



# Asamblea General

Distr.: GENERAL

A/CN.9/458/Add.4  
5 de febrero de 1999ESPAÑOL  
Original: INGLÉS

---

**COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA  
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL**

32º período de sesiones

Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999

**PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA****Proyectos de capítulo de una guía legislativa sobre proyectos de infraestructura  
con financiación privada****Informe del Secretario General****Adición****Capítulo III. SELECCIÓN DEL CONCESIONARIO**

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
<b>Recomendaciones legislativas</b> .....	-	3
<b>Notas sobre las recomendaciones legislativas</b> .....	1-141	10
<i>Sección</i>		
A. Consideraciones generales .....	1-38	10
1. Procedimientos de selección abarcados por la <i>Guía</i> .....	3-5	10
2. Objetivos generales de los procedimientos de selección .....	6-18	11
3. Características especiales de los procedimientos de selección para proyectos de infraestructura con financiación privada .....	19-30	14
4. Preparativos de los procedimientos de selección .....	31-38	17
B. Preselección de los ofertantes .....	39-56	19
1. Convocatoria a los procedimientos de selección .....	40-42	19
2. Criterios de preselección .....	43-46	20
3. Cuestiones relativas a la participación de consorcios ofertantes .....	47-48	21

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
4. Preselección y preferencias nacionales .....	49-50	21
5. Contribución a los gastos de participación en el proceso de selección .....	51-52	22
6. Procedimientos de preselección .....	53-56	22
C. Procedimientos para solicitar propuestas .....	57-94	23
1. Fases del procedimiento .....	58-64	23
2. Contenido de la solicitud de propuestas definitiva .....	65-74	25
3. Aclaraciones y modificaciones .....	75-76	28
4. Contenido de las propuestas definitivas .....	77-82	28
5. Criterios de evaluación .....	83-86	30
6. Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas .....	87-91	32
7. Negociaciones finales .....	92-93	33
8. Aviso de la adjudicación de un proyecto .....	94	34
D. Negociaciones directas .....	95-107	34
1. Circunstancias en que puede recurrirse a las negociaciones directas .....	99-100	35
2. Medidas para aumentar la transparencia de las negociaciones directas .....	101-107	36
E. Propuestas no solicitadas .....	108-128	38
1. Consideraciones de política .....	110-118	38
2. Procedimientos para tramitar las propuestas no solicitadas .....	119-133	40
F. Procedimientos de revisión .....	129-133	43
G. Expediente del proceso de selección .....	134-141	44

## RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

### Consideraciones generales (véanse los párrs. 1 a 30)

1) El país anfitrión tal vez desee requerir la utilización de procedimientos competitivos para la selección del concesionario, sin perjuicio de los ajustes necesarios para tener en cuenta las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

### Preselección de los ofertantes (véanse los párrs. 39 a 56)

2) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

a) los ofertantes demuestren que poseen las calificaciones profesionales y técnicas, los recursos financieros y humanos, el equipo y otros medios físicos, la capacidad de gestión, la fiabilidad y la experiencia necesarios para llevar a cabo todas las fases del proyecto y que satisfacen los demás criterios de calificación requeridos conforme a las leyes generales sobre adquisiciones públicas del país anfitrión;

b) los ofertantes puedan formar consorcios para presentar propuestas, siempre que sus miembros no participen, directamente o mediante empresas filiales, en más de un consorcio;

c) se aplique en la fase de evaluación y deba anunciarse en la invitación a los trámites de preselección todo margen de preferencia para los ofertantes nacionales u ofertantes que se ofrezcan a adquirir suministros, servicios y productos en el mercado local;

d) la autoridad contratante pueda considerar la posibilidad de establecer sistemas para indemnizar a los ofertantes preseleccionados si el proyecto no puede seguir adelante por razones ajenas a su voluntad o para contribuir a los gastos que se les hayan ocasionado;

e) la autoridad contratante elabore una lista corta de los ofertantes preseleccionados a quienes posteriormente se invitará a presentar propuestas una vez terminada la fase de preselección.

### Procedimiento en una y dos etapas para solicitar propuestas (véanse los párrs. 58 a 64)

3) El país anfitrión tal vez desee disponer que, una vez terminados los trámites de preselección, la autoridad contratante invite a los ofertantes preseleccionados a que presenten propuestas definitivas con su precio con respecto a las especificaciones técnicas o los indicadores de rendimiento y las condiciones contractuales.

4) A pesar de lo dicho, el país huésped tal vez desee disponer que la autoridad contratante pueda utilizar un procedimiento de dos etapas para solicitar propuestas de los ofertantes preseleccionados cuando no le sea posible formular especificaciones técnicas o indicadores de rendimiento y condiciones contractuales de manera suficientemente detallada y precisa para permitir la formulación de propuestas definitivas.

5) Cuando se utilice un procedimiento en dos etapas, el país anfitrión tal vez desee disponer que:

a) la autoridad contratante se dirija primeramente a los ofertantes preseleccionados para que presenten propuestas relativas a especificaciones generales de producción y demás características del proyecto, así como a las condiciones contractuales previstas;

- b) la autoridad contratante pueda convocar una reunión de ofertantes para aclarar cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas e iniciar conversaciones con cualquier ofertante acerca de algún aspecto de su propuesta;
- c) la autoridad contratante pueda, tras esas conversaciones, examinar y, cuando corresponda, revisar las especificaciones iniciales antes de emitir una solicitud de propuestas definitiva.

**Contenido de la solicitud de propuestas definitivas (véanse los párrs. 65 a 74)**

- 6) El país anfitrión tal vez desee disponer que la solicitud de propuestas definitivas contenga la siguiente información:
  - a) la información general que puedan necesitar los ofertantes para preparar y presentar sus propuestas;
  - b) las especificaciones técnicas e indicadores de rendimiento, según corresponda;
  - c) las condiciones contractuales previstas por la autoridad contratante;
  - d) los criterios para evaluar las propuestas, el peso relativo asignado a cada uno de esos criterios y la manera en que han de aplicarse en la evaluación de las propuestas.

**Aclaraciones y modificaciones (véanse los párrs. 75 y 76)**

- 7) El país anfitrión tal vez desee disponer que:
  - a) la autoridad contratante pueda, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, modificar la solicitud de propuestas emitiendo una adición en cualquier momento antes del vencimiento del plazo para la presentación de propuestas;
  - b) la autoridad contratante prepare minutas de toda reunión de ofertantes por ella convocada, las que deberán contener las solicitudes de aclaración de la solicitud de propuestas presentadas en la reunión, así como las respuestas a esas solicitudes, sin identificar de quién proceden.

**Contenido de las propuestas definitivas (véanse los párrs. 77 a 82)**

- 8) El país anfitrión tal vez desee requerir que las propuestas definitivas proporcionen la información solicitada en la solicitud de propuestas, de manera tal que permita a la autoridad contratante examinar la viabilidad operativa, la solidez técnica y el impacto ambiental del proyecto; el costo total del proyecto, incluido el costo de explotación y mantenimiento y el plan de financiación propuesto; así como la tarifa o el calendario de pagos propuesto, según corresponda.

**Criterios de evaluación (véanse los párrs. 83 a 86)**

- 9) El país anfitrión tal vez desee disponer que los criterios de evaluación a las propuestas técnicas se refieran a la eficacia de la propuesta presentada por el ofertante para satisfacer las necesidades de la autoridad contratante, incluidos los siguientes:
  - a) solidez técnica;
  - b) viabilidad operativa;

- c) solidez de los mecanismos financieros propuestos;
- d) cumplimiento de las normas relativas al medio ambiente;

10) El país anfitrión tal vez desee disponer que, entre los criterios para la evaluación y la comparación de las propuestas financieras figuren, según corresponda:

- a) el valor actualizado de los peajes, tasas y otros gravámenes durante el período de la concesión de acuerdo con las normas mínimas prescritas de diseño y rendimiento;
- b) el valor actualizado de los pagos del calendario de amortización propuesto para la instalación que se ha de construir;
- c) los costos de las actividades de diseño y construcción; los costos anuales de explotación y mantenimiento; el valor actualizado de los costos de capital y los costos de explotación;
- d) la cuantía de la subvención, de haberla, que se espera del Estado.

**Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas (véanse los párrs. 87 a 91)**

11) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

- a) tras recibirse las propuestas definitivas, la autoridad contratante deba determinar si se ajustan a primera vista a la solicitud de propuestas y rechazar aquellas que resulten incompletas o parciales;
- b) la autoridad contratante pueda fijar un umbral con respecto a la calidad y a los aspectos técnicos que hayan de quedar reflejados en las propuestas técnicas, de conformidad con los criterios técnicos expuestos en solicitud de propuestas;
- c) las propuestas que no alcancen el umbral con respecto a la calidad y los aspectos técnicos deben considerarse como no ajustadas a la solicitud.

**Negociaciones finales (véanse los párrs. 92 y 93)**

12) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

- a) la autoridad contratante califique todas las propuestas admisibles ateniéndose a los criterios de evaluación expuestos en la solicitud de propuestas e invite a una negociación final de acuerdo del proyecto al ofertante que haya presentado la propuesta más ventajosa;
- b) la propuesta más ventajosa sea:
  - i) la que ofrezca el precio inferior entre las que hayan superado el umbral con respecto a la calidad y los aspectos técnicos, cuando el factor decisivo el precio unitario propuesto de la producción sea; o
  - ii) la que obtenga la calificación combinada más alta respecto del precio y de los demás criterios de evaluación. No obstante, el comité adjudicador debe dar por escrito una justificación de las

razones para seleccionar una propuesta que no sea la que ofrezca el precio unitario más bajo para la producción.

- c) las negociaciones finales no puedan referirse a las condiciones del contrato que se consideraron no negociables en la solicitud de propuestas definitivas.

**Aviso de la adjudicación del proyecto (véase el párr. 94)**

13) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

- a) la autoridad contratante haga publicar un aviso de la adjudicación del proyecto;
- b) el aviso identifique al concesionario y proporcione un resumen de las condiciones esenciales del acuerdo de proyecto.

**Negociaciones directas (véanse los párrs. 95 a 100)**

14) El país anfitrión tal vez desee disponer que se recurra a negociaciones directas únicamente en circunstancias excepcionales, entre las que pueden figurar las siguientes:

- a) cuando haya necesidad urgente de garantizar la continuidad de la prestación del servicio, e iniciar un procedimiento de selección competitiva sería, por lo tanto, poco práctico, siempre que la autoridad contratante no haya podido prever las circunstancias que dan origen a la urgencia ni sean la consecuencia de su conducta dilatoria;
- b) en el caso de proyectos de corta duración y con un valor de inversión inicial previsto que no supere una cantidad módica especificada;
- c) razones de defensa nacional;
- d) casos en los que existe sólo una fuente capaz de suministrar el servicio requerido (por ejemplo, porque éste exige utilizar tecnología patentada o conocimientos técnicos únicos);
- e) falta de personal experimentado o de una estructura administrativa suficiente para llevar a cabo procedimientos de selección competitiva;
- f) casos en los que una autoridad administrativa de más alto rango del país anfitrión autorice esa excepción por razones de interés público.

15) El país anfitrión tal vez desee disponer que se pueda además recurrir a las negociaciones directas cuando se haya emitido una invitación a los trámites de preselección o una solicitud de propuestas sin que se presenten solicitudes ni propuestas, o cuando todas las propuestas sean rechazadas por la autoridad contratante y cuando, a juicio de la autoridad contratante, la emisión de una nueva solicitud de propuestas no tendría seguramente como consecuencia la adjudicación de un proyecto.

**Medidas para aumentar la transparencia de las negociaciones directas (véanse los párrs. 101 a 107)**

16) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

- a) se obtenga la aprobación de una autoridad de rango superior para que la autoridad contratante inicie una selección mediante negociación;
- b) la autoridad contratante publique un aviso sobre los procedimientos de negociación e inicie negociaciones con tantas empresas que se estimen capaces de satisfacer las necesidades como las circunstancias lo permitan;
- c) la autoridad contratante establezca los criterios para evaluar las propuestas y determine el peso relativo que se ha de asignar a cada uno de ellos y la manera en que se han de aplicar en la evaluación de las propuestas;
- d) la autoridad contratante trate las propuestas de manera que se evite la revelación de su contenido a los ofertantes competidores;
- e) esas negociaciones entre el contratante y los ofertantes sean confidenciales y ninguna de las partes en las negociaciones revele a ninguna otra persona información alguna técnica sobre precios u otra referente al mercado, relativa a las negociaciones, sin el consentimiento de la otra parte;
- f) la autoridad contratante, una vez terminadas las negociaciones, pida a todos los ofertantes que continúen en las actuaciones que presenten, en fecha determinada, una oferta mejor y definitiva con respecto a todos los aspectos de sus propuestas;
- g) toda adjudicación de la autoridad contratante se haga al ofertante cuya propuesta satisfaga mejor las necesidades de la autoridad contratante, determinada de acuerdo con los criterios para evaluar las propuestas expuestos en la invitación a negociar, así como con el peso relativo de esos criterios y la manera de aplicarlos indicados en la solicitud de propuestas.

**Propuestas no solicitadas (véanse los párrs. 108 a 118)**

17) El país anfitrión tal vez desee disponer que, en circunstancias excepcionales, la autoridad contratante pueda estar facultada para recibir propuestas no solicitadas, siempre que esas propuestas no se relacionen con un proyecto para el que la autoridad contratante haya iniciado o haya anunciado procedimientos de selección.

**Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas (véanse los párrs. 122 a 124)**

18) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

- a) la autoridad contratante solicite a los autores de una propuesta no solicitada que presenten una propuesta inicial que contenga información suficiente para que la autoridad contratante pueda hacer una evaluación de si a primera vista se satisfacen las condiciones para dar curso a propuestas no solicitadas, en particular si el proyecto propuesto es de interés público;
- b) la autoridad contratante, tras un examen preliminar, informe a la empresa, en un plazo razonablemente breve, de si el proyecto es o no de posible interés público;

- c) la autoridad contratante, para los proyectos que resulten de interés público, invite al proponente a presentar una propuesta oficial suficientemente detallada para la que autoridad contratante pueda evaluar adecuadamente el concepto o la tecnología y determinar si satisfacen las condiciones necesarias y tienen probabilidades de ser llevados a la práctica con buen éxito a la escala del proyecto propuesto;
- d) el proponente permanezca dueño de todos los documentos presentados a lo largo del procedimiento y que esos documentos tengan que devolverse en caso de que se rechace la propuesta.

**Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que no entrañen conceptos o tecnología de propiedad (véanse los párrs. 125 y 126)**

19) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

- a) la autoridad contratante inicie procedimientos de selección competitiva conforme a las recomendaciones 3 a 22 *supra* si resulta que la ejecución del proyecto es posible sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el cual el proponente o sus asociados posean derechos exclusivos o si el concepto o la tecnología propuestos no son realmente únicos ni nuevos;
- b) la empresa que presentó la propuesta original debe ser invitada a participar en esos procedimientos y puede recibir un premio por presentar la propuesta.

**Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que entrañen conceptos o tecnología de propiedad (véanse los párrs. 127 y 128)**

20) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

- a) la autoridad contratante utilice un procedimiento para obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada si resulta que los aspectos innovadores de la propuesta son tales que no sería posible ejecutar el proyecto sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el cual el proponente o sus asociados tienen derechos exclusivos;
- b) la autoridad contratante publique un resumen de las condiciones esenciales de la propuesta con una invitación a otras partes interesadas a que presenten propuestas alternativas o comparables dentro de un cierto plazo razonable;
- c) que la autoridad contratante pueda iniciar negociaciones directas con el proponente original cuando no se hayan recibido propuestas alternativas, y siempre que lo apruebe la misma autoridad cuya aprobación sería normalmente necesaria para que la autoridad contratante seleccionase a un concesionario mediante negociación directa;
- d) la autoridad contratante, si se han presentado propuestas alternativas, deba invitar a todos los proponentes a negociaciones competitivas con miras a determinar cuál es la propuesta más ventajosa para llevar a cabo el proyecto.

**Procedimientos de examen (véanse los párrs. 129 a 133)**

21) El país anfitrión tal vez desee establecer procedimientos mediante los cuales los ofertantes que pretendan haber sufrido o que puedan haber sufrido, pérdidas o perjuicios debido al incumplimiento de una obligación impuesta por la ley a la parte contratante puedan obtener la revisión de los actos de esta autoridad.

**Constancia de los procedimientos de selección (véanse los párrs. 134 a 141)**

22) El país anfitrión tal vez desee disponer que la autoridad contratante mantenga constancia apropiada de la información más importante relativa a los procedimientos de selección.

## NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

### A. Consideraciones generales

1. El presente capítulo trata sobre los métodos y procedimientos recomendados para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. Conforme a lo aconsejado por organizaciones internacionales como el Banco Mundial<sup>1</sup> y la ONUDI<sup>2</sup>, la *Guía* expresa una clara preferencia por los procedimientos de selección competitivos, más que por las negociaciones con los ofertantes, si bien reconocen que puede también recurrirse a las negociaciones directas, conforme a la tradición jurídica del país de que se trate (véase *infra*, párrs. 95 a 98).

2. Los procedimientos de selección recomendados en este capítulo presentan algunas de las características del método principal para la adquisición de servicios previsto en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios<sup>3</sup>, pero con algunas adaptaciones para tener en cuenta las necesidades concretas de los proyectos de infraestructura con financiación privada. El método previsto consiste en un proceso en dos etapas con una fase de preselección. El procedimiento da un cierto margen para negociaciones entre la autoridad contratante y los ofertantes según condiciones claramente definidas. La descripción de los procedimientos recomendados para la selección del concesionario se ocupa principalmente de los elementos específicos o particularmente pertinentes de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Este capítulo remite oportunamente al lector a las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI, que pueden complementar, *mutatis mutandis*, el procedimiento de selección descrito.

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

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

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

---

<sup>1</sup> Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, 1996, párr. 3.13 a).

<sup>2</sup> *UNIDO BOT Guidelines*, pág. 96.

<sup>3</sup> La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante, “la Ley Modelo de la CNUDMI”) y la Guía para su incorporación eventual al derecho interno, que la acompaña, fueron aprobadas por la Comisión en su 27º período de sesiones (Nueva York, 31 de mayo a 17 de junio de 1994).

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

c) *Construcción y explotación de infraestructuras públicas.* En proyectos para la construcción y explotación de infraestructuras públicas, se contrata a una entidad privada para que realice obras y preste servicios al público. Los procedimientos que rigen la adjudicación de esos contratos son en algunos aspectos similares a los que regulan la contratación pública de obras y servicios. Las leyes nacionales prevén diversos métodos de contratación pública, que van desde los métodos competitivos estructurados, como los procedimientos de licitación, hasta las negociaciones menos estructuradas con posibles proveedores.

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

5. No obstante, cabe señalar que algunos proyectos de infraestructura pueden contener elementos de más de una de las categorías arriba mencionadas. Por ejemplo, la adquisición de una empresa privatizada de servicios públicos (por ejemplo, una compañía de distribución de agua) puede vincularse a la obligación de realizar una inversión sustancial en una nueva infraestructura (por ejemplo, la expansión de la red de tuberías). En tales situaciones, es importante determinar cuál es el elemento predominante del proyecto (por ejemplo, privatización o construcción de una nueva infraestructura) a fin de elegir el procedimiento de selección adecuado que posteriormente pueda ajustarse a fin de tener en cuenta las principales obligaciones secundarias que deberá asumir el concesionario. Con este fin, algunas de las consideraciones que figuran en este capítulo pueden ser aplicables también, *mutatis mutandis*, a la adjudicación de bienes estatales o a los procedimientos de concesión de licencias que prevean una obligación por parte del nuevo concesionario o del licenciataria de realizar obras de infraestructura.

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

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

### **a) Economía y eficiencia**

7. El criterio de economía en la adjudicación de proyectos de infraestructura consiste en la selección de un concesionario que esté en condiciones de realizar las obras y de prestar los servicios de la calidad deseada al precio más ventajoso y en las condiciones contractuales más ventajosas. La economía en los proyectos de infraestructura se ve favorecida por los procedimientos que propician condiciones favorables de participación

de empresas competentes en el proceso de selección y que les dan incentivos para ofrecer las condiciones más ventajosas.

8. En la mayoría de los casos, los procedimientos que promueven la competencia entre los ofertantes son los que dan resultados más económicos. La competencia los incita a ofrecer las condiciones más ventajosas y puede animarlos a adoptar tecnologías o métodos de producción eficientes o innovadores con tal fin. Debe observarse, no obstante, que la competencia no requiere necesariamente la participación de un gran número de ofertantes en un determinado proceso de selección. En particular para los grandes proyectos, puede haber razones por las que la autoridad contratante desee limitar el número de ofertantes a una cifra razonable (véanse los párrs. 23 y 24). Siempre que se hayan dispuesto los procedimientos apropiados, la autoridad contratante puede obtener ventajas de una competencia eficaz incluso cuando la base competitiva es limitada.

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

10. El criterio de eficiencia significa que se seleccione a un concesionario en un plazo razonable, con mínimas cargas administrativas y un costo razonable tanto para la autoridad contratante como para los ofertantes que participan en la selección. Además de las pérdidas que puede sufrir directamente la autoridad contratante a causa de procedimientos de selección ineficientes (por ejemplo, debido a demoras en la selección o a altos costos administrativos), los procedimientos excesivamente costosos y engorrosos pueden hacer aumentar los costos generales del proyecto e incluso pueden inducir a empresas competentes a retirarse por completo del proceso de selección.

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

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

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

13. El país anfitrión debe disponer con carácter general de un sistema eficaz de sanciones, incluso de carácter penal, contra la corrupción de los titulares de cargos públicos, incluidos los empleados de las autoridades adjudicantes, y de los ofertantes, que se aplique también al proceso de selección. Deben evitarse los conflictos e intereses, por ejemplo, exigiendo que los titulares de cargos de la autoridad contratante, sus cónyuges, parientes y asociados no tengan un crédito contra una empresa que intervenga en un proceso de selección ni

participación social en ella, ni acepten actuar como miembros del Consejo de Administración o empleado de esa empresa. Además, la ley que rija los procedimientos de selección debe obligar a la autoridad contratante a rechazar las ofertas o propuestas presentadas por una parte que dé o convenga en dar, directa o indirectamente, a ningún cargo o ex funcionario o empleado de la autoridad contratante u otra autoridad pública ninguna forma de gratificación, una oferta de empleo ni ninguna otra cosa o servicio de valor, como incentivo con respecto a un acto o decisión de la autoridad contratante o un procedimiento seguido por ésta, en relación con los procedimientos de selección. Estas disposiciones pueden complementarse con otras medidas, como el requisito de que todas las empresas invitadas a participar en el proceso de selección se comprometan a no tratar de influir indebidamente en las decisiones de los titulares de cargos públicos que participen en el proceso de selección ni distorsionar de otro modo la competencia mediante colusión u otras prácticas ilícitas (con, por ejemplo, el llamado “acuerdo de integridad”). Igualmente, en las prácticas de adquisición pública adoptadas por algunos países, se exige de los ofertantes que garanticen que ningún cargo de la entidad adquirente ha sido ni será admitido por el ofertante a ningún beneficio directo ni indirecto derivado del contrato o de su adjudicación. El incumplimiento de esa disposición constituye normalmente incumplimiento de una condición esencial del contrato.

14. Un importante corolario de los objetivos de economía, eficiencia, integridad y transparencia es la existencia de procedimientos administrativos y judiciales para el reexamen de las decisiones adoptadas por las autoridades que participan en los procedimientos de selección (véanse los párrs. 129 a 133).

15. Puede además fomentarse la confianza de los inversionistas con disposiciones adecuadas para proteger la confidencialidad de la información de propiedad que presenten durante los procedimientos de selección. Esto debe abarcar seguridades suficientes de que la autoridad contratante tratará las propuestas de manera que se evite la revelación de su contenido a los ofertantes competidores; que las conversaciones o negociaciones tendrán carácter confidencial; y que la información comercial o de otra índole que los ofertantes puedan incluir en sus propuestas no será dada a conocer a sus competidores.

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

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

17. Uno de los modos más importantes de promover la transparencia y la rendición de cuentas es la introducción de disposiciones que exijan de la autoridad contratante que lleve un expediente de los procedimientos de selección (véanse los párrs. 134 a 141). Con un registro en que se resume la información clave sobre esos procedimientos se facilita el ejercicio del derecho de los ofertantes rechazados a solicitar un reexamen. De este modo se contribuye también a que las normas que rigen el procedimiento de selección sean, en la medida de lo posible, autónomas y de aplicación automática. Además, con requisitos legislativos adecuados para el mantenimiento de expedientes se facilitará la labor de los órganos estatales que ejercen funciones de auditoría o supervisión y se promoverá la rendición de cuentas al público en general por parte de las autoridades adjudicadoras sobre la adjudicación de proyectos de infraestructura.

18. Las leyes y los procedimientos transparentes fomentan la previsibilidad y permiten a los ofertantes calcular los costos y riesgos de su participación en el proceso de selección y ofrecer así sus condiciones más ventajosas. También contribuyen a evitar acciones o decisiones arbitrarias o inadecuadas por parte de la autoridad contratante o de sus funcionarios y promueven así la confianza en el proceso. La transparencia de las

leyes y los procedimientos reviste particular importancia cuando se trata de obtener participación extranjera, ya que las empresas extranjeras tal vez desconozcan las prácticas que se siguen en el país en la adjudicación de proyectos de infraestructura.

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

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

20. En procedimientos competitivos de selección, la autoridad contratante invita a una serie de empresas a presentar propuestas que deben formularse sobre la base de las especificaciones técnicas y las condiciones contractuales enunciadas por la autoridad contratante en la documentación facilitada a los ofertantes. Las propuestas se examinan, se evalúan y se comparan y la decisión de aceptar una propuesta se adopta de conformidad con criterios y procedimientos esencialmente objetivos, especificados en las leyes de contratación pública y en los documentos de licitación. Los procedimientos competitivos de selección se denominan “abiertos” cuando la autoridad contratante solicita propuestas mediante una convocatoria a licitación ampliamente difundida y dirigida a todas las empresas deseosas de participar en el proceso. El procedimiento es “restringido” cuando la autoridad contratante solicita propuestas únicamente de ciertas empresas seleccionadas por ella.

21. Los procedimientos formales y la objetividad y previsibilidad que caracterizan a los procedimientos competitivos de selección suelen garantizar condiciones óptimas de competencia, transparencia y eficiencia. Así, el uso de procedimientos de selección competitiva en proyectos de infraestructura con financiación privada ha sido recomendado por la ONUDI, que ha formulado directrices prácticas detalladas sobre la manera de estructurar esos procedimientos<sup>4</sup>. Las normas de adquisición en relación con los préstamos concedidos por el Banco Mundial propugnan también la utilización de procedimientos de selección competitivos y disponen que un concesionario seleccionado con arreglo a procedimientos de licitación aceptables para el Banco Mundial es libre en general de adoptar sus propios procedimientos para la adjudicación de los contratos necesarios para ejecutar el proyecto. Sin embargo, si el concesionario mismo no fue seleccionado de conformidad con esos procedimientos competitivos, la adjudicación de subcontratos habrá de hacerse siguiendo procedimientos competitivos aceptables para el Banco Mundial<sup>5</sup>.

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

---

<sup>4</sup> UNIDO BOT Guidelines, pág. 96.

<sup>5</sup> Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, 1996, párr. 3.13 a).

**a) Número de ofertantes a invitar**

23. En la contratación pública tradicional, se fomenta al máximo el objetivo de economía permitiendo una competencia lo más amplia posible entre ofertantes. Las convocatorias a licitación se efectúan a veces directamente sin procedimientos previos de preselección. Cuando se requiere preselección, ésta se limita a veces a la verificación de una serie de requisitos formales (por ejemplo, la calificación profesional o la capacidad jurídica de los ofertantes).

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

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

25. En la contratación pública tradicional de obras de construcción, el gobierno suele asumir la posición de maestro de obras o de empleador, dejando al contratista seleccionado la función de ejecutor de las obras. En los procedimientos de contratación pública se especifican las aportaciones del contratista, es decir, la autoridad contratante determina claramente lo que se debe construir, cómo hay que hacerlo y por qué medios. Por esta razón, las convocatorias a licitación de obras suelen ir acompañadas de extensas y muy detalladas especificaciones técnicas sobre el tipo de obras y servicios de que se trata. En esos casos, la autoridad contratante se encargará de que las especificaciones se ajusten al tipo de infraestructura que debe construirse y de que esa infraestructura pueda explotarse eficientemente. En algunos proyectos de infraestructura con financiación privada, la autoridad contratante tal vez desee dar especificaciones precisas de las obras que deberán efectuarse o de los medios técnicos necesarios para los servicios que deberán prestarse (es decir, la aportación esperada del concesionario). Esa elección se hace, en particular, en relación con proyectos que entrañen la construcción de una nueva infraestructura que ha de ser permanentemente de propiedad del Estado y se destina a quedar abierta en general para la utilización pública (por ejemplo, carreteras, túneles, puentes). En estos casos, la autoridad contratante puede apreciar la necesidad de ejercer un grado mayor de control sobre el diseño de la ingeniería y las especificaciones técnicas que en el caso de instalaciones de propiedad privada cerradas en general al público y únicamente accesibles al concesionario (por ejemplo, una planta de energía eléctrica privada).

26. Sin embargo, en muchos proyectos de infraestructura con financiación privada, es posible que la autoridad contratante prevea otro tipo de reparto de responsabilidades entre el sector público y el sector privado. El fomentar la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructuras puede obedecer en parte al deseo de liberar a la autoridad contratante de la responsabilidad inmediata de funciones que el sector privado puede desempeñar eficientemente. En esos casos, tras haber precisado una necesidad de infraestructura en particular, la autoridad contratante puede que prefiera dejar al sector privado la responsabilidad de proponer la mejor solución para satisfacer esa necesidad, con sujeción a ciertos requisitos que ella misma pueda establecer (por ejemplo, requisitos regulatorios, de desempeño o de seguridad, prueba suficiente de que las soluciones técnicas propuestas han sido antes sometidas a prueba y cumplen satisfactoriamente con las normas de seguridad o de otra índole internacionalmente aceptables). El procedimiento de selección utilizado por la autoridad contratante puede, pues, hacer hincapié en la producción prevista del proyecto (es decir, los servicios o bienes que ha de proporcionar) más que en detalles técnicos de las obras que ha de realizar o en los medios utilizados para prestar esos servicios. Aunque la autoridad pública sigue siendo en definitiva responsable ante

el público de la calidad de las obras y los servicios, el sector privado soportará los riesgos que puedan derivarse, por ejemplo, de que las soluciones técnicas utilizadas sean inadecuadas.

### **c) Criterios de evaluación**

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

28. En cambio, los proyectos de infraestructura con financiación privada deben ser autosostenibles desde el punto de vista financiero, recuperándose los gastos de construcción y explotación con los ingresos que aporte el proyecto. Esta circunstancia, y también la gran escala de la mayoría de los proyectos de infraestructura, hacen que la evaluación de las propuestas resulte considerablemente más compleja que en las formas más tradicionales de contratación pública. Por consiguiente, deberán tenerse en cuenta otros factores, además de los gastos de construcción y explotación y del precio que pagarán los usuarios. Por ejemplo, la autoridad contratante deberá evaluar cuidadosamente la viabilidad financiera y comercial del proyecto, la solidez de los arreglos financieros propuestos por los ofertantes y la fiabilidad de las soluciones técnicas empleadas. Esto será necesario aunque no existan garantías ni pagos estatales, ya que los proyectos inacabados o los proyectos que rebasan con mucho los presupuestos o que tienen costos de mantenimiento superiores a los previstos repercuten a veces negativamente en la disponibilidad general de los servicios requeridos y en la opinión pública del país anfitrión. Asimismo, la autoridad contratante procurará formular los criterios de calificación y evaluación que asignen la suficiente importancia a la necesidad de garantizar la continua prestación del mismo. Además, dada la duración generalmente larga de las concesiones para infraestructuras, la autoridad contratante deberá cerciorarse de la solidez y aceptabilidad de los arreglos propuestos para la fase de explotación y sopesará cuidadosamente los elementos de servicios que figuren en las propuestas (véanse los párrs. 83 a 86).

### **d) Negociaciones con los ofertantes**

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

30. La situación es diferente en la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. La complejidad y la larga duración de esos proyectos hace improbable que la autoridad contratante y los ofertantes seleccionados puedan convenir en las condiciones de un proyecto de acuerdo de proyecto sin negociación y ajustes para adaptar esas condiciones a las necesidades particulares del proyecto. Esto es particularmente cierto de los proyectos que entrañan el desarrollo de infraestructura nueva, en que la negociación final de los mecanismos financieros y de seguridad se produce sólo después de que se ha seleccionado al concesionario. Es importante, empero, velar por que estas negociaciones se lleven a cabo de maneras transparente y no importen cambios de la base sobre la que se desarrolló la competencia (véanse los párrs. 92 y 93).

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

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

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

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

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

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

34. Como ya se ha indicado (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, párr. \_\_\_), una de las primeras medidas que adopta la administración pública con respecto a un futuro proyecto de infraestructura es la evaluación preliminar de su viabilidad, analizando aspectos económicos y financieros como las posibles ventajas económicas del proyecto, el costo estimado y los ingresos que cabe esperar de la explotación de la obra de infraestructura. La opción de desarrollar infraestructura como proyecto con financiación privada requiere una conclusión positiva sobre la viabilidad técnica y financiera del proyecto. La autoridad contratante debe efectuar asimismo de ordinario una evaluación del impacto ambiental del proyecto como parte de sus estudios de viabilidad. En algunos países, se vio que era útil prever cierta participación del público en la evaluación preliminar del impacto ambiental del proyecto y las diversas opciones para reducirlo al mínimo.

35. Antes de iniciar el proceso que culmine con la selección de un futuro concesionario, es aconsejable que la autoridad contratante examine y, si es necesario, amplíe esos estudios iniciales. En algunos países, se aconseja a las autoridades adjudicadoras que formulen proyectos modelo que sirvan de referencia (en los que se incluye una combinación de estimaciones de inversiones de capital y de gastos de explotación y mantenimiento) antes de invitar al sector privado a presentar propuestas. Estos proyectos modelo tienen por objeto demostrar si la explotación comercial de la infraestructura es viable y si el proyecto es asequible en lo que se refiere a gastos totales de inversión y costos para el erario público. Además, estos proyectos modelo

proporcionarán a la autoridad contratante un útil instrumento para comparar y evaluar las propuestas. Los ofertantes adquirirán confianza si ven que la autoridad contratante ha analizado detenidamente los fundamentos técnicos, económicos y financieros del proyecto, así como el papel previsto del sector privado.

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

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

37. En muchos países, es habitual que el gobierno prepare formularios de contratos modelo con las condiciones generales de reglamentación de la contratación pública. En algunos países, estos contratos modelo pueden ser muy detallados y distintos según los sectores de infraestructura. Una documentación normalizada preparada conforme a condiciones lo suficientemente precisas puede ser un elemento importante para facilitar las negociaciones entre ofertantes y posibles prestamistas e inversionistas. También puede ser útil para armonizar el tratamiento de cuestiones comunes en la mayoría de los proyectos de un determinado sector.

38. No obstante, cuando se recurra a cláusulas contractuales modelo es aconsejable tener presente la posibilidad de que en un determinado proyecto se planteen cuestiones no previstas cuando se elaboró el documento modelo y de que el proyecto requiera soluciones concretas que difieran de las condiciones modelo. Si durante los procedimientos de selección se facilitan a los ofertantes documentos contractuales normalizados, la autoridad contratante puede ver limitado su margen de discreción para negociar las condiciones del acuerdo del proyecto con los ofertantes seleccionados. Debe procurarse encontrar un equilibrio adecuado entre el grado de uniformidad deseado para los acuerdos sobre proyectos de un determinado tipo y la flexibilidad que puede necesitarse para hallar soluciones concretas para cada proyecto.

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

39. Dada la complejidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada, la autoridad contratante tal vez desee limitar el número de ofertantes de los que posteriormente se solicitarán propuestas únicamente a los que satisfagan ciertos criterios de calificación. En la contratación pública corriente los procedimientos de preselección pueden consistir en la verificación de ciertos requisitos formales, como la prueba suficiente de capacidad técnica o experiencia en el tipo de contratación de que se trate, de tal modo que todos sus ofertantes que satisfagan los criterios de preselección sean admitidos automáticamente a la fase de licitación. En cambio, los procedimientos de preselección para proyectos de infraestructura con financiación privada pueden comprender elementos de evaluación y selección. Por tanto, no presentan el mismo grado de automatismo que caracteriza a los procedimientos de preselección normalmente aplicados para la contratación de bienes o servicios. Así puede ocurrir, por ejemplo, cuando la autoridad contratante confecciona una puntuación por orden de los ofertantes preseleccionados (véase el párr. 55).

### **1. Convocatoria a los procedimientos de preselección**

40. A fin de promover la transparencia y la competencia, es aconsejable que la convocatoria a los procedimientos de preselección se publique en un medio con una difusión suficiente para asegurar un nivel adecuado de competencia. La legislación de muchos países prescribe las publicaciones en que deben aparecer las convocatorias a los procedimientos de preselección, que generalmente son la gaceta oficial u otras publicaciones oficiales. Con miras a fomentar la participación de empresas extranjeras y lograr la máxima

competencia, la autoridad contratante tal vez desee disponer que la convocatoria a los procedimientos de preselección se publiquen también en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación pertinente, o en una revista técnica o profesional de amplia circulación internacional.

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

42. Además, la convocatoria a los procedimientos de preselección debe contener información general análoga a la que se suele suministrar en los documentos de preselección conforme a las normas generales de contratación pública (como, por ejemplo, instrucciones para preparar y presentar solicitudes de preselección; toda prueba documental u otra información que los ofertantes tengan que presentar para demostrar sus calificaciones; la manera, lugar y el plazo para la presentación de las solicitudes).

## **2. Criterios de preselección**

43. Por regla general, los ofertantes deberían tener que demostrar que poseen las calificaciones profesionales y técnicas, los recursos financieros y humanos, el equipo y demás medios físicos, la capacidad empresarial, la fiabilidad y la experiencia que se necesitan para ejecutar el proyecto. Otros criterios que pueden ser particularmente pertinentes para los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden ser la capacidad de gestionar los aspectos financieros del proyecto y experiencia anterior en la explotación de infraestructura pública o en la prestación de servicios bajo supervisión regulatoria. Además, debe pedirse a los ofertantes que demuestren que pueden satisfacer los demás criterios de calificación que normalmente se aplicarían conforme a las leyes generales sobre contratación pública del país anfitrión (por ejemplo, que tienen la capacidad jurídica para celebrar el acuerdo del proyecto; que no son insolventes ni están concursados, quebrados o en vías de liquidación, que sus negocios no son administrados por un tribunal o un funcionario judicial, sus actividades comerciales no han sido suspendidas y no son objeto de actuaciones judiciales por ninguno de los mencionados conceptos; que han cumplido sus obligaciones de pagar impuestos y contribuciones a la seguridad social en el Estado; que ni las empresas ni sus administradores o directivos han sido condenados por ningún delito relacionado con su conducta profesional ni por la formulación de falsas declaraciones o presentaciones incorrectas de sus calificaciones para celebrar un contrato de contratación pública desde cierto número de años antes del inicio de los procedimientos de selección, ni han sido descalificados de otro modo como consecuencia de procedimientos administrativos de suspensión o inhabilitación).

44. La autoridad contratante debe determinar el tipo de información que han de suministrar los ofertantes para sustanciar su calificación, incluidos, por ejemplo, indicadores de calidad de su desempeño anterior como proveedores de servicios públicos o explotantes de infraestructura. Esa información puede referirse a las dimensiones y el tipo de anteriores proyectos ejecutados por los ofertantes; el nivel de experiencia del personal clave que ha de participar en el proyecto; capacidad organizativa suficiente, incluidos niveles mínimos de equipo de construcción, explotación y mantenimiento. La autoridad contratante debe exponer con cierto detalle la manera cómo los ofertantes han de demostrar su capacidad de soportar los requerimientos financieros para las fases de ingeniería, construcción y explotación del proyecto. La autoridad contratante puede solicitar que se le facilite información adecuada que demuestre la capacidad de los ofertantes de aportar al proyecto una

cantidad suficiente de capital y prueba bastante de bancos acreditados que atestigüen la buena consideración financiera de los ofertantes y que éstos disponen de los recursos necesarios.

45. Un importante aspecto que debe tomar en consideración la autoridad contratante es la relación entre la adjudicación de un determinado proyecto y la política que lleve el gobierno en el sector pertinente (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. \_\_\_\_). Cuando se fomente la competencia, a la administración pública tal vez le interese evitar que el mercado o el sector pertinente esté dominado por una empresa (por ejemplo, que la misma empresa explote más de un cierto número limitado de compañías telefónicas locales en un determinado territorio). Así pues, la autoridad contratante tal vez desee mantener la posibilidad de rechazar una determinada propuesta si llega a la conclusión de que la adjudicación del proyecto a ese ofertante en particular pueda dar pie al dominio no deseado del mercado por una empresa determinada o sea un elemento de distorsión de la competencia en el sector pertinente. En aras de la transparencia, es conveniente que la ley disponga que cuando la autoridad contratante se reserve el derecho a rechazar una propuesta por tal motivo o por motivos similares, deba darse constancia de ello en la convocatoria a los procedimientos de preselección.

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

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

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

48. Es también aconsejable que la autoridad contratante examine cuidadosamente la composición de los consorcios y sus compañías matrices. Puede ocurrir que una de ellas, directamente o mediante filiales, se una a más de un consorcio para presentar propuestas para el mismo proyecto. Esa situación no debe admitirse, ya que presenta el riesgo que se filtre información o de colusión entre consorcios que compiten, socavando así la credibilidad de los procedimientos de selección. Es, por lo tanto, aconsejable disponer en la convocatoria a los procedimientos de preselección que ninguna compañía podrá participar, directamente o mediante filiales, en más de un consorcio en los mismos procedimientos de selección. La violación de esta norma será causa de descalificación del consorcio de que se trate.

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

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

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

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

51. En algunos países puede imponerse un elevado precio por los documentos de preselección, mientras que en otros ese precio refleja únicamente los gastos de impresión de esos documentos y de su distribución entre los candidatos. También puede recurrirse a documentos de preselección de elevado precio para limitar el número de ofertantes. Sin embargo, esos documentos contribuyen al mismo tiempo a incrementar el costo ya de por sí alto de participación en el proceso de selección. Los elevados costos de preparación de propuestas para proyectos de infraestructura y los riesgos relativamente altos de que el proceso de selección no culmine con la adjudicación de un contrato puede inducir a algunas empresas a no unirse a un consorcio para presentar una oferta, particularmente cuando desconocen los procesos de selección seguidos en el país anfitrión.

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

## **6. Procedimientos de preselección**

53. La autoridad contratante debe dar respuesta a toda solicitud de aclaración de la documentación de preselección de que reciba de consorcios ofertantes con antelación razonable al vencimiento del plazo fijado para la presentación de solicitudes. La entidad contratante debe responder dentro de un plazo razonable que permita a los ofertantes presentar a tiempo sus solicitudes. La respuesta a toda solicitud que quepa

razonablemente prever que será de interés para otros ofertantes debe comunicarse, sin revelar el autor de la petición, a todos los ofertantes a los que la autoridad contratante haya entregado la documentación de preselección.

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

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

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

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

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

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

58. Tras la preselección de los ofertantes, es aconsejable que la autoridad contratante examine su estudio inicial de viabilidad y la definición de los requisitos en resultados exigidos y se plantee la eventual necesidad de revisar esos requisitos en función de la información obtenida durante el proceso de preselección. En esta fase, la autoridad contratante ya debe haber determinado si se utilizará un procedimiento en una o dos fases para solicitar propuestas; si se pedirá a los ofertantes que formulen propuestas sobre la base de los indicadores de rendimiento o especificaciones técnicas y, en este último caso, si se estudiarán otras posibles especificaciones.

**a) Procedimiento en una sola etapa**

59. La decisión entre recurrir a un procedimiento en una sola etapa y otro en dos etapas para la solicitud de propuestas dependerá de la naturaleza del contrato, de hasta qué punto puedan definirse con precisión los requisitos técnicos y si se utilizan los resultados en materia de producción (o indicadores de rendimiento) para la selección del concesionario. Si se estima viable y deseable que la autoridad contratante formule indicadores de rendimiento o especificaciones técnicas con el grado necesario de precisión o finalidad, el proceso de selección puede estructurarse como un procedimiento en una sola etapa, en cuyo caso, una vez concluida la preselección de los ofertantes, la autoridad contratante procedería directamente a emitir una solicitud definitiva de propuestas (véanse los párrs. 65 a 74).

**b) Procedimiento en dos etapas**

60. Hay, sin embargo, casos en los que quizá no sea viable que la autoridad contratante formule su solicitud con especificaciones técnicas o indicadores de rendimiento suficientemente detallados y precisos para permitir que se formulen, evalúen y comparen uniformemente propuestas sobre la base de esas especificaciones y esos indicadores. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando la autoridad contratante no ha determinado el tipo de insumo 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 esos casos, puede considerarse poco conveniente, desde el punto de vista de obtener la obra más valiosa, que la autoridad contratante proceda sobre la base de especificaciones o indicadores elaborados sin haber mantenido conversaciones con los ofertantes en cuanto a las capacidades exactas y las posibles variaciones de lo que se ofrezca. Con ese fin la autoridad contratante tal vez desee dividir los procedimientos de selección en dos etapas y conceder cierto margen de flexibilidad para las conversaciones con los ofertantes.

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

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

63. A continuación, la autoridad contratante puede convocar una reunión de ofertantes para aclarar dudas sobre la solicitud de propuestas y la documentación adjunta. En la primera etapa, la autoridad contratante puede emprender conversaciones con cualquier ofertante sobre un determinado aspecto de su propuesta. La autoridad

contratante debe tratar las propuestas de modo que no se revele su contenido a los ofertantes rivales. Es preciso que las conversaciones sean confidenciales y que ninguna de las partes en él, revele a un tercero información técnica, financiera o de otra índole sobre las conversaciones sin el consentimiento de la otra parte.

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

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

65. En la etapa final, la autoridad contratante debe invitar a los ofertantes a que presenten propuestas definitivas con respecto a los indicadores de rendimiento (o las especificaciones técnicas, según corresponda) y las condiciones contractuales revisadas.

66. La solicitud de propuestas ha de contener en general toda la información necesaria que proporcione una base para permitir a los ofertantes presentar propuestas que satisfagan las necesidades de la autoridad contratante y que ésta pueda comparar de manera objetiva y equitativa.

### **a) Información general a los ofertantes**

67. La información general a los ofertantes debe abarcar, según corresponda, los conceptos que de ordinario se incluyen en los documentos de solicitud o en las solicitudes de propuestas para la adquisición de bienes, obras y servicios (véanse, por ejemplo, los artículos 27 y 38 de la Ley Modelo de la CNUDMI). Comprende, por ejemplo:

a) instrucciones para preparar y presentar propuestas, incluidos la manera, el lugar y el plazo para la presentación de propuestas y el período de vigencia de las propuestas, así como los requisitos en materia de garantías de la oferta;

b) los medios por los cuales los ofertantes pueden pedir aclaraciones sobre la solicitud de propuestas, y una declaración de si la autoridad contratante se propone, en esta etapa, convocar una reunión de ofertantes;

c) el lugar, la fecha y la hora para la apertura de las propuestas y los procedimientos que se seguirán para abrir y examinar las propuestas;

d) la manera cómo se evaluarán las propuestas. Es particularmente importante la revelación de los criterios que utilizará la autoridad contratante para determinar cuál es la propuesta vencedora, incluso el margen de preferencia y los criterios distintos del precio que se utilizarán, así como el peso relativo de esos criterios (véanse los párrs. 83 a 86).

68. Si se admiten propuestas alternativas, incluidas las variaciones a los elementos no imperativos de la solicitud de propuestas, la autoridad contratante tiene que indicar la manera cómo se compararán y evaluarán. Las propuestas alternativas deben rechazarse si no están acompañadas de una propuesta plenamente ajustada a la solicitud. Cuando la autoridad contratante se reserve además el derecho a rechazar todas las propuestas,

sin incurrir en responsabilidad frente a los ofertantes, como la indemnización de sus gastos de preparación y presentación de propuestas, hay que incluir en la solicitud de propuestas una indicación en ese sentido.

**b) Especificaciones técnicas e indicadores de rendimiento**

69. El grado en que se detallan las especificaciones, así como el adecuado equilibrio entre los elementos de insumo y producto, estará influido por consideraciones de aspectos como el tipo y la titularidad de la infraestructura y la asignación de responsabilidades entre los sectores público y privado (véanse los párrs. 25 y 26). Es generalmente aconsejable que la autoridad contratante tenga presentes esas necesidades a largo plazo del proyecto y formule sus especificaciones de manera que le permitan obtener información suficiente para seleccionar al ofertante que ofrezca la más alta calidad de los servicios en las mejores condiciones económicas.

70. En general, cuando la autoridad contratante invita a formular propuestas sobre la base de un único conjunto de especificaciones técnicas, la solicitud de propuestas suele contener la siguiente información:

- a) descripción de las obras y servicios que se han de realizar, con inclusión de especificaciones técnicas, planos, dibujos y diseños;
- b) la ubicación en que se ha de hacer la construcción y los servicios que se han de prestar;
- c) el calendario para la ejecución de las obras y la prestación de los servicios;
- d) los requisitos técnicos para la explotación y el mantenimiento de la instalación.

71. Cuando la autoridad contratante solicita propuestas sobre la base de indicadores de rendimiento, es importante formularlos de manera que definan adecuadamente la producción y el rendimiento requeridos sin ser demasiado prescriptivas sobre la manera como éstos deben alcanzarse. Los indicadores de rendimiento abarcan comúnmente temas como los siguientes:

a) descripción del proyecto y producción prevista. Cuando los servicios requieran edificios concretos, como una terminal de transporte o un aeropuerto, la autoridad contratante tal vez no desee proporcionar más que conceptos generales de planificación para la división del emplazamiento, como zonas de utilización a título ilustrativo, en lugar de planes que indiquen la planta de cada edificio, como sería el caso normalmente en la contratación tradicional de servicios de construcción;

b) normas mínimas aplicables de diseño y rendimiento, incluidas normas apropiadas sobre el medio ambiente. Las normas de rendimiento se suelen formular en términos de la cantidad y la calidad deseados de la producción de la instalación. Las propuestas que se aparten de las normas de rendimiento pertinentes deben considerarse como no ajustadas;

- c) requisitos para la ampliación del servicio;
- d) calidad del mantenimiento de las instalaciones;
- e) atención a los clientes;
- f) solidez económica y financiera del concesionario.

72. Cada uno de los indicadores de rendimiento antes indicados puede hacer preciso que los ofertantes presenten información adicional, según el proyecto que se adjudique. Por ejemplo, para la adjudicación de la

concesión de la distribución de electricidad en determinada región, pueden contener normas técnicas mínimas como: a) fluctuación del voltaje (y de la frecuencia) específica por lo que se refiere al consumidor; b) duración de las interrupciones del servicio (expresada en horas por año); c) frecuencia de las interrupciones (expresada en un número por año); d) pérdidas; e) días necesarios para conectar a un nuevo cliente; f) normas comerciales para la relación con el consumidor (por ejemplo, días acordados para pagar las facturas; para volver a conectar instalaciones; para responder a la reclamación de los consumidores).

### c) Condiciones contractuales

73. Es aconsejable que los documentos de licitación contengan alguna indicación sobre cómo la autoridad contratante prevé asignar los riesgos del proyecto. Esto es importante para fijar los términos del debate de las negociaciones detalladas sobre el acuerdo de proyecto. Si se deja totalmente abierta la asignación de riesgos, es probable que los ofertantes reaccionen tratando de minimizar los riesgos que aceptan, lo que puede frustrar el propósito de buscar inversiones privadas para desarrollar el proyecto. Además, la solicitud de propuestas debe contener información sobre los elementos esenciales de los arreglos contractuales previstos por la autoridad contratante, como:

a) la duración de la concesión o invitaciones a los ofertantes a que presenten propuestas sobre la duración de la concesión;

b) fórmula e índices de precios que se utilizarán en los ajustes de las tarifas;

c) respaldo público e incentivos para las inversiones, si los hay;

d) cauciones requeridas;

e) requisitos de los órganos reguladores, si los hay;

f) normas y reglamentos monetarios que rigen las remesas de divisas;

g) sistemas de reparto de los ingresos, si los hay;

h) indicación de las categorías de bienes que el concesionario estará obligado a transferir a la autoridad contratante o poner a disposición de un concesionario sucesor al final del período de duración del proyecto;

i) cuando se elija a un nuevo concesionario para explotar una infraestructura ya existente, una descripción de los activos y propiedades que se pondrán a su disposición;

j) las posibles fuentes alternativas, complementarias o secundarias de ingresos (por ejemplo, concesiones para la explotación de la infraestructura existente), de haberlos, que puedan ofrecerse al ofertante victorioso.

74. A fin de determinar claramente el alcance de las negociaciones que se desarrollarán tras la evaluación de las propuestas (véanse los párrs. 92 y 93), la solicitud de propuestas definitiva debe indicar cuáles son las condiciones del acuerdo de proyecto que se estiman no negociables.

### 3. Aclaraciones y modificaciones

75. Es conveniente establecer procedimientos para aclarar y modificar la solicitud de propuestas de modo que el proceso de selección sea eficiente y equitativo y dé buenos resultados. El derecho de la autoridad contratante

a modificar la solicitud de propuestas es importante para que pueda obtener lo necesario para atender sus necesidades. También es conveniente autorizar a la autoridad contratante, a que por iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración por parte de un ofertante, modifique la solicitud de propuestas publicando un suplemento antes de que finalice el plazo para la presentación de propuestas. Sin embargo, en caso de enmiendas amplias de la solicitud de propuestas, puede ser necesario prorrogar el plazo para la presentación de propuestas.

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

#### **4. Contenido de las propuestas definitivas**

##### **a) Propuestas técnicas**

77. Las propuestas técnicas que han de presentar los ofertantes deben contener la siguiente información:

a) viabilidad operacional del proyecto, que debe indicar la organización, los métodos y los procedimientos propuestos para la explotación y el mantenimiento del proyecto objeto de licitación;

b) solidez técnica del diseño preliminar de la ingeniería, incluido el calendario de obras propuesto;

c) evaluación ambiental preliminar, en que se indiquen los posibles efectos negativos del proyecto sobre el medio ambiente y las medidas correspondientes para moderarlos;

d) costo del proyecto y gastos de explotación y mantenimiento necesarios, y plan de financiación propuesto (aportación de capital propuesta, endeudamiento);

e) garantías de la oferta (véanse los párrs. 81 y 82).

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

##### **b) Propuestas financieras**

79. Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistirán principalmente en peajes, tasas u otros pagos de los clientes o usuarios de la infraestructura, la propuesta financiera debe indicar la estructura tarifaria propuesta. Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistan principalmente en pagos efectuados por la autoridad contratante u otro organismo público para amortizar la inversión del concesionario, la propuesta financiera tiene que indicar los pagos de amortización propuestos y el período de devolución de la deuda. Además, para ambos casos, las propuestas financieras deben contener:

a) el valor presente de las tasas o pagos de amortización propuestos, basado en la tasa de descuento y el tipo de cambio de las divisas prescrito en los documentos de oferta;

b) la duración propuesta de la concesión, si no se especifica en la solicitud de propuesta;

c) el nivel de respaldo financiero público que el proyecto necesita, incluida, según corresponda la subvención o la garantía que se espera de la autoridad contratante;

d) la dimensión de los riesgos asumidos por los ofertantes durante la fase de construcción y explotación, incluidos acontecimientos no previstos, seguros, inversión de capital social y otras garantías contra esos riesgos.

### **c) Estudios de viabilidad**

80. Los estudios de viabilidad son particularmente importantes en los proyectos de infraestructura con financiación privada y deben abarcar, por ejemplo, los siguientes aspectos:

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

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

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

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

### **d) Garantías de la oferta**

81. Es aconsejable que las leyes o reglamentaciones que rijan el proceso de selección autoricen a la autoridad adjudicadora a pedir a los consorcios del proyecto que presenten una garantía de la oferta para cubrir las pérdidas en caso de que se retiren las propuestas o de que el consorcio seleccionado no concierte un acuerdo sobre el proyecto.

82. Es aconsejable que en la solicitud de propuesta se indiquen los requisitos de la autoridad contratante con respecto al emisor y a la naturaleza, la forma, el importe y otras condiciones importantes de toda garantía de la oferta que hayan de dar los ofertantes que presenten propuestas. A efectos de asegurar un trato equitativo para todos los ofertantes, los requisitos que se refieran directa o indirectamente a la conducta del ofertante que presente la propuesta no deben referirse a otros aspectos que: la retirada o la modificación de la propuesta después del plazo para su presentación o antes del plazo, si así se estipuló en la solicitud de propuestas; falta de acuerdo financiero final; omisión en firmar el acuerdo de proyecto cuando la autoridad contratante lo pida; y omisión en proporcionar una garantía solicitada de cumplimiento del acuerdo de proyecto después de aceptada la propuesta o en el cumplimiento de cualquier otra condición previa a la firma especificada en la solicitud de propuestas. Deben preverse salvaguardias para velar por que sólo se impone un requisito de garantía de la oferta equitativamente y con el fin perseguido<sup>6</sup>.

## 5. Criterios de evaluación

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

84. Los criterios técnicos de evaluación están concebidos para facilitar la valoración de la viabilidad técnica, operacional, ambiental y financiera de la propuesta en relación con las especificaciones, los indicadores y los requisitos prescritos en los documentos de licitación. En la medida en que sea practicable, los criterios técnicos aplicados por la autoridad contratante deben ser objetivos y cuantificables, para que se pueda evaluar objetivamente las propuestas y compararlas entre sí sobre una base común. Esto reduce el margen para las decisiones discrecionales o arbitrarias. Los reglamentos que rijan el proceso de selección deben pormenorizar cómo han de formularse y aplicarse esos factores. Las propuestas técnicas para los proyectos de infraestructura con financiación privada se evalúan normalmente con arreglo a los siguientes criterios:

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

b) *Viabilidad operacional*. La organización, los métodos y los procedimientos propuestos para explotar y mantener la instalación terminada deben estar bien definidos, han de ajustarse a las normas de funcionamiento prescritas y hay que demostrar que son funcionales. Cuando sea posible, ha de preverse la transferencia de la tecnología utilizada en cada una de las fases del proyecto;

---

<sup>6</sup> El artículo 32 de la Ley Modelo de la CNUDMI prevé ciertas salvaguardias importantes, concretamente el requisito de que la autoridad adjudicadora no reclame el pago de la garantía de la oferta y devuelva o haga devolver sin demora el título de la garantía tan pronto como se dé la primera de las siguientes circunstancias: a) la expiración de la garantía de la oferta; b) la entrada en vigor del acuerdo sobre el proyecto y la constitución de una garantía de cumplimiento del contrato, si la solicitud de propuestas lo exige; c) la terminación del proceso de selección sin que haya entrado en vigor un acuerdo sobre el proyecto; o d) la retirada de la propuesta antes de haber vencido el plazo para la presentación de propuestas, a menos que en la solicitud de propuestas se disponga que no se permite tal retirada.

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

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

e) *Viabilidad financiera*. Las propuestas técnicas deben demostrar que el plan de financiación propuesto es suficiente para sufragar los costos de la construcción, la explotación y el mantenimiento del proyecto. La autoridad contratante tiene que evaluar si las propuestas de financiación de los ofertantes cubren suficientemente las necesidades del proyecto en materia de costos;

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

85. Además de los criterios para la evaluación técnica de las propuestas, la autoridad contratante necesita definir criterios para evaluar y comparar las propuestas financieras. Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistan principalmente en peajes, tasas u otros pagos de los clientes o usuarios de la infraestructura, la evaluación y la comparación de los elementos financieros de las propuestas definitivas se suelen basar en el valor actualizado de los peajes, tasas, arriendos y otros pagos propuestos durante el período de concesión conforme al diseño mínimo y las normas de funcionamiento prescritos. Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistan principalmente en pagos de la autoridad contratante para amortizar la inversión del concesionario, la evaluación y la comparación de los elementos financieros de las propuestas definitivas se basan normalmente en el valor actualizado del calendario de pagos de amortización propuesto para que la instalación se construya conforme al diseño mínimo y las normas de funcionamiento, planes y especificaciones prescritos. No obstante, la evaluación por la autoridad contratante de los elementos financieros de las propuestas definitivas no debe limitarse a una comparación de los precios unitarios ofrecidos para la producción prevista. A fin de ponderar adecuadamente la viabilidad financiera de las propuestas y la probabilidad de posteriores aumentos de los precios propuestos, puede que hayan de tenerse en cuenta otros criterios más, como los costos de las actividades de diseño y construcción; los costos anuales de explotación y mantenimiento; el valor actualizado de los costos de capital y de explotación; y la cuantía de la subvención, de haberla, que se espera recibir del Gobierno.

86. La evaluación de las propuestas financieras varía en forma y complejidad según la manera en que se realice la participación privada que se busca. En algunos casos, la propuesta financiera puede abarcar el costo de la financiación ofrecida por los ofertantes; en este caso debe definirse en la solicitud de propuestas la necesidad de financiación y la manera cómo se considerará en la evaluación de éstas. Al establecer los criterios para la evaluación de las propuestas financieras, es importante que la autoridad contratante examine cuidadosamente la importancia relativa como criterio de evaluación del precio unitario propuesto de la producción prevista. Aunque el precio unitario es un factor importante para cerciorarse de la objetividad y la transparencia de la elección entre propuestas igualmente satisfactorias, es necesario observar que la noción de “precio” no tiene comúnmente el mismo valor para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada que en la contratación de bienes y servicios. En realidad, la remuneración del concesionario es a menudo el resultado combinado de las tasas pagadas por los usuarios, las fuentes secundarias de ingresos y las subvenciones o pagos directos de la entidad pública que adjudica el contrato. En consecuencia, si bien el precio unitario de la producción prevista conserva su papel como elemento importante para comparar las propuestas, no siempre se considera el factor más importante.

## 6. Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas

87. Debe requerirse que las propuestas se presenten por escrito, firmadas y en sobre sellado. Las propuestas recibidas por la autoridad contratante después de vencido el plazo para la presentación no han de ser abiertas y deben devolverse al ofertante que las presentó.

88. Con la finalidad de garantizar la transparencia, las leyes nacionales prescriben a menudo procedimientos formales para la apertura de las propuestas, por lo común en un momento anteriormente especificado en la solicitud de propuestas, y exigen que la autoridad contratante permita a los ofertantes que hayan presentado propuestas, o sus representantes, asistir a la apertura de las propuestas. Ese requisito contribuye a reducir al mínimo el riesgo de que las propuestas puedan ser modificadas o que de otro modo se manipulen, y representa una importante garantía de la integridad de los procedimientos.

89. Vista la complejidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada y la diversidad de los criterios de evaluación normalmente aplicados en la adjudicación del proyecto, en algunos países se pide a los ofertantes que formulen y presenten sus propuestas técnicas y financieras en dos sobres distintos. El sistema de los dos sobres se utiliza alguna vez porque permite a la autoridad contratante evaluar la calidad técnica de las propuestas sin verse influenciada por sus componentes financieros. Sin embargo, se ha criticado el método como contrario al objetivo de hacer economías en la adjudicación de contratos públicos. En particular se ha dicho que constituye un riesgo el que, al seleccionar inicialmente las propuestas sólo sobre la base del mérito técnico y sin hacer referencia al precio, una autoridad contratante puede sentirse tentada a escoger, al abrir el primer sobre, propuestas que ofrezcan obras técnicamente superiores y rechazar propuestas con soluciones menos perfeccionadas que satisfacen no obstante las necesidades de la autoridad contratante a un costo general inferior. Las instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial, no aceptan el sistema de los dos sobres para los proyectos que financian, por la preocupación de que el sistema da lugar a un nivel más elevado de discrecionalidad en la evaluación de las propuestas y hace más difícil compararlas de manera objetiva.

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

91. Además de decidir si se utiliza el sistema de los dos sobres o el de evaluación en dos etapas, es importante que la autoridad contratante revele el peso relativo que se asignará a cada criterio de evaluación y la manera como se aplicará en la evaluación de las propuestas. Cabe utilizar dos enfoques posibles para alcanzar un equilibrio adecuado entre los aspectos financieros y técnicos de las propuestas. Un enfoque posible es considerar más ventajosa la propuesta que obtiene la calificación combinada más alta respecto de los criterios de evaluación referentes al precio y los de otro orden. Otra posibilidad es que el precio propuesto de la producción (p.ej. la tarifa de agua o electricidad, la cuantía de los peajes) sea el factor decisivo para determinar

la propuesta vencedora entre las adecuadas (es decir, las que han pasado el umbral con respecto a la calidad de los aspectos técnicos). En cualquier caso, a fin de promover la transparencia del proceso de selección y evitar uso impropio de los criterios de evaluación distintos del precio, es aconsejable pedir al comité de adjudicación que proporcione una justificación por escrito de sus razones para seleccionar a una propuesta distinta de la que ofrezca el precio unitario inferior de la producción.

## **7. Negociaciones finales**

92. La autoridad contratante debe clasificar todas las propuestas conformes sobre la base de los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas y convocar a una negociación final del acuerdo de proyecto al ofertante que haya obtenido la calificación más alta o, en su caso, al que haya ofrecido el precio más bajo para el producto entre todos los consorcios que hayan superado el nivel mínimo en los aspectos técnicos. Las negociaciones finales deben circunscribirse a fijar los últimos detalles de la documentación de la operación y satisfacer las peticiones razonables de los prestamistas del ofertante elegido. Un problema particular que se plantea a las autoridades adjudicadoras es el peligro de que en las negociaciones con el ofertante seleccionado se produzcan presiones para enmendar, en detrimento de la administración pública o de los consumidores, el precio o el reparto de riesgos inicialmente previstos en la propuesta. No deben permitirse cambios de los elementos esenciales de la propuesta, ya que pueden desvirtuar los parámetros conforme a los cuales se presentaron y calificaron las propuestas. Así pues, las negociaciones que se lleven a cabo en esta etapa no pueden versar sobre las condiciones del contrato que en la solicitud final de propuestas no se consideraban negociables. El riesgo de reabrir las condiciones comerciales en esta etapa tardía podría reducirse aún más insistiendo en que los prestamistas del ofertante seleccionado manifestasen su conformidad con la asignación de riesgos contenida en su oferta en una etapa en la que hubiese competencia entre ofertantes (véase el párr. 78). Los asesores financieros de la autoridad contratante podrían contribuir a este proceso avisando si las propuestas de los ofertantes son realistas y qué niveles de compromiso financiero son apropiados para cada etapa. El proceso mismo de alcanzar un acuerdo financiero puede tomar mucho tiempo.

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

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

94. Los acuerdos de proyecto contienen a menudo disposiciones que interesan directamente no sólo a la autoridad contratante y al concesionario sino también a otras partes que podrían tener un interés legítimo en ser informadas de ciertos elementos esenciales del proyecto. Así ocurre especialmente con los proyectos en que se presta un servicio directamente al público en general. Por razones de transparencia, puede ser aconsejable establecer procedimientos para dar a conocer las cláusulas del acuerdo sobre el proyecto que sean de interés público. Un posible procedimiento puede consistir en requerir a la autoridad contratante que publique un aviso de la adjudicación del proyecto en el que figuren, entre otras cosas, los siguientes elementos: a) el nombre del concesionario; b) los anexos y documentos adjuntos que formen parte del acuerdo; c) una descripción de las obras que realizará y los servicios que prestará el concesionario; d) la duración de la concesión; e) la estructura de las tarifas; f) los derechos y obligaciones del concesionario y las garantías que debe aportar; g) los derechos de supervisión de la autoridad contratante y los recursos en caso de incumplimiento del acuerdo sobre el proyecto; h) las obligaciones de la administración pública, concretamente los eventuales pagos, subsidios o

compensaciones que haya ofrecido esa administración; e i) toda otra cláusula esencial del acuerdo sobre el proyecto que se prevea en la solicitud de propuestas. Cuando se recurra a ese sistema es importante velar por la coherencia entre el aviso de la adjudicación y el acuerdo sobre el proyecto.

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

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

96. En esos ordenamientos jurídicos, la administración pública generalmente puede elegir entre varios procedimientos de adjudicación de contratos públicos para la adquisición de bienes o servicios. Por regla general, esos procedimientos contienen requisitos de publicidad, competencia y la aplicación estricta de criterios de adjudicación preestablecidos. El procedimiento más común es el método de la licitación, en el que el contrato se asigna al licitante que ofrece precio inferior. Si bien existen también procedimientos menos rígidos, como la solicitud de propuestas, que permiten tener presentes otros elementos además del precio (p. ej., el costo de explotación, el mérito técnico y el momento de terminación propuesto), sólo se recurre a negociaciones en circunstancias excepcionales. Pero esos países aplican diferentes procedimientos para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación. Dada la naturaleza muy particular de los servicios requeridos (p. ej., complejidad, cuantía de las inversiones y momento de terminación), los procedimientos utilizados hacen hincapié en la libertad de la autoridad contratante para elegir al operador que más se adecúe a sus necesidades, en lo que se refiere a la calificación profesional, la fortaleza financiera, la capacidad de asegurar la continuidad del servicio, la igualdad de tratamiento de los usuarios o la calidad de la propuesta. En contraste con los procedimientos de selección competitiva a que se recurre generalmente para la adjudicación de contratos públicos, que a veces pueden parecer excesivamente rígidos, la selección por negociación directa se caracteriza por un alto grado de flexibilidad en cuanto a los procedimientos empleados y la discrecionalidad por parte de la autoridad contratante. Sin embargo, libertad de negociación no significa elección arbitraria y las leyes de esos países prevén procedimientos para garantizar la transparencia y la equidad en el curso del proceso de selección.

97. En otros países, donde en circunstancias normales la licitación es la regla para la adjudicación de contratos públicos, la directrices dadas a las autoridades adjudicadoras aconsejan recurrir siempre que sea posible a negociaciones directas para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. La razón por la cual en esos países se fomentan las negociaciones es la siguiente: al negociar con los ofertantes, la administración pública no está obligada a cumplir requisitos o especificaciones rígidas previamente determinados y tiene más flexibilidad para aprovechar las propuestas innovadoras o de otra índole que presenten los ofertantes durante el proceso de selección, así como para modificar y ajustar sus propios requisitos en caso de que durante las negociaciones se formulen opciones de mayor interés para atender las necesidades de infraestructura.

98. En general, los métodos negociados ofrecen un alto grado de flexibilidad que algunos países pueden considerar beneficioso a la hora de seleccionar el concesionario. Sin embargo, los métodos negociados pueden tener una serie de desventajas que pueden restarles idoneidad como métodos principales de selección en algunos países. Dado el alto grado de flexibilidad y discrecionalidad que se concede a la autoridad contratante, los métodos negociados requieren personal altamente especializado y con experiencia suficiente en la negociación de proyectos complejos. También requieren un equipo de negociación bien estructurado, claras competencias y un alto nivel de coordinación y cooperación entre todas las oficinas pertinentes. Así pues, las negociaciones para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada tal vez no representen una opción

viable para los países que tradicionalmente no recurren a esos métodos para la adjudicación de grandes contratos estatales. Otro inconveniente de los métodos negociados es que no siempre garantizan el nivel de transparencia y objetividad que puede lograrse con métodos competitivos más estructurados. En algunos países puede preocupar la posibilidad de que el mayor grado de discrecionalidad en los métodos negociados entrañe mayores riesgos de prácticas abusivas o de corrupción. A la luz de lo antes expuesto, el país anfitrión tal vez desee prescribir la utilización de procedimientos de métodos de selección competitiva como norma para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada y reservar las negociaciones directas sólo para casos excepcionales.

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

99. Por razones de transparencia y para garantizar la disciplina en la adjudicación de proyectos, puede resultar generalmente conveniente que la legislación defina las circunstancias en que cabe recurrir a negociaciones directas. Esas circunstancias pueden ser las siguientes:

a) cuando haya urgente necesidad de prestar el servicio de inmediato y cuando no resulte práctico iniciar un procedimiento competitivo de selección competitiva, siempre y cuando la autoridad contratante no haya podido prever las circunstancias que dieron lugar a la urgencia y esas circunstancias no sean fruto de su propia conducta dilatoria. Esa autorización excepcional puede necesitarse, por ejemplo en casos de interrupción en la prestación de un servicio dado o cuando un concesionario deja de prestar el servicio conforme a normas aceptables o cuando la autoridad contratante rescinde el acuerdo de proyecto en circunstancias en que emprender un procedimiento de selección competitiva sería poco práctico en vista de la necesidad urgente de asegurar la continuidad del servicio;

b) en el caso de proyectos de corta duración y con una inversión inicial prevista cuyo valor no exceda de una suma baja especificada;

c) razones de defensa nacional;

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

e) falta de personal experimentado o de una estructura administrativa suficiente para aplicar procedimientos de selección competitiva.

100. Además, una vez iniciado un proceso competitivo de selección, pueden darse situaciones en que la autoridad contratante prefiera cambiar de método de selección y recurrir a negociaciones directas. Así puede ocurrir particularmente cuando se ha publicado una convocatoria a procedimientos de preselección o una solicitud de propuestas pero no se han recibido candidaturas ni propuestas o cuando la autoridad contratante ha rechazado todas las propuestas, y cuando, a juicio de esta autoridad, es improbable que con una nueva solicitud de propuestas se llegue a adjudicar el proyecto. En tal caso, la autoridad puede preferir emprender negociaciones con los ofertantes que han presentado propuestas conformes, en vez de tener que rechazar todas las propuestas e iniciar otro proceso con resultados posiblemente inciertos.

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

101. Los procedimientos que habrán de seguirse en el proceso de negociación para la adjudicación de un contrato se suelen caracterizar por un grado de flexibilidad más elevado que los procedimientos que han de seguirse en los demás métodos de contratación. Hay pocas reglas y procedimientos que se ocupen de la negociación y concertación de un contrato entre las partes. En algunos países, las leyes sobre la contratación

pública otorgan a las autoridades contratantes una libertad prácticamente total para que dirijan las negociaciones como juzguen oportuno. Las leyes de otros países señalan un marco procedimental para esa negociación con la finalidad de asegurar la equidad y objetividad y fomentar la competencia alentando la participación de un mayor número de ofertantes. Las disposiciones relativas al procedimiento de selección por vía de negociación se ocupan de diversas cuestiones que más adelante se examinan, en particular los requisitos para la aprobación de la decisión de la entidad contratante de seleccionar al concesionario por vía de negociación, la selección de las partes en la negociación, los criterios que se han de utilizar para comparar y evaluar las ofertas y la elaboración de un expediente de los procedimientos de selección.

#### **a) Aprobación**

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

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

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

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

105. En algunos países, los requisitos de notificación no serán aplicables si la entidad contratante recurre a la negociación a raíz de un proceso de licitación infructuoso (véase el párrafo 100), si se invita a todos los contratistas o proveedores idóneos a participar en las negociaciones o si no se recibió ninguna oferta.

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

106. Otra medida útil para aumentar la transparencia y la eficacia de las negociaciones directas consiste en establecer criterios generales que las propuestas deben satisfacer (p. ej., objetivos generales de rendimiento, especificaciones de producción), así como criterios para comparar y evaluar las ofertas durante el proceso de negociación y para seleccionar al concesionario triunfante (p. ej., el mérito técnico de una oferta, las tarifas,

los costos de explotación y mantenimiento, el efecto de las condiciones contractuales sobre el concesionario, y la rentabilidad y las posibilidades de desarrollo del acuerdo de proyecto). La autoridad contratante debe determinar cuáles son las propuestas que parecen satisfacer esos criterios e iniciar conversaciones con el autor de cada una de ellas a fin de afinar y mejorar la propuesta hasta el punto en que resulte satisfactoria para autoridad contratante. No se tiene en cuenta en esas conversaciones el precio de cada propuesta. Cuando se hayan finalizado las propuestas, puede ser aconsejable que la autoridad contratante procure obtener una oferta mejor y definitiva sobre la base de las propuestas aclaradas. Es recomendable que los ofertantes acompañen a su oferta definitiva pruebas de que la asignación de riesgos incorporada a la oferta sería aceptable para sus propuestos prestamistas. Cabe entonces elegir entre las ofertas mejores y definitivas recibidas el ofertante preferido. El proyecto se adjudicaría luego a la parte que ofreciese la propuesta “más económica” o “más ventajosa”. Se recomienda que se exprese en la invitación a negociar la intención de la autoridad contratante de procurar o no obtener una oferta mejor y definitiva.

#### **d) Expediente del procedimiento de selección**

107. Ha de exigirse a la entidad contratante que abra un expediente de los procedimientos de selección. El expediente debe contener información relativa a las circunstancias que obligaron a recurrir a la negociación, los contratistas o proveedores invitados a negociar, contratistas o proveedores que solicitaron participar y los excluidos de la negociación, junto con los motivos que existían para su exclusión.

### **E. Propuestas no solicitadas**

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

109. La principal cuestión que plantean las propuestas no solicitadas es si resulta o no aconsejable autorizar a la autoridad contratante a negociarlas directamente con el ofertante o si deben, también ellas, adjudicarse de conformidad con los procedimientos generalmente aplicables.

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

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

111. Al mismo tiempo, no obstante, la asignación de proyectos a raíz de propuestas no solicitadas y sin competencia de otros ofertantes puede exponer a la autoridad pública a una severa crítica, en particular en casos en que se trata de concesiones exclusivas. Además, los posibles prestamistas, incluidas las instituciones

financieras multilaterales y bilaterales, pueden hallar dificultades en prestar u otorgar garantías para proyectos que no han sido objeto de procedimientos de selección competitiva. Pueden temer que futuros gobiernos impugnen o cancelen la concesión (p. ej., porque puede posteriormente estimarse que la adjudicación del proyecto se ha debido al favoritismo o porque el procedimiento no ofrecía parámetros objetivos para comparar precios, elementos técnicos y la eficacia general del proyecto) o que lo impugnen judicial o políticamente otras partes interesadas, como clientes disconformes con un aumento de tarifas o empresas competidoras que aleguen una exclusión injusta de un procedimiento de selección competitiva.

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

**a) Propuestas no solicitadas que se pretende entrañan la utilización de nuevos conceptos o tecnologías para atender a las necesidades de la autoridad contratante en materia de infraestructura**

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

114. Los intereses legítimos de la autoridad contratante pueden también asegurarse mediante procedimientos de selección competitiva adecuadamente modificados, en lugar de un conjunto especial de normas para tramitar las propuestas no solicitadas. Por ejemplo, si la autoridad contratante utiliza procedimientos de selección que hacen hincapié en la producción que se espera del proyecto, sin ser preceptiva acerca de la manera en la que ésta se ha de alcanzar (véanse los párrs. 71 y 72), los ofertantes pueden tener flexibilidad suficiente para ofrecer los procesos o métodos de su propiedad. En esa situación, el hecho de que cada uno de los ofertantes tenga sus propios procesos o métodos no presentará ningún obstáculo a la competencia, siempre que todos los métodos propuestos sean técnicamente capaces de generar el producto esperado por la autoridad contratante.

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

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

117. En ese caso, sería adecuado autorizar a la autoridad contratante a negociar directamente la ejecución del proyecto con el proponente de la propuesta no solicitada. La dificultad radicaría, desde luego, en cómo comprobar, con el grado necesario de objetividad y transparencia, que no existen solución alternativa ni sustituto razonables para el método o la tecnología considerados en la propuesta no solicitada. Con tal fin, es aconsejable que la autoridad contratante fije procedimientos para obtener elementos de comparación respecto de propuestas de ese tipo.

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

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

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

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

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

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

121. Otra condición para examinar una propuesta no solicitada es que deba relacionarse con un proyecto para el cual la autoridad contratante no haya iniciado o anunciado procedimientos de selección. La justificación para tramitar una propuesta no solicitada sin emplear un procedimiento de selección competitiva es dar un

incentivo al sector privado para concretar necesidades de infraestructura nuevas o no previstas, o formular propuestas innovadoras para satisfacer esas necesidades. Esta justificación puede dejar de ser válida cuando el proyecto ya ha sido concretado por las autoridades del país anfitrión y el sector privado se limita a proponer una solución técnica diferente de la prevista por la autoridad contratante. En tal caso, ésta puede aún aprovechar las soluciones innovadoras aplicando un procedimiento de selección en dos etapas o invitando a presentar propuestas alternativas dentro de los procedimientos de selección originalmente previstos (véanse los párrs. 60 a 84). No obstante, no sería compatible con el principio de la equidad en la adjudicación de contratos públicos considerar propuestas no solicitadas fuera de los procedimientos de selección ya iniciados o anunciados.

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

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

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

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

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

125. Si la autoridad contratante, tras examinar una propuesta no solicitada, decide que es de interés público seguir adelante con el proyecto, pero su ejecución es posible sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre los cuales el proponente o sus asociados tengan derechos exclusivos, hay que exigir a la autoridad contratante que adjudique el proyecto utilizando los procedimientos normalmente requeridos para la adjudicación del proyecto de infraestructura con financiación privada, como, por ejemplo, los procedimientos de selección competitiva descritos en esta *Guía* (véanse los párrs. 39 a 94). Sin embargo,

los procedimientos de selección pueden presentar ciertos rasgos especiales con el fin de proporcionar un incentivo a la presentación de propuestas no solicitadas. Estos incentivos pueden consistir en las siguientes medidas:

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

b) debe darse al ofertante original algún género de premio por presentar la propuesta. En algunos países, el premio adopta la forma de un margen de preferencia sobre la calificación final (es decir, cierto porcentaje por encima de la calificación final combinada obtenida por esa empresa respecto de los criterios de evaluación relacionados o no con el precio). La posible dificultad de ese sistema es el riesgo de fijar el margen de preferencia tan alto que desaliente ofertas competidoras atendibles, con el resultado de que se reciba un proyecto de menor valor a cambio de la preferencia dada al proponente innovador. Las formas de incentivos pueden ser el reembolso, en todo o en parte, de los costos ocasionados al proponente original en la preparación de la propuesta no solicitada. Con fines de transparencia, esos incentivos deben anunciarse en la solicitud de propuestas.

126. A pesar de los incentivos que puedan darse, debe requerirse en general del autor de la propuesta no solicitada que satisfaga sustancialmente los mismos criterios de calificación que se requerirían de los ofertantes que participasen en el procedimiento de selección competitiva (véanse los párrs. 43 a 46).

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

127. Si resultase que los aspectos innovadores de la propuesta son tales que no sería posible ejecutar el proyecto sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre los cuales el proponente o sus asociados tienen derechos exclusivos, en los planos mundial o regional, puede ser útil que la autoridad contratante confirme la evaluación preliminar aplicando un procedimiento para obtener elementos de comparación respecto de la propuesta no solicitada. Ese procedimiento puede consistir en la publicación de un resumen de las condiciones más importantes de la propuesta, con una invitación a otras partes interesadas a que presenten propuestas alternativas o comparables dentro de cierto plazo. El plazo debe estar en proporción con la complejidad del proyecto y dar a los posibles competidores tiempo suficiente para formular sus propuestas. Este puede ser un factor decisivo para obtener propuestas alternativas, por ejemplo, si los ofertantes deben efectuar investigaciones geológicas detalladas bajo la superficie que pueda haber llevado a cabo a lo largo de muchos meses el proponente original, quien desearía que las conclusiones geológicas permaneciesen secretas.

128. La invitación a presentar propuestas comparativas o competitivas ha de publicarse con una frecuencia mínima (por ejemplo, una vez a la semana durante tres semanas) en, por lo menos, un periódico de circulación general. Debe indicar el momento y el lugar en que se pueden obtener los documentos de licitación y especificar el plazo durante el cual se recibirán propuestas. Es importante que la autoridad contratante proteja los derechos de propiedad intelectual del proponente original y vele por la confidencialidad de la información de propiedad recibida con la propuesta no solicitada. Esa información no debe formar parte de los documentos de licitación. Hay que exigir al proponente original y a toda otra empresa que desee presentar una propuesta alternativa que ofrezca una garantía de la oferta (véanse los párrs. 81 y 82). Cabe entonces aplicar dos posibles criterios, según las respuestas recibidas como consecuencia de la invitación:

a) si no se reciben propuestas alternativas, la autoridad contratante puede razonablemente concluir que no hay alternativa ni sustituto razonable del método o la tecnología considerados en la propuesta no solicitada.

Esta conclusión de la autoridad contratante debe ser convenientemente registrada y se puede autorizar a la autoridad a que inicie negociaciones directas con el proponente original. Quizá sea conveniente exigir que la decisión de la autoridad contratante sea examinada y aprobada por la misma autoridad cuya aprobación se requeriría normalmente para que la autoridad contratante seleccionase a un concesionario mediante negociación directa (véase el párr. 102);

b) si se presentan propuestas alternativas, la autoridad contratante tiene que invitar a todos los proponentes a negociaciones competitivas con miras a determinar cuál es la propuesta más ventajosa para llevar a cabo el proyecto (véanse los párrs. 103 a 105). En el caso de que la autoridad contratante reciba un número suficientemente grande de propuestas alternativas que parezcan en principio satisfacer sus necesidades en materia de infraestructura, puede haber la posibilidad de iniciar procedimientos completos de selección competitiva, a reserva de los incentivos que se hayan dado al autor de la propuesta original (véase el apartado b) del párr. 125).

## **F. Procedimientos de revisión**

129. Una salvaguardia importante de la buena observancia de las normas que rigen el procedimiento de selección es que los ofertantes puedan interponer recurso contra las medidas adoptadas por la entidad contratante en contravención de dichas normas. En diferentes ordenamientos jurídicos y regímenes administrativos existen diversos recursos y procedimientos estrechamente vinculados con la cuestión del reexamen de los actos de la administración pública. Lo importante es que, sea cual sea la forma exacta de los procedimientos de reexamen, debe darse oportunidad suficiente y arbitrar procedimientos eficaces a ese efecto. El capítulo VI de la Ley Modelo de la CNUDMI contiene elementos para el establecimiento de un sistema adecuado de revisión.

130. Unas vías de recursos apropiadas han de comenzar por reconocer el derecho de los proveedores y contratistas a recurrir. En primer lugar, se podrá recurrir ante la propia entidad contratante, especialmente cuando el proyecto no haya sido aún adjudicado. Esto puede fomentar la economía y la eficiencia, ya que muy a menudo, especialmente de no haberse adjudicado aún el contrato, la entidad contratante no tiene inconveniente en corregir ciertos errores de procedimiento, de los que tal vez ni siquiera se haya dado cuenta. Puede asimismo ser útil prever un recurso por la vía administrativa jerárquica de ser ello conforme a la normativa constitucional, judicial y administrativa del país. Por último, la mayoría de los regímenes de contratación pública reconocen el derecho a recurrir por la vía judicial, que quedar abierto igualmente respecto de la adjudicación de proyectos de infraestructura.

131. Para conseguir un equilibrio viable entre la necesidad, por una parte, de defender los derechos de los ofertantes y la regularidad del proceso de selección, y la necesidad, por otra, de evitar todo entorpecimiento del proceso de selección, las legislaciones nacionales imponen cierto número de restricciones a las vías de recurso que establecen. Figuran entre ellas: limitar a los ofertantes inclusive el derecho a interponer recurso; plazos para la interposición de solicitudes de revisión y para su tramitación, inclusive la eventual suspensión de procedimiento de selección que quepa aplicar en la etapa administrativa del recurso; excluir de las vías de recurso cierto número de decisiones que se dejan a la discreción de la entidad contratante por no afectar directamente al trato acordado a los ofertantes.

132. En la mayoría de los Estados existen mecanismos y procedimientos que permiten recurrir contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas. En algunos Estados, se han establecido esas vías de recurso en especial para las controversias que puedan surgir en el marco de la contratación llevada a cabo por dichos órganos y entidades. En otros, esas controversias deberán ser resueltas por la vía del recurso ordinaria contra los actos administrativos. Algunos aspectos importantes de las vías de recurso, por ejemplo,

la instancia ante la que habrá de presentarse el recurso y la reparación que pueda ser otorgada, están relacionados con aspectos conceptuales y estructurales básicos del ordenamiento jurídico y del régimen administrativo de cada país. En muchos ordenamientos jurídicos se ha previsto que el recurso contra los actos de los órganos administrativo y demás entidades públicas se ha de presentar ante la instancia administrativa que goce de autoridad o ejerza control jerárquico sobre la entidad adjudicadora (denominado en adelante “recurso administrativo jerárquico”). En los países en cuyo ordenamiento existe un recurso administrativo jerárquico, la determinación del órgano o autoridad que ha de entender de los recursos contra los actos de determinado órgano o entidad depende en gran medida de la estructura administrativa de ese Estado. En el campo de la contratación pública en general, por ejemplo, en algunos Estados, deberá interponerse el recurso ante el órgano que ejerce la supervisión y el control general sobre la contratación en ese Estado (por ejemplo, una junta central de contratación); en otros Estados, la función de reexamen incumbe al órgano encargado de la supervisión y el control financiero de las operaciones gubernamentales y de la administración. En algunos Estados, la función de revisión respecto de tipos particulares de casos en que participen órganos administrativos u otras entidades públicas la desempeñan órganos administrativos especializados independientes cuya competencia se califica de “quasi judicial”. Esos órganos no se consideran, no obstante, en esos Estados tribunales dentro del sistema judicial.

133. En muchos ordenamientos jurídicos se ha previsto un recurso por la vía judicial contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas. En varios de esos ordenamientos esa vía judicial existe como complemento del recurso por la vía administrativa, mientras que en otros sólo se ha previsto la vía judicial. Algunos ordenamientos jurídicos han previsto únicamente la vía administrativa y no la judicial. En algunos ordenamientos en los que se han previsto ambas vías de recurso, no podrá presentarse recurso por la vía judicial hasta no haber agotado la vía administrativa; en otros ordenamientos se podrá optar desde un comienzo por una u otra vía.

### **G. Expediente del proceso de selección**

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

135. El expediente que debe llevar la autoridad contratante debe tener ante todo, según corresponda, la información general relativa al proceso de selección que generalmente debe registrarse en la contratación pública (por ejemplo, la información enumerada en el artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI), concretamente:

- a) una descripción del proyecto respecto del cual la autoridad contratante haya solicitado propuestas;
- b) los nombres y direcciones de las compañías que participan en consorcios ofertantes y el nombre y la dirección de los miembros del ofertante con el que se haya formalizado el acuerdo sobre el proyecto;
- c) información relativa a las calificaciones de que dispongan o carezcan los ofertantes; una reseña de la evaluación y la comparación de las propuestas, inclusive la aplicación de un margen de preferencia;
- d) el precio, o la base para determinar el precio, y una reseña de las otras cláusulas importantes de las propuestas y del acuerdo sobre el proyecto;

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

f) de haber sido rechazadas todas las propuestas, una declaración en tal sentido y los motivos por los que fueron rechazadas.

136. Además de la información arriba mencionada, puede ser útil requerir a la autoridad contratante que consigne la siguiente información en el expediente del proceso de selección:

a) una reseña de las conclusiones de los estudios preliminares de viabilidad encargados por la autoridad contratante y una reseña de las conclusiones de los estudios de viabilidad presentados por los ofertantes calificados;

b) la lista de los ofertantes preseleccionados,

c) si posteriormente se admiten modificaciones de la composición de los ofertantes preseleccionados, una declaración en la que se expongan los motivos por los que se autorizan esos cambios y una reseña de las calificaciones de los nuevos miembros o de los miembros admitidos en los consorcios pertinentes;

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

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

137. En los procesos de selección con negociaciones directas (véanse los párrafos 95 a 107) puede ser útil incluir en el expediente del proceso de selección la siguiente información:

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

b) el nombre y la dirección de la compañía o de las compañías invitadas a participar en esas negociaciones;

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

138. Para los procesos de selección emprendidos a raíz de propuestas no solicitadas (véanse los párrs. 108 a 128), puede ser útil hacer constar, además de la antes mencionada en el expediente del procesamiento de selección la siguiente información:

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

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

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

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

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

\* \* \*