuestas, incluida la aplicación de cualquier margen de preferencia;
- f) 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 licitantes calificados;
- g) Un resumen de las solicitudes de aclaración de los documentos de preselección o de la solicitud de propuestas que se hayan recibido, y de las respuestas que se hayan dado, así como un resumen de las modificaciones que se hayan introducido en esos documentos;
- h) Un resumen de las principales cláusulas de las propuestas y del contrato de participación público-privada;
- i) Si la autoridad contratante ha considerado más ventajosa una propuesta distinta de la que ofrece el precio unitario más bajo, una justificación de los motivos por los que el comité adjudicador ha llegado a tal conclusión;
- j) Si se han rechazado todas las propuestas, una declaración a tal efecto y las razones del rechazo;
- k) Si las negociaciones con el consorcio que presentó la propuesta más ventajosa y las negociaciones posteriores con los consorcios restantes que presentaron propuestas conformes no culminaron en un contrato de participación público-privada, una declaración a tal efecto y las razones correspondientes.

136. Como se indica en la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*, “deben sopesarse, por un lado, los objetivos de transparencia y rendición de cuentas y la necesidad de proporcionar a los concursantes la información necesaria para que puedan evaluar su propia intervención y determinar si tienen motivo para interponer un recurso, cuando proceda, y, por otro, la necesidad de amparar los intereses comerciales legítimos de los proveedores o contratistas”<sup>18</sup>. Por consiguiente, en el artículo 25, párrafo 2, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se exige que la parte del expediente que contiene la información mencionada en los apartados a), b) y c) se dé a conocer, previa solicitud, “a toda persona interesada tras haber sido aceptada la oferta ganadora o tras haber sido cancelada la contratación”. No obstante, de conformidad con el artículo 25, párrafo 3, de la Ley Modelo, la parte del expediente que contiene la información mencionada en los apartados d) a k) solo sería puesta, previa solicitud, a disposición de todo proveedor o contratista que haya presentado una oferta, una vez que haya tenido conocimiento de la decisión sobre la aceptación de la oferta ganadora.

---

<sup>18</sup> *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*, pág. 139, párr. 5.



137. Si se adjudica un contrato sin recurrir a un procedimiento competitivo (véase el párr. ...), puede ser conveniente consignar en el expediente del procedimiento, además de los requisitos mencionados en el párrafo 121 que puedan ser aplicables, la información siguiente:

- a) Una declaración de las razones y las circunstancias en que se haya basado la autoridad contratante para justificar la negociación directa;
- b) El tipo de publicidad utilizado o el nombre y la dirección de la empresa o las empresas directamente convocadas a participar en las negociaciones;
- c) El nombre y la dirección de la empresa o las empresas que solicitaron participar y de las que quedaron excluidas de la participación, en su caso, y los motivos de su exclusión;
- d) Si las negociaciones no dieron lugar a la celebración de un contrato de participación público-privada, una declaración a tal efecto y las razones correspondientes;
- e) La justificación ofrecida para la selección del socio privado definitivo.

138. En los procedimientos de selección iniciados como resultado de propuestas no solicitadas (véanse los párrs. ...), podría ser conveniente que en el expediente de esos procedimientos, además de los requisitos mencionados en el párrafo ... que puedan ser aplicables, constara la siguiente información:

- a) El nombre y la dirección de la empresa o las empresas que presentan la propuesta no solicitada y una breve descripción de esta;
- b) Un certificado de la autoridad contratante de que se determinó que la propuesta no solicitada era de interés público y que entrañaba nuevos conceptos o tecnologías, según el caso;
- c) El tipo de publicidad utilizada o el nombre y la dirección de la empresa o las empresas convocadas directamente a participar en las negociaciones;
- d) El nombre y la dirección de la empresa o las empresas que solicitaron participar y de las que quedaron excluidas, en su caso, y los motivos de su exclusión;
- e) Si las negociaciones no dieron lugar a un contrato de participación público-privada, una declaración a tal efecto y de las razones de ello;
- f) La razones que se dieron para justificar la selección del socio privado definitivo.

139. Es conveniente que las reglas sobre el expediente que se habrá de llevar especifiquen quiénes tendrán acceso a su contenido y en qué condiciones. Al establecer los parámetros aplicables a la divulgación de información es preciso ponderar factores como la conveniencia general, desde el punto de vista de la responsabilidad de las autoridades contratantes, de divulgar ampliamente la información; la necesidad de proporcionar a los licitantes la información que les permita evaluar su propio desempeño en el proceso y detectar los casos en que tienen razones legítimas para recurrir; y la necesidad de proteger la información comercial de los licitantes que sea confidencial. En vista de esas consideraciones, sería conveniente establecer dos niveles de divulgación, según lo previsto en el artículo 25 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. La información que se facilitará a toda persona interesada podrá limitarse a la información básica necesaria para cumplir la obligación que tiene la autoridad contratante de rendir cuentas al público en general. Sin embargo, es aconsejable dar acceso a los licitantes a información más detallada sobre el proceso de selección, ya que les es necesaria para poder apreciar su propio desempeño en ese proceso y comprobar la observancia por la autoridad contratante de los requisitos legales y reglamentarios aplicables.

140. Además, deben adoptarse medidas adecuadas para evitar la divulgación de información comercial confidencial de los proveedores o contratistas. Tal es el caso, en particular, de la información relativa a la evaluación y comparación de las propuestas,

ya que un exceso de información podría perjudicar los intereses comerciales legítimos de los licitantes. Como regla general, la autoridad contratante no deberá dar a conocer información más detallada sobre el examen, la evaluación y la comparación de las propuestas y sobre los precios propuestos, salvo que se lo ordene un tribunal competente.

141. Las disposiciones que limitan la divulgación de información sobre el proceso de selección no impiden su aplicabilidad a determinadas partes del expediente de otras leyes del Estado promulgante que confieren al público en general el derecho a obtener acceso a la documentación pública. El derecho interno del país anfitrión tal vez imponga la divulgación de la información consignada en el expediente a los órganos de supervisión legislativos o parlamentarios.

## I. Vías de recurso

142. La existencia de vías de recurso equitativas y eficientes es uno de los requisitos básicos para atraer a licitantes serios y competentes y para reducir el costo y la duración del proceso de adjudicación. Una salvaguardia importante de la buena observancia de las normas que rigen el proceso de selección es que los licitantes puedan interponer recurso contra las medidas adoptadas por la autoridad contratante en contravención de dichas normas o de los derechos de los licitantes. En diferentes ordenamientos jurídicos y regímenes administrativos existen diversos recursos y procedimientos estrechamente vinculados con la cuestión de la revisión de los actos de la administración pública. Sea cual fuere su forma, lo importante es que haya vías de recurso eficaces y que se dé a los licitantes la oportunidad de hacer uso de ellas. Es particularmente útil establecer un sistema viable de recursos “precontractuales” (es decir, procedimientos de revisión de los actos de la autoridad contratante lo más tempranamente posible dentro del proceso de selección). Con un sistema así aumentarán las probabilidades de que la autoridad contratante adopte medidas correctivas antes de que se produzcan pérdidas y se reducirá el número de casos en los que la indemnización monetaria es la única opción que queda para reparar las consecuencias de un acto indebido de la autoridad contratante. En el capítulo VIII de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se enuncian los elementos de un sistema de recursos adecuado.

143. El artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción dispone que los sistemas de contratación pública deben abordar, entre otras cosas, “[u]n mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos”. De conformidad con ese mandato, en el capítulo VIII de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública hay varias disposiciones sobre las vías de recurso, y se alienta a los Estados promulgantes a que las incorporen en sus leyes sobre contratación pública en la medida en que su ordenamiento jurídico lo permita. Una de ellas es la posibilidad de solicitar a la entidad adjudicadora que reconsidere una decisión adoptada en el curso de la contratación, lo que da al proveedor o contratista agraviado en ese caso la posibilidad de recurrir ante la entidad adjudicadora, ante un órgano independiente o ante el tribunal. Sin embargo, en la Ley Modelo se reconoce que la secuencia en que se presenten los recursos ante los órganos de revisión dependerá en gran medida de las tradiciones jurídicas de los Estados promulgantes. Con arreglo a lo dispuesto en la Convención contra la Corrupción, los Estados deben contar con un mecanismo de revisión y un mecanismo de apelación, pero la Ley Modelo es flexible en el sentido de que los Estados promulgantes pueden aplicar sus disposiciones de conformidad con sus tradiciones jurídicas. Con arreglo a la Ley Modelo, todo acto o decisión de la entidad adjudicadora por la que se incumplan presuntamente las disposiciones de las leyes sobre contratación pública podrá ser objeto de recurso presentado por los proveedores o contratistas que afirmen haber sufrido pérdidas o daños o que pueden sufrirlos como consecuencia del presunto incumplimiento. Este amplio mecanismo de recurso está acompañado de diversos mecanismos que tienen por objeto garantizar la eficacia del procedimiento y lograr un equilibrio apropiado entre la necesidad de preservar los derechos de los proveedores y

contratistas y la integridad del proceso de contratación, por una parte, y, por la otra, la necesidad de evitar en lo posible que este se vea entorpecido. Es así como el artículo 65 de la Ley Modelo establece una prohibición general contra la adopción de cualquier medida que dé vigencia a un contrato en vías de adjudicación mientras se encuentre pendiente una solicitud de revisión, reconsideración o apelación, salvo si hay alguna razón de interés público urgente que justifique levantar la prohibición. La Ley Modelo también contiene disposiciones relativas a la suspensión del proceso de contratación, así como medidas de apoyo cuya finalidad es alentar a la solución pronta y oportuna de los problemas y las controversias que se planteen, lo que permite dar solución a los recursos antes de que se haga necesario anular las etapas del procedimiento de contratación.

### III. Adjudicación de contratos

#### Disposición modelo 8. Normas generales

La autoridad contratante seleccionará al socio privado de conformidad con las disposiciones modelo 9 a 22 y, si se trata de asuntos no previstos en ellas, de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que prevén procedimientos competitivos de contratación pública transparentes y eficientes que sean equivalentes a los enunciados en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública]<sup>19</sup>.

#### 1. Preselección de los licitantes

##### Disposición modelo 9. Finalidad de la preselección y procedimiento

1. A fin de limitar el número de proveedores o contratistas a los que se solicitarán propuestas, la autoridad contratante entablará un proceso de preselección con miras a determinar qué licitantes están debidamente calificados para ejecutar el proyecto previsto.
2. La convocatoria a participar en el proceso de preselección se publicará de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan la publicación de la convocatoria a participar en el procedimiento de precalificación de los proveedores y contratistas].
3. A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación relativa a los procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de las convocatorias a participar en procedimientos de precalificación de proveedores y contratistas]<sup>20</sup>, en la convocatoria a participar en el procedimiento de preselección deberán figurar, como mínimo, los siguientes datos:
  - a) Una descripción de la obra de infraestructura;
  - b) Una indicación de otros elementos esenciales del proyecto, como los servicios que deberá prestar el socio privado y los arreglos financieros previstos por la autoridad contratante (por ejemplo,

<sup>19</sup> Conviene tener presente la relación que existe entre los procedimientos de selección del socio privado y el marco legislativo general para la adjudicación de contratos públicos en el Estado promulgante. Si bien algunos de los elementos de competencia estructurada que existen en los métodos de contratación tradicionales se pueden utilizar de manera provechosa, es preciso efectuar varios ajustes para tener en cuenta las necesidades especiales de los proyectos de participación público-privada como, por ejemplo, una etapa de preselección claramente definida, flexibilidad para formular las solicitudes de propuestas, criterios de evaluación especiales y cierto margen de negociación con los licitantes. Los procedimientos de selección descritos en el presente capítulo se basan en gran medida en las características de la solicitud de propuestas, la licitación en dos etapas, la negociación competitiva y la contratación con un solo proveedor o contratista previstos en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, que fue aprobada por la CNUDMI en su 44° período de sesiones, celebrado en Viena del 27 de junio al 8 de julio de 2011. Las disposiciones modelo sobre la selección del concesionario no pretenden sustituir o reproducir la totalidad de las normas de contratación pública del Estado promulgante, sino más bien prestar asistencia a los legisladores nacionales en la elaboración de reglas especiales para la selección del concesionario. En las disposiciones modelo se da por sentado que ya existe en el Estado promulgante un marco general para la adjudicación de contratos públicos que prevé procedimientos competitivos transparentes y eficientes de acuerdo con las pautas establecidas en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Por consiguiente, en las disposiciones modelo no se incluyen ciertas medidas prácticas de procedimiento que normalmente forman parte de todo régimen adecuado de contratación general. Como ejemplo de tales medidas cabe citar la forma en que se publican los avisos, el procedimiento para emitir solicitudes de propuestas, el mantenimiento de un expediente del proceso de contratación, el acceso público a la información y los procedimientos de revisión. Cuando corresponde, las notas referentes a las presentes disposiciones modelo remiten al lector a las disposiciones de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, que pueden complementar, *mutatis mutandis*, a los elementos prácticos del proceso de selección que se describen en las disposiciones modelo.

<sup>20</sup> En el art. 18, párr. 3, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se enumeran los elementos que suelen contener las convocatorias a participar en los procedimientos de precalificación.

si el proyecto será financiado enteramente con los derechos o tarifas pagados por los usuarios o si podrán facilitarse al socio privado fondos públicos como pagos directos, préstamos o garantías);

c) Si ya se dispone de información al respecto, un resumen de las principales cláusulas del contrato de participación público-privada que se ha de celebrar;

d) La forma y el lugar en que se han de presentar las solicitudes de preselección y el plazo para su presentación, con indicación de fecha y hora, que dé a los licitantes tiempo suficiente para preparar y presentar sus solicitudes; y

e) La forma y el lugar en que deberán solicitarse los documentos de preselección.

4. A menos que ya sea preceptivo en virtud de *[el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación relativa a los procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de los documentos de preselección que deben facilitarse a los proveedores y contratistas a los efectos de su precalificación]*<sup>21</sup>, en los documentos de preselección deberán figurar, como mínimo, los siguientes datos:

a) Los criterios de preselección de conformidad con la disposición modelo 10;

b) Si la autoridad contratante tiene la intención de no tener en cuenta las limitaciones a la participación de consorcios enunciadas en la disposición modelo 11;

c) Si la autoridad contratante tiene la intención de solicitar propuestas únicamente a un número limitado<sup>22</sup> de licitantes, preseleccionados por ser los que mejor satisfacen los criterios enunciados en los documentos de preselección, al concluir el procedimiento de preselección de conformidad con la disposición modelo 12, párrafo 2; en caso afirmativo, el número máximo de licitantes preseleccionados a los que se solicitará la presentación de propuestas y la forma en que se llevará a cabo la selección. Al establecer el número máximo, la autoridad contratante deberá tener en cuenta la necesidad de que exista una competencia efectiva;

d) Si la autoridad contratante tiene la intención de pedir al licitante seleccionado que establezca una persona jurídica independiente constituida con arreglo a la legislación de *[el Estado promulgante]* de conformidad con la disposición modelo ...

5. En lo referente a las cuestiones no previstas en la presente disposición modelo, el proceso de preselección se llevará a cabo con arreglo a *[el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan el procedimiento de precalificación o preselección de proveedores y contratistas]*<sup>23</sup>.

#### **Disposición modelo 10. Criterios de preselección**

Los licitantes interesados deberán cumplir aquellos de los criterios enunciados a continuación que la autoridad contratante considere apropiados<sup>24</sup> y pertinentes para el contrato de que se trate:

<sup>21</sup> En el art. 18, párr. 5, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se enumeran los elementos que suelen contener los documentos de precalificación.

<sup>22</sup> En algunos países, las orientaciones prácticas para los procedimientos de selección alientan a las autoridades contratantes nacionales a limitar el número de propuestas al mínimo suficiente para asegurar la debida competencia (por ejemplo, el número de propuestas puede limitarse a tres o cuatro).

<sup>23</sup> En el art. 18 y el art. 49, párr. 3, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se indican las etapas de los procedimientos de precalificación y preselección, incluidos los procedimientos para tramitar solicitudes de aclaración y los requisitos de divulgación de la decisión adoptada por la autoridad contratante respecto de las calificaciones de los licitantes.

<sup>24</sup> Las leyes de algunos países prevén algún tipo de trato preferente para las entidades nacionales o conceden un trato especial a los licitantes que se comprometen a utilizar bienes del país o a contratar mano de obra local. Los diversos problemas que plantean las preferencias nacionales se abordan en la *Guía legislativa* (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. ...). En la *Guía* se propone que los países que deseen ofrecer algún incentivo a los proveedores nacionales apliquen esas preferencias en forma de criterios especiales de evaluación, en lugar de recurrir a la exclusión general de los proveedores extranjeros. En cualquier caso, cuando se prevean preferencias nacionales, deberán anunciarse al comienzo del procedimiento de preselección (es decir, en la convocatoria al procedimiento de selección).

- a) Poseer las calificaciones profesionales, técnicas y ambientales, la competencia profesional y técnica, los recursos financieros, el equipo y otros medios físicos, la capacidad de gestión, la fiabilidad, la experiencia y el personal necesarios para llevar a cabo todas las fases del proyecto, desde el diseño y la construcción hasta la explotación y el mantenimiento;
- b) Disponer de capacidad suficiente para gestionar los aspectos financieros del proyecto y para satisfacer sus necesidades de financiación;
- c) Cumplir las normas éticas y de otra índole aplicables en [*este Estado*];
- d) Tener la capacidad jurídica necesaria para celebrar el contrato de participación público-privada;
- e) No ser insolventes ni estar en quiebra ni estar su negocio bajo la administración de un síndico o de un tribunal o en proceso de liquidación, ni haberse suspendido su actividad comercial o haberse abierto procedimiento alguno en su contra por alguna de las causas que anteceden;
- f) Haber cumplido sus obligaciones fiscales y efectuado sus pagos a la seguridad social de [*este Estado*];
- g) No haber sido condenados, así como tampoco sus directores o funcionarios, por algún delito imputable a su conducta profesional o la formulación de declaraciones falsas acerca de sus calificaciones para celebrar un contrato público en los ... años [*el Estado promulgante especifica el número de años*] que antecedan al comienzo del procedimiento de adjudicación del contrato, ni haber sido descalificados en alguna otra forma como consecuencia de un procedimiento de suspensión o inhabilitación administrativa.

#### **Disposición modelo 11. Participación de consorcios**

1. Al convocar por primera vez a los licitantes a participar en el proceso de selección, la autoridad contratante los autorizará a constituir consorcios de licitantes. La información requerida de los miembros de los consorcios de licitantes para demostrar sus calificaciones de conformidad con la disposición modelo 10 se referirá al consorcio en su conjunto, así como a cada uno de sus participantes.
2. A menos que [lo autorice ... [*el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente*]] y que] los documentos de preselección dispongan otra cosa, cada miembro de un consorcio solo podrá participar, directa o indirectamente, en un único consorcio<sup>25</sup> al mismo tiempo. El incumplimiento de esta norma entrañará la descalificación del consorcio y de los miembros que lo componen.
3. Al examinar las calificaciones de los consorcios de licitantes, la autoridad contratante tendrá en cuenta las capacidades de cada uno de los miembros del consorcio y determinará si la suma de todas las calificaciones es suficiente para cumplir los requisitos de todas las fases del proyecto.

#### **Disposición modelo 12. Decisión de preselección**

1. La autoridad contratante adoptará una decisión respecto de las calificaciones de cada licitante que haya presentado su candidatura a la preselección. Para llegar a esa decisión, la autoridad contratante aplicará exclusivamente los criterios, requisitos y procedimientos que figuran en los documentos de preselección. A continuación, convocará a todos los licitantes preseleccionados a presentar propuestas de conformidad con las disposiciones modelo 13 a 22.
2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, si la autoridad contratante ha indicado, mediante una declaración a tal efecto en los documentos de preselección, que se reserva el derecho de solicitar propuestas únicamente a un número limitado de licitantes que cumplan mejor los criterios de

<sup>25</sup> El motivo por el que se prohíbe que los licitantes participen en más de un consorcio para presentar propuestas para un mismo proyecto es reducir el riesgo de filtración de información o de colusión entre consorcios competidores. No obstante, la disposición modelo prevé la posibilidad de hacer excepciones *ad hoc*, por ejemplo, en el caso de que solo una empresa o un número limitado de empresas pueda suministrar un determinado bien o prestar un determinado servicio esencial para la ejecución del proyecto.

preselección, procederá a clasificar a los licitantes sobre la base de los criterios aplicados para evaluar sus calificaciones y elaborará la lista de licitantes a los que se convocará a presentar propuestas una vez concluido el procedimiento de preselección, hasta el número máximo indicado en los documentos de preselección, pero, de ser posible, un mínimo de tres. Al confeccionar la lista, la autoridad contratante aplicará exclusivamente los criterios y la forma de calificación que figuran en los documentos de preselección.

## 2. Procedimientos para la solicitud de propuestas

### Disposición modelo 13. Elección del procedimiento de selección

1. La autoridad contratante podrá elegir al socio privado de un proyecto de participación público-privada mediante una solicitud de propuestas en dos etapas de conformidad con *[el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que prevean un método de contratación equivalente a la licitación en dos etapas que figura en el artículo 48 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública]* si considera necesario entablar conversaciones con los licitantes para afinar ciertos aspectos de la descripción del objeto de la contratación y formularlos con el grado de detalle que se requiere de conformidad con *[el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan el contenido de la solicitud de propuestas previsto en el artículo 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública]*, y para permitirle obtener la solución más satisfactoria para sus necesidades de contratación.
2. La autoridad contratante podrá elegir al socio privado de un proyecto de participación público-privada mediante una solicitud de propuestas con diálogo de conformidad con *[el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que prevean un método de contratación equivalente a la solicitud de propuestas con diálogo enunciada en el artículo 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública]* si no le es factible formular una descripción detallada del objeto del contrato adjudicable de conformidad con *[el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan el contenido de la solicitud de propuestas como en el artículo 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública]* y si estima que el diálogo con los licitantes es necesario para obtener la solución más satisfactoria para sus necesidades de contratación.

### Disposición modelo 14. Contenido de la solicitud de propuestas

1. La autoridad contratante deberá proporcionar un juego de documentos compuesto de la solicitud de propuestas y la documentación conexas a cada licitante convocado a presentar propuestas que pague el precio que se cobre por esos documentos.
2. Además de cualquier otra información requerida por *[el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre los procedimientos de contratación que regulen el contenido de la solicitud de propuestas]*<sup>26</sup>, en la solicitud de propuestas deberá figurar la siguiente información:
  - a) La información general que necesiten los licitantes a fin de preparar y presentar sus propuestas;
  - b) Las especificaciones del proyecto y los indicadores del desempeño, cuando proceda, incluidos los requisitos de la autoridad contratante en materia de seguridad y protección del medio ambiente;
  - c) Las cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante, incluida una indicación de las que se consideran no negociables;
  - d) Los criterios de evaluación de las propuestas y, en su caso, los umbrales fijados por la autoridad contratante para determinar qué propuestas no se consideran conformes; el índice de ponderación relativo que se asignará a cada criterio de evaluación o el orden descendiente de importancia de todos los criterios de evaluación; y la forma en que los criterios y umbrales se han de aplicar al evaluar y rechazar las propuestas.

<sup>26</sup> En los arts. 47 y 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se presenta una lista de los elementos que normalmente figuran en la solicitud de propuestas.

**Disposición modelo 15. Garantía de la oferta**

1. Cuando la autoridad contratante exija a los licitantes que ofrezcan una garantía de la oferta, en la solicitud de propuestas se deberán indicar los requisitos relativos al emisor, la naturaleza, la forma, la cuantía y otras condiciones importantes de la garantía exigida.
2. El licitante no perderá la garantía de la oferta que haya debido ofrecer salvo en los casos siguientes<sup>27</sup>:
  - a) Si retira o modifica una propuesta o una mejor oferta final antes o después del plazo para la presentación de propuestas, si así se indica en la solicitud de propuestas;
  - b) Si no entabla negociaciones finales con la autoridad contratante conforme a la disposición modelo 22, párrafo 1;
  - c) Si no presenta su mejor oferta final en el plazo prescrito por la autoridad contratante conforme a la disposición modelo 18, apartado e);
  - d) Si no firma el contrato de participación público-privada tras habérselo solicitado la autoridad contratante, una vez aceptada la propuesta;
  - e) Si no aporta la garantía necesaria de cumplimiento del contrato de concesión después de aceptada la propuesta u oferta o si no cumple alguna otra condición especificada en la solicitud de propuestas antes de firmar el contrato de concesión.

**Disposición modelo 16. Aclaraciones y modificaciones**

La autoridad contratante podrá, por iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un licitante, examinar y, según proceda, revisar cualquiera de los elementos de la solicitud de propuestas descritos en la disposición modelo 14. La autoridad contratante indicará, en el expediente del proceso de selección que deberá llevarse de conformidad con la disposición modelo 31, el motivo que justifique la revisión de la solicitud de propuestas. Toda supresión, modificación o adición que se realice se comunicará a los licitantes en la misma forma que la solicitud de propuestas, con antelación al vencimiento del plazo fijado para la presentación de propuestas.

**Disposición modelo 17. Solicitud de propuestas en dos etapas**

- a) Antes de emitir la solicitud de propuestas de conformidad con [la disposición modelo 14], la autoridad contratante emitirá una solicitud inicial de propuestas en la que pedirá a los licitantes que presenten, en la primera etapa del procedimiento, propuestas iniciales relativas a las especificaciones del proyecto, los indicadores del desempeño, las necesidades de financiación u otras características del proyecto, así como a las principales cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante;
- b) La autoridad contratante podrá convocar reuniones y mantener conversaciones o diálogos con los licitantes cuyas propuestas iniciales no hayan sido rechazadas por falta de cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos o por otros motivos que determine la ley<sup>28</sup>. Las conversaciones podrán referirse a cualquier aspecto de la solicitud inicial de propuestas o de las propuestas iniciales y de los documentos anexos presentados por los licitantes<sup>29</sup>;
- c) Una vez examinadas las propuestas recibidas, la autoridad contratante podrá reconsiderar y, en su caso, revisar la solicitud inicial de propuestas, y suprimir o modificar cualquier aspecto de las especificaciones iniciales del proyecto, los indicadores del desempeño, los requisitos financieros u otras características del proyecto, incluidas las principales cláusulas contractuales, así como cualquiera de los criterios de evaluación y comparación de las propuestas y de selección del licitante ganador, y agregar a

<sup>27</sup> En el art. 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública figuran disposiciones generales sobre garantía de la oferta.

<sup>28</sup> Por ejemplo, corrupción, colusión, conflicto de intereses.

<sup>29</sup> En el art. 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública figuran disposiciones generales sobre las aclaraciones de la solicitud de propuestas y la celebración de reuniones con los licitantes.



la solicitud nuevas características o nuevos criterios. La autoridad contratante indicará en el expediente del proceso de selección que se ha de llevar de conformidad con la disposición modelo 31 el motivo que justifique cualquier revisión de la solicitud de propuestas. Toda supresión, modificación o adición se deberá comunicar a los licitantes en la convocatoria a presentar propuestas definitivas;

d) En la segunda etapa del procedimiento, la autoridad contratante convocará a los licitantes a presentar propuestas definitivas respecto de un conjunto único de especificaciones técnicas, indicadores de ejecución o cláusulas contractuales de conformidad con la disposición modelo 14.

#### **Disposición modelo 18. Solicitud de propuestas con diálogo**

Cuando se recurra a la solicitud de propuestas con diálogo de conformidad con [la disposición modelo 13, párrafo 2]:

a) La autoridad contratante convocará a cada licitante que haya presentado una propuesta conforme, dentro del número máximo aplicable, a participar en el diálogo. La autoridad contratante deberá velar por que el número de licitantes convocados a participar en el diálogo sea suficiente para garantizar una verdadera competencia; en la medida de lo posible, ese número mínimo de participantes será de tres;

b) El diálogo será entablado, de forma concomitante, por los mismos representantes de la autoridad contratante;

c) En el transcurso del diálogo, la autoridad contratante no modificará el objeto del proyecto, ni los criterios de calificación o evaluación, ni los requisitos mínimos establecidos, ni los elementos de la descripción del proyecto ni cualquier cláusula del contrato adjudicable que no esté sujeta al diálogo conforme a lo especificado en la solicitud de propuestas;

d) Los requisitos, las directrices, los documentos, las aclaraciones u otra información generada durante el diálogo que la autoridad contratante comunique a un licitante se comunicará también simultáneamente y en igualdad de condiciones a todos los demás licitantes que participen en el proceso, a menos que esa información sea específica o exclusiva de ese proveedor o contratista o que su comunicación constituya un incumplimiento de las disposiciones sobre confidencialidad [*el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación equivalentes a las del artículo 24 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*];

e) Una vez concluido el diálogo, la autoridad contratante convocará a todos los licitantes que aún estén participando en el proceso de contratación a que presenten su mejor oferta final respecto de todos los aspectos de sus propuestas. La petición se hará por escrito y en ella se precisará la forma, el lugar y el plazo en que deberán presentarse las mejores ofertas finales.

#### **Disposición modelo 19. Criterios de evaluación**

1. Entre los criterios que se aplicarán para evaluar y comparar los elementos técnicos de las propuestas figurarán, como mínimo, los siguientes:

- a) la solidez técnica;
- b) el cumplimiento de las normas ambientales;
- c) la viabilidad funcional;
- d) la calidad de los servicios y de las medidas que se han de adoptar para asegurar su continuidad.

2. Entre los criterios que se aplicarán para evaluar y comparar los elementos financieros y comerciales de las propuestas figurarán, cuando proceda:

- a) el valor actual de los peajes, los precios unitarios y otros derechos que se vayan a cobrar durante el período del contrato;
- b) el valor actual de los pagos directos propuestos que deba efectuar la autoridad contratante, cuando proceda;
- c) el costo de las actividades de diseño y construcción, los gastos anuales de explotación y mantenimiento, el valor actual del costo de capital y los gastos de explotación y mantenimiento;

- d) el grado de apoyo financiero, en su caso, que se espera de una autoridad pública de [*el Estado promulgante*];
- e) la solidez de los arreglos financieros propuestos;
- f) el grado de aceptación de las cláusulas contractuales negociables propuestas por la autoridad contratante en la solicitud de propuestas;
- g) las posibilidades de desarrollo social y económico que ofrezcan las propuestas.

**Disposición modelo 20. Comparación y evaluación de las propuestas u ofertas**

1. La autoridad contratante comparará y evaluará cada propuesta u oferta de conformidad con los criterios de evaluación, el peso relativo asignado a cada uno de los criterios o la importancia en orden descendiente de estos, y el proceso de evaluación establecido en la solicitud de propuestas.
2. A los efectos del párrafo 1, la autoridad contratante podrá fijar umbrales con respecto a la calidad y a los aspectos técnicos, financieros y comerciales. Las propuestas u ofertas que no alcancen esos umbrales serán desestimadas por falta de conformidad.

**Disposición modelo 21. Confirmación del cumplimiento de los criterios de calificación**

La autoridad contratante podrá exigir a todo licitante preseleccionado que vuelva a demostrar sus calificaciones con arreglo a los mismos criterios que se utilizaron para su preselección. La autoridad contratante descalificará a todo licitante que no consiga volver a demostrar sus calificaciones, de haber sido requerido a hacerlo<sup>30</sup>.

**Disposición modelo 22. Adjudicación del contrato**

1. Si se recurre al procedimiento en dos etapas de conformidad con la disposición modelo 13, párrafo 1:
  - a) La autoridad contratante deberá puntuar todas las propuestas que haya declarado conformes sobre la base de los criterios de evaluación y convocará al licitante que haya obtenido la mejor puntuación a una negociación final del contrato de participación público-privada. La negociación final no se referirá a aquellas cláusulas contractuales que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud de propuestas definitiva;
  - b) Si a la autoridad contratante le resulta evidente que las negociaciones con el licitante convocado no culminarán en la celebración de un contrato, informará al licitante que ha decidido dar por terminadas las negociaciones y le dará un plazo razonable para que presente su mejor oferta final;
  - c) Si la autoridad contratante no considera aceptable la oferta, la rechazará y convocará a negociar a los demás licitantes, por orden de puntuación obtenida, hasta concluir un contrato de concesión o rechazar todas las propuestas restantes;
  - d) La autoridad contratante no reanudará las negociaciones con un licitante con el cual se hayan dado por terminadas las negociaciones con arreglo a este párrafo.
2. Si se recurre a la solicitud de propuestas con diálogo de conformidad con la disposición modelo 13, párrafo 2:
  - a) No se entablará negociación alguna entre la autoridad contratante y los licitantes respecto de sus mejores ofertas finales;
  - b) Se declarará ganadora la oferta que mejor responda a las necesidades de la entidad adjudicadora según se determine de conformidad con los criterios y el procedimiento de evaluación de las propuestas enunciados en la solicitud de propuestas.

<sup>30</sup> Véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 9, párr. 8.

### 3. Negociación directa de los contratos de participación público-privada con uno o más licitantes

#### Disposición modelo 23. Circunstancias que autorizan la negociación directa

Con sujeción a la aprobación de [*el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente*]<sup>31</sup>, la autoridad contratante estará facultada para negociar un contrato de participación público-privada sin recurrir al procedimiento previsto en las disposiciones modelo 9 a 22 en los siguientes casos:

a) Si existe una necesidad urgente de garantizar la continuidad del servicio y si, por consiguiente, no sería práctico recurrir a los procedimientos enunciados en las disposiciones modelo 9 a 22, siempre y cuando las circunstancias que motiven esa urgencia no hayan sido previsibles para la autoridad contratante ni hayan sido el resultado de una conducta dilatoria de esta;

b) Si se trata de proyectos de corta duración para los que se haya previsto una inversión inicial que no supere la cuantía [de [*el Estado promulgante especificará aquí el importe monetario máximo*]] [indicada en [*el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación en que se especifica el importe monetario por debajo del cual puede adjudicarse un proyecto mediante negociación directa*]]<sup>32</sup>;

c) Si la utilización de los procedimientos enunciados en las disposiciones modelo 9 a 22 no es apropiada para la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado;

d) Si existe un solo proveedor que pueda prestar el servicio que se requiere, como sería el caso si para prestarlo se precisa la utilización de derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos que pertenezcan o estén en posesión de una persona o personas determinadas;

e) En los demás casos en que [*el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente*] autorice tal excepción por razones imperativas de interés público<sup>33</sup>.

#### Disposición modelo 24. Procedimientos para la negociación de un contrato de participación público-privada

Si un contrato de participación público-privada se negocia sin recurrir a los procedimientos establecidos en las disposiciones modelo 9 a 22, la autoridad contratante:

<sup>31</sup> La adjudicación del contrato de participación público-privada por vía no competitiva se subordina a la aprobación de una autoridad superior con objeto de que la autoridad contratante entable negociaciones directas con los licitantes solo en las circunstancias apropiadas. Así pues, la disposición modelo sugiere que el Estado promulgante indique cuál es la autoridad competente para autorizar negociaciones en todos los casos previstos en la disposición modelo. No obstante, el Estado promulgante puede prever distintos requisitos de aprobación para cada apartado de la disposición modelo. En algunos casos, por ejemplo, el Estado promulgante podrá disponer que la facultad para entablar tales negociaciones se derive directamente de la ley. En otros casos, el Estado promulgante podrá supeditar las negociaciones a la aprobación de distintas autoridades superiores, en función de la naturaleza de los servicios que deban prestarse o del sector de infraestructura de que se trate. En tales casos, tal vez el Estado promulgante deba adaptar la disposición modelo a esos requisitos de aprobación agregando a cada apartado el requisito pertinente de aprobación o añadiendo referencias a disposiciones de su legislación en que se enuncien esos requisitos de aprobación.

<sup>32</sup> En lugar de aplicar la exclusión prevista en los apartados b) y c), el Estado promulgante puede estudiar la posibilidad de formular un procedimiento simplificado para la solicitud de propuestas relativas a proyectos que entren en el ámbito de dichos apartados, por ejemplo, permitiendo la convocatoria directa en los procedimientos descritos en las disposiciones modelo 9 a 22, según lo previsto en el art. 35, párrafo 2, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

<sup>33</sup> Los Estados promulgantes que estimen conveniente autorizar el uso de procedimientos de negociación directa según las necesidades tal vez deseen conservar el apartado g) al aplicar la disposición modelo. Los Estados promulgantes que deseen limitar las excepciones a los procedimientos de selección previstos en las disposiciones modelo 9 a 22 tal vez prefieran no incluir el apartado. En cualquier caso, en aras de la transparencia, el Estado promulgante tal vez desee indicar aquí o en otras partes de la disposición modelo otras excepciones, en su caso, que permitan recurrir a los procedimientos de negociación directa previstos en disposiciones legislativas específicas.

- a) hará publicar un anuncio de su intención de entablar negociaciones con respecto a un contrato de concesión de conformidad con [*el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de las leyes pertinentes sobre procedimientos de contratación pública que rijan la publicación de anuncios*]<sup>34</sup>;
- b) entablará negociaciones con todas aquellas personas que, a su juicio, estén en condiciones de llevar a cabo el proyecto, conforme lo permitan las circunstancias;
- c) establecerá criterios de evaluación que le sirvan de referencia para estudiar y puntuar las propuestas.

#### **4. Propuestas no solicitadas<sup>35</sup>**

##### **Disposición modelo 25. Admisibilidad de las propuestas no solicitadas**

Como excepción a las disposiciones modelo 9 a 22, la autoridad contratante<sup>36</sup> estará facultada para examinar propuestas no solicitadas de conformidad con los procedimientos establecidos en las disposiciones modelo 26 a 28, siempre y cuando esas propuestas no se refieran a un proyecto para el que se haya iniciado o anunciado un proceso de selección.

##### **Disposición modelo 26. Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas**

1. Tras la recepción y el examen preliminar de una propuesta no solicitada, la autoridad contratante deberá informar al autor lo antes posible si se considera o no que el proyecto puede ser del interés público<sup>37</sup>.
2. Si se considera que el proyecto puede ser de interés público conforme al párrafo 1, la autoridad contratante invitará al autor de la propuesta a que presente toda la información de que disponga en ese momento para que la autoridad contratante pueda evaluar adecuadamente sus calificaciones<sup>38</sup> y la viabilidad técnica y económica del proyecto, y determinar si este se puede ejecutar con éxito en la forma propuesta de modo que resulte aceptable para la autoridad contratante. Con ese fin, el autor de la propuesta presentará un estudio de viabilidad técnica y económica, un estudio del impacto ambiental e información satisfactoria sobre el concepto o la tecnología previstos en la propuesta.
3. Al estudiar una propuesta no solicitada, la autoridad contratante respetará los derechos de propiedad intelectual, los secretos comerciales u otros derechos exclusivos a los que se haga referencia en la propuesta o que se deriven de ella. En consecuencia, la autoridad contratante no hará uso de la información proporcionada por el autor de la propuesta o en su nombre en relación con su propuesta no

<sup>34</sup> Véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 7.

<sup>35</sup> Los Estados promulgantes que deseen promover la transparencia de los procedimientos de negociación directa podrán establecer, mediante reglas específicas, los criterios de calificación que deberán cumplir las personas convocadas a negociar de conformidad con las disposiciones modelo 23 y 24. En la disposición modelo 10 figuran posibles criterios de calificación.

<sup>36</sup> La disposición modelo da por sentado que la facultad de examinar propuestas no solicitadas corresponde a la autoridad contratante. No obstante, en algunos Estados promulgantes, según sus arreglos institucionales y administrativos, se asigna a un órgano distinto de la autoridad contratante la facultad de examinar propuestas no solicitadas y determinar, por ejemplo, si tales propuestas son de interés público. En tal caso, el Estado promulgante deberá examinar detenidamente la forma en que las funciones de ese órgano deben coordinarse con las de la autoridad contratante (véanse las notas 1, 3 y 17 de pie de página, y las referencias que en ellas se mencionan).

<sup>37</sup> Para determinar si un proyecto propuesto reviste interés público conviene ponderar los posibles beneficios del proyecto para el público, así como su relación con la política pública respecto del sector de infraestructura pertinente. A fin de asegurar la integridad, la transparencia y la previsibilidad de los procedimientos para determinar la admisibilidad de propuestas no solicitadas, puede ser conveniente que el Estado promulgante proporcione orientaciones, a través de reglamentos u otros documentos, sobre los criterios que se seguirán para determinar si una propuesta no solicitada reviste interés público; entre esos criterios puede figurar el de evaluar si los arreglos contractuales son apropiados y si la distribución propuesta de los riesgos del proyecto es razonable.

<sup>38</sup> El Estado promulgante tal vez desee reglamentar los criterios de calificación que deba cumplir el autor de la propuesta. Los elementos que deberán tenerse en cuenta a ese efecto se indican en la disposición modelo 10.

solicitada salvo para evaluar dicha propuesta, a menos que el autor de la propuesta consienta en ello. Salvo estipulación en contrario de las partes, la autoridad contratante, en caso de desestimar la propuesta, devolverá a su autor el original y todas las copias de los documentos presentados y preparados por aquel durante todo el procedimiento.

**Disposición modelo 27. Propuestas no solicitadas que no entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos**

1. Excepto en las circunstancias enunciadas en la disposición modelo 23, la autoridad contratante, en caso de que decida ejecutar el proyecto, iniciará un proceso de selección con arreglo a las disposiciones modelo 9 a 22 si estima que:

a) los resultados previstos del proyecto pueden lograrse sin utilizar los derechos de propiedad intelectual, los secretos comerciales u otros derechos exclusivos de los que sea titular o de los que esté en posesión el autor de la propuesta; y

b) el concepto o la tecnología propuestos no son realmente únicos ni nuevos.

2. Se convocará al autor de la propuesta a participar en el proceso de selección iniciado por la autoridad contratante con arreglo al párrafo 1 y se le podrá ofrecer un incentivo u otro beneficio similar, en la forma descrita por la autoridad contratante en la solicitud de propuestas, por haber formulado y presentado la propuesta.

**Disposición modelo 28. Propuestas no solicitadas que entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos**

1. Si la autoridad contratante determina que no se cumplen las condiciones de la disposición modelo 27, párrafo 1, apartados a) y b), no se le exigirá que lleve a cabo un proceso de selección con arreglo a las disposiciones modelo 9 a 22. No obstante, la autoridad contratante podrá tratar de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 2 a 4 de la presente disposición modelo.

2. Si la autoridad contratante se propone obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada, publicará una descripción de los resultados más importantes de la propuesta junto con una convocatoria dirigida a otras partes interesadas a presentar propuestas dentro de [un plazo razonable] [*el Estado promulgante indicará aquí el plazo fijado*].

3. Si no se reciben propuestas en respuesta a la convocatoria emitida de conformidad con el párrafo 2 de la presente disposición modelo dentro de [un plazo razonable] [el período especificado en el párrafo 2 anterior], la autoridad contratante podrá entablar negociaciones con el autor de la propuesta inicial.

4. Si la autoridad contratante recibe propuestas en respuesta a la convocatoria emitida conforme al párrafo 2, convocará a los autores de las propuestas a entablar negociaciones de conformidad con lo dispuesto en la disposición modelo 19. Si la autoridad contratante recibe un número suficientemente amplio de propuestas que a primera vista respondan a las necesidades de infraestructura, solicitará la presentación de propuestas conforme a las disposiciones modelo 9 a 22, a reserva de los incentivos u otros beneficios que puedan concederse a la persona que presentó la propuesta no solicitada con arreglo a la disposición modelo 27, párrafo 2.

## 5. Disposiciones varias

### Disposición modelo 29. Confidencialidad

La autoridad contratante deberá tratar las propuestas de manera tal que no se revele su contenido a los demás licitantes ni a cualquier otra persona que no esté autorizada para tener acceso a ese tipo de información. Toda conversación, comunicación y negociación entre la autoridad contratante y un licitante conforme a las disposiciones modelo 17, 18, 21, 23, 24 y 28, párrafos 3 y 4, será confidencial. Salvo que lo requiera la ley o una orden judicial, ninguna de las partes en las negociaciones revelará a un tercero el precio o cualquier dato técnico o de otra índole en el transcurso de las conversaciones, comunicaciones y negociaciones llevadas a cabo de conformidad con las disposiciones mencionadas anteriormente, sin el consentimiento de la otra parte.

### Disposición modelo 30. Anuncio de adjudicación del contrato

La autoridad contratante hará publicar un anuncio de la adjudicación del contrato de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación relativas a los procedimientos de contratación pública que rigen la publicación de los anuncios de adjudicación de contratos]<sup>39</sup>. En el anuncio se dará a conocer la identidad del socio privado y se presentará un resumen de las cláusulas esenciales del contrato de participación público-privada.

### Disposición modelo 31. Expediente de los procedimientos de selección y adjudicación

La autoridad contratante llevará un expediente en el que conste la información relativa a los procedimientos de selección y adjudicación de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre la contratación pública que rigen el expediente del proceso de contratación]<sup>40</sup>.

### Disposición modelo 32. Vías de recurso

Los licitantes que estimen haber sufrido o estar expuestos a sufrir pérdidas o perjuicios debido a la no conformidad con la ley de un acto o decisión de la autoridad contratante podrán solicitar la revisión de tal acto o decisión de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación relativas a la revisión de las decisiones adoptadas en los procedimientos de contratación pública].

<sup>39</sup> Véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 23.

<sup>40</sup> La información que figura en ese expediente con respecto a los diversos tipos de adjudicación de proyectos previstos en las disposiciones modelo, así como la medida en que esa información es de acceso público, están establecidas en el artículo 25 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Si el Estado promulgante no cuenta con legislación que regule adecuadamente estas cuestiones, deberá adoptar leyes o reglamentos a tal efecto.