



Asamblea General

Distr. limitada
7 de febrero de 2011
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
20º período de sesiones
Nueva York, 14 a 18 de marzo de 2011

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

Nota de la Secretaría

Adición

La presente adición contiene el texto propuesto para la parte de la Guía que acompañará a los artículos de los capítulos II y V de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública relativos al método de la solicitud de propuestas con diálogo, que cabrá emplear para la adjudicación de contratos.

* Este documento ha sido presentado con menos de 10 semanas de antelación a la apertura del período de sesiones debido a la necesidad de concluir las consultas oficiosas entre períodos de sesiones sobre las disposiciones pertinentes del proyecto de revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno.



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

Parte II. Comentario, artículo por artículo, de la Ley Modelo

[Para facilitar su consulta, la presente adición consolida el texto propuesto para el comentario, artículo por artículo, de las diversas disposiciones por las que la Ley Modelo regula la solicitud de propuestas con diálogo]

...

Texto propuesto para el comentario de la Guía para la incorporación al derecho interno de la versión revisada de la Ley Modelo, que acompañará a los textos de la Ley Modelo relativos al método de la solicitud de propuestas con diálogo

1. Condiciones de empleo

Texto de la Ley Modelo relativo a las condiciones de empleo:

“Artículo 29. Condiciones de empleo de los métodos de contratación previstos en el capítulo V de la presente Ley (... solicitud de propuestas con diálogo...)

2) La entidad adjudicadora podrá (con la aprobación del [nombre del órgano competente que el Estado promulgante designe para dar esa aprobación]), recurrir a la contratación mediante una solicitud de propuestas con diálogo de conformidad con el artículo 48 de la presente Ley:

a) Cuando la entidad adjudicadora no esté en condiciones de hacer una descripción detallada del objeto de la contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la presente Ley¹ y determine que es necesario un diálogo con los proveedores o contratistas para obtener la solución más satisfactoria de sus necesidades de contratación;

¹ El Grupo de Trabajo tal vez desee corregir la inexactitud descubierta, en esta condición del apartado a), durante las consultas periciales destinadas a preparar la orientación que se deseaba impartir en la Guía acerca de este método de contratación. Sucede que en el párr. 1) del art. 10 no se exige que la descripción, que se ha de dar en el pliego de condiciones, del objeto del contrato adjudicable goce de cierto grado de detalle, mientras que el párr. 4) de ese mismo artículo enuncia los requisitos de dicha “descripción” sin referirse a su grado de detalle. Tal vez proceda, por ello, hablar de una “descripción completa” en el apartado 2 a) del art. 29, y formular los párrs. 1) y 4) del art. 10 en términos que exijan una descripción completa del objeto del contrato adjudicable que cumpla con los requisitos mínimos exigibles, según el párr. 4), de la descripción que ha de darse del objeto del contrato en el pliego de condiciones.

b) Cuando la entidad adjudicadora desee firmar un contrato para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, salvo que en el contrato se haya previsto la producción de bienes en cantidad suficiente para asegurar su viabilidad comercial o para amortizar los gastos de investigación y desarrollo;

c) Cuando la entidad adjudicadora determine que el método de contratación seleccionado sea el más apto para la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado; o

d) En casos en que se haya convocado una licitación abierta sin que se hayan presentado ofertas o cuando la entidad adjudicadora haya cancelado esa licitación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18 1) de la presente Ley y cuando no sea probable, a juicio de la entidad adjudicadora, que una nueva convocatoria a licitación o la elección de uno de los métodos de contratación previstos en el capítulo IV de la presente Ley permita adjudicar un contrato.”

Texto propuesto para la Guía

1. El párrafo 2) de este artículo enuncia las condiciones que han de darse para que sea oportuno recurrir a este método de contratación, denominado solicitud de propuestas con diálogo, que fue concebido para la contratación de bienes, obras o servicios relativamente complejos. Al igual que sucede con los demás métodos de contratación previstos en la Ley Modelo, este método no está destinado para cierto tipo de contratación únicamente (ya sea de bienes, de obras o de servicios). Al igual que sucede también respecto de los demás métodos de contratación, siempre que se den las condiciones exigibles para su empleo, la entidad adjudicadora podrá seleccionar este método cuando estime que es el que mejor se adapta a las circunstancias de la contratación. El artículo 27 (donde se enuncian las reglas generales aplicables a la selección de un método de contratación, cuyo comentario puede consultarse en...), el párrafo 2) de este artículo, en el que se enuncian las condiciones que han de darse para el empleo de este método de contratación, y los trámites peculiares que habrán de seguirse (enunciados en el art. 48) al adjudicar un contrato por este método, constituyen el marco jurídico que orientará a la entidad adjudicadora al ir a adoptar su decisión a este respecto.

2. El método en sí consta de dos etapas. En la primera, la entidad adjudicadora emite una solicitud en donde describe sus necesidades para que sirvan de guía a los proveedores en la preparación de sus propuestas. Cabrá expresar esas necesidades en función del producto o de los resultados que se desee obtener, pero deberán darse los parámetros o requisitos técnicos mínimos del objeto de la contratación. La segunda etapa (el diálogo) la destinará, la entidad adjudicadora, a facilitar a los concursantes, mediante el diálogo, una comprensión más cabal o perfilada de sus necesidades, previamente esbozadas en la solicitud de propuestas. Al concluirse el diálogo, cada concursante deberá presentar su mejor oferta definitiva que satisfaga las necesidades de la entidad adjudicadora, perfiladas durante el diálogo. Esas ofertas podrán ser similares en algunos aspectos y notablemente distintas en otros, particularmente en lo concerniente a las soluciones técnicas, lo que permitirá que la entidad adjudicadora compare las soluciones técnicas propuestas en las distintas ofertas para determinar cual es la oferta que mejor responde a sus necesidades. En contraste con la licitación en dos etapas (método con similitudes procesales pero con rasgos sustantivos distintos), este método no obliga a la entidad

adjudicadora a ser ella la que complete la descripción técnica del objeto del contrato.

3. Métodos que prevén este tipo de diálogo esclarecedor han dado muy buen resultado en la adjudicación de obras o servicios de índole compleja, en la que la apertura de negociaciones esclarecedoras con un amplio de la sector comercial de la oferta hubiera resultado costoso, mientras que dialogar al respecto con un reducido grupo de concursantes podía reportar ventajas económicas evidentes. Este método da resultado, por ejemplo, en la adjudicación de obras para la construcción de grandes edificios o instalaciones importantes. La complejidad de que se habla aquí pudiera no ser de índole técnica: en proyectos de infraestructura, por ejemplo, la principal variable puede estar en los diversos tipos de obra requeridos o en la ubicación de esas obras en distintos lugares. Este método ha permitido que la entidad adjudicadora obtenga, en tales casos, la mejor solución para sus necesidades.

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

5. El apartado 2 a) de este artículo enuncia las condiciones para lo que se prevé que será la principal aplicación de este método: que la entidad adjudicadora no consiga perfilar una descripción previa completa del objeto de la contratación antes de abrirla, lo que la obligará a entablar una o más fases de diálogo explorador con los proveedores capaces de satisfacer sus necesidades a fin de encontrar una solución aceptable para satisfacerlas. En la práctica, la entidad adjudicadora deberá poder, al menos, describir a grandes rasgos sus necesidades en términos de los requisitos funcionales del producto o del servicio que desee obtener). Esa descripción básica es requerida para poder hacer una planificación adecuada y para facilitar a los proveedores o contratistas los datos técnicos mínimos exigibles, a tenor del artículo 48, para participar fructuosamente en un proceso de contratación.

6. Al igual que la condición del apartado a), la del apartado b) se refiere a un supuesto que reclame una solución diseñada a medida (por ejemplo, un archivo informático para un registro de propiedad intelectual), y en el que la excelencia técnica sea esencial. La tercera condición, enunciada en el apartado c), se refiere al supuesto de que el contrato adjudicable esté al servicio de intereses de defensa nacional. Este supuesto prevé la satisfacción de necesidades de seguridad nacional que requieran el suministro de equipos avanzados, sujetos a los requisitos de seguridad aplicables a la información reservada.

7. El último supuesto previsto, en el apartado d), como condición adecuada para el empleo de este método corresponde a una de las condiciones exigibles para el empleo de la licitación en dos etapas, es decir que se haya convocado, sin éxito, un concurso de licitación abierta. De darse este caso, la entidad adjudicadora deberá analizar los motivos de ese fracaso. De concluir que volver a convocar una licitación abierta o algún otro método previsto en el capítulo IV no daría resultado, tal vez concluya también que el fracaso se debe a que no le es posible formular por adelantado un pliego de condiciones lo bastante preciso para convocar un concurso, ya sea abierto o cerrado. Los motivos de su fracaso inicial deben ayudar a la entidad adjudicadora a seleccionar entre la licitación en dos etapas, con arreglo al apartado 1) b) de este artículo, y la solicitud de propuestas con diálogo, con arreglo al apartado 2) d). Procederá recurrir al método de la solicitud de propuestas con diálogo, si la entidad adjudicadora llega a la conclusión de que tal vez no consiga formular un único juego completo de condiciones del contrato adjudicable, por lo que la contratación no tendrá éxito sin un diálogo con los proveedores o contratistas que le ayude a definirlo.

8. Conviene que todo Estado conozca la práctica acumulada en el empleo de métodos de contratación que recurren a una fase de diálogo del tipo previsto en el método de la solicitud de propuestas con diálogo de la Ley Modelo, así como los beneficios, riesgos y dificultades de este método. Es evidente que este método deja amplio margen discrecional a la entidad adjudicadora que deberá, por ello, poseer suficientes conocimientos técnicos y pericia negociadora para medirse, sin desventaja, con los negociadores profesionales de las empresas concursantes. Aun cuando está previsto que sea el sector de la oferta quien formule las propuestas que respondan a las necesidades descritas a grandes rasgos por la entidad adjudicadora, debe tratar de evitarse que ese sector sea también quien defina por su cuenta esas necesidades.

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

10. Además de imponer ciertas condiciones para poder recurrir a este método, la Ley Modelo prevé la posibilidad de que se exija una aprobación previa externa para su empleo. Todo Estado que declare obligatorio obtener esa aprobación previa, de cierta autoridad facultada para otorgarla, deberá mantener en este párrafo, al promulgar la Ley Modelo, el requisito que figura entre paréntesis en su frase de apertura. [Se trata de un requisito excepcional, dado que la Comisión optó por no exigir, a título de regla general, en la Ley Modelo revisada, la aprobación de un órgano superior para el recurso a un método de contratación (consúltese el comentario sobre este punto en párrs. *supra*.) Se ha previsto, en este caso, una excepción a esa regla a fin de alertar a todo Estado promulgante acerca de la conveniencia de prever un control más severo del empleo de este método por el mayor riesgo que entraña de prácticas abusivas, tal vez difíciles de controlar por otros medios.

11. De promulgarse el párrafo 2) con ese requisito adicional, deberá designarse la autoridad competente para autorizar el empleo de este método, indicando, si procede, toda función supervisora que se desee asignarle sobre el curso de la contratación por ella autorizada. A título de buena práctica administrativa, dicha autoridad deberá poder cumplir su cometido con total independencia de la entidad adjudicadora y deberá estar facultada para prohibir el recurso al método de la solicitud de propuestas con diálogo, si estima que la entidad adjudicadora carece de un personal lo bastante competente e íntegro, o de un marco institucional adecuado para emplearlo con eficacia, o que la finalidad alegada no justifica su empleo (por ejemplo, si lo que se busca es traspasar al sector de la oferta la tarea de definir las necesidades a satisfacer).

12. El artículo 48 regula de modo preciso los trámites que se han de seguir al contratar por este método, con objeto de dotarlos de controles y salvaguardias eficaces contra su empleo indebido. No obstante, preserva asimismo la flexibilidad requerida para que la entidad adjudicadora pueda valerse de este método, sin merma de sus ventajas. Se ha alineado el régimen de este artículo con el de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (véanse párrafos ... *infra*)².

13. Esas salvaguardias amparan en particular: a) la transparencia al exigir que se dé aviso a todos los concursantes de toda decisión esencial que se adopte al comienzo, durante y al final del proceso abierto, pero sin dejar de respetar la índole confidencial, amparada por el artículo 23, de todo dato reservado; b) la objetividad, fiabilidad y predecibilidad del proceso, particularmente al exigir que todo trámite que se emplee para limitar o reducir el número de concursantes sea dado a conocer desde el inicio de la contratación, así como al regular el alcance de todo cambio admisible en las condiciones del contrato adjudicable y prohibiendo toda negociación posterior a la presentación de la mejor oferta definitiva; c) una competencia leal entre los concursantes, al velar por la transparencia de la adjudicación; d) la igualdad de trato para todos los concursantes, al exigir que unos mismos representantes de la entidad adjudicadora dialoguen de forma concomitante con todos ellos, que toda aclaración o directriz dimanante del diálogo sea comunicada, al mismo tiempo, a todos ellos, y regulando el curso que ha de darse a la adjudicación a raíz de la clausura del diálogo; y e) la posibilidad de pedir que se dé razón y cuenta del curso completo de la adjudicación al exigir que se deje constancia completa, en el expediente, del proceso seguido, con arreglo a lo previsto en el artículo 24.

14. Se han previsto también medidas para alentar la participación de concursantes en la adjudicación de contratos por este método, que exige de ellos más tiempo y dinero que si el contrato se fuera a adjudicar por otros métodos. Se faculta, por ello, a la entidad adjudicadora para reducir el número de concursantes con miras a simplificar el proceso y ofrecer así a los concursantes una mayor oportunidad para ganar el contrato adjudicable.

² Las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada y la Guía Legislativa sobre el mismo tema están accesibles, en la fecha de este informe, en www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

15. De modo similar, los proveedores o contratistas no desearán participar si sus propuestas, dotadas de un valor comercial, pueden ser descritas para ser seguidamente puestas a disposición de los demás concursantes. Como ya se explicó, el procedimiento a seguir entraña salvaguardias al no prever (a diferencia de la licitación en dos etapas) la emisión de un juego completo y definitivo de las condiciones del contrato que permita presentar propuestas en cualquier fase del procedimiento seguido. Al inicio de la contratación se facilitará un juego único de requisitos mínimos, con una lista ordenada de los criterios de evaluación, que no cabrá alterar en el curso del proceso abierto. En el curso del diálogo la entidad adjudicadora evaluará las propuestas de los concursantes a la luz de esos requisitos y criterios. Los concursantes dispondrán de varias oportunidades para que cada uno vaya perfilando su propia propuesta a fin de ajustarla a las necesidades de la entidad adjudicadora, conforme se vayan definiendo en el curso del diálogo. La etapa final de este método de contratación, que se abre al concluirse el diálogo, está destinada a la selección de la propuesta ganadora, que se hará a raíz de una evaluación de la mejor oferta definitiva de cada concursante, oferta que estará formada por su propuesta y sus condiciones de oferta definitivas.

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

17. Procede que todo Estado promulgante reconozca que las salvaguardias procesales o reglamentarias no bastan por sí solas, sino que deben estar respaldadas por un marco institucional adecuado, por normas y medidas de buena gestión o administración, y por un personal competente. La experiencia de los bancos de desarrollo multilaterales revela que la reforma más difícil de llevar a cabo suele ser la de crear un marco institucional y normativo adecuado para el empleo de este método.

18. Como ejemplo de medida destinada a prevenir el elevado riesgo de abuso o de corrupción de que adolece este método, cabe citar la de nombrar “oficiales de probidad” independientes que se encarguen de supervisar la corrección del diálogo. Esa supervisión evitaría que se faciliten datos comerciales reservados, tales como el precio, a otros concursantes, o la entrega de datos importantes a un solo concursante en detrimento de otros. Al promulgar la Ley Modelo, cabría alentar a la entidad adjudicadora a adoptar medidas que ayuden a supervisar que el empleo de este método se hace con la eficacia y probidad debidas.

19. Dados algunos de los rasgos inherentes a este método y los riesgos asociados a su empleo, cabe que los bancos de desarrollo multilaterales se muestren reacios a autorizar el empleo de este método para adjudicar proyectos industriales financiados por ellos, particularmente para la adjudicación de servicios cuantificables (intelectuales o no) que cabría adjudicar mejor por negociación consecutiva en vez de concomitante. La exigencia de una aprobación previa por parte de una autoridad competente [y la fijación de un umbral] para poder recurrir a este método tal vez

baste para responder al temor de dichos bancos de que se recurra a este método sin necesidad y sin disponer del personal competente y del marco institucional requeridos para hacerlo con eficacia³.

2. Convocatoria

[Sírvese consultar la orientación impartida a este respecto en el comentario destinado a la solicitud de propuestas sin negociación.]

3. Fases y trámites de este método

Sírvese consultar el artículo revisado de la Ley Modelo sobre los trámites que se han de seguir al contratar por este método

[Artículo 48. Solicitud de propuestas con diálogo]

Artículo no reproducido aquí para no exceder de los límites impuestos, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a la longitud de los documentos producidos por la Secretaría.]

Texto propuesto para la Guía

20. Este artículo regula las fases y los trámites que se han de seguir para la adjudicación de un contrato por el método de la solicitud de propuestas con diálogo. Este método consta de las siguientes fases: a) una solicitud eventual de expresiones de interés, que no confiere derecho alguno a los contratistas o proveedores invitados a presentarlas, ni siquiera el derecho a que su propuesta sea evaluada por la entidad adjudicadora. Por ello esta convocatoria inicial se asemeja al aviso anticipado de un contrato eventualmente adjudicable del que se habla en el artículo 6 2) (véase el comentario sobre el art. 6 en los párrafos ... *supra*); b) una prueba de precalificación, o de preselección si se prevé que se presentará un número de concursantes calificados superior al óptimo deseable; de no preverse una precalificación ni una preselección, una convocatoria, ya sea abierta o directa, con arreglo al artículo 34; c) el envío de una solicitud de propuestas a los que respondan a esa convocatoria, o a los precalificados o preseleccionados, según sea el caso; d) un diálogo concomitante que se desarrolla, por lo general, en varias rondas o fases; e) la clausura del diálogo con la emisión de una solicitud de la mejor oferta definitiva de cada concursante; y f) la adjudicación del contrato. El artículo regula cada uno de estas fases por su orden cronológico, salvo la solicitud de expresiones de interés que, conforme se ha dicho, está regulada en el artículo 6.

21. El párrafo 1) de este artículo reitera, al remitirse al artículo 34, la regla, sujeta a salvedades, enunciada en el artículo 34 1) de la Ley Modelo por la que toda

³ Al haber decidido el Grupo de Trabajo que se incluya en la Guía un comentario detallado, de las cuestiones que se han de resolver al ir a seleccionar un método del cap. V, que irá destinado tanto al legislador como a la entidad adjudicadora, convendría que la orientación que se imparta en ese comentario se refiera a aquellas cuestiones que no sea posible resolver en un texto legal, estudiándolas en ejemplos tomados de la vida real. De estimar el Grupo de Trabajo que lo dicho en estas páginas es insuficiente, se le solicita que imparta a la Secretaría orientación adicional que le ayude a ampliar el comentario ya preparado. Tal vez deba ampliarse también la orientación impartida respecto de los artículos 26 y 27.

invitación a participar en una adjudicación por el método de la solicitud de propuestas con diálogo deberá ser, por regla general, divulgada lo más posible a fin de obtener suficientes concursantes para que la competencia sea real y efectiva (salvo que la convocatoria vaya precedida por una prueba de precalificación o de preselección a la que deberá darse también la publicidad debida). La entidad adjudicadora decidirá cual será el tipo de convocatoria, que desea emitir, a la luz de las circunstancias del caso y a reserva de los requisitos enunciados en el artículo 34 (consúltese, en los párrafos *supra* el comentario sobre el art. 34). El artículo 34 prevé excepciones a la regla de la convocatoria abierta basadas en motivos como la falta de una oferta comercial adecuada o la índole reservada de la información relativa al contrato adjudicable.

22. Cuando se desee comenzar por una convocatoria abierta sin prueba de precalificación o de preselección, deberá emitirse una invitación a participar que contenga, como mínimo, los datos enunciados en la lista del párrafo 2). Dicha información mínima tiene por objeto ayudar a los concursantes eventuales a determinar su propia idoneidad para participar en el proceso de adjudicación anunciado, su posible interés en participar, y la forma de esa participación. La información indicada es similar a la requerida para una convocatoria a licitación (artículo 36). De haberse restringido la adjudicación al mercado interno, la entidad adjudicadora podrá omitir los datos de los apartados j) y k), relativos a la moneda de pago y al idioma o idiomas utilizables, de estimarlos innecesarios en las circunstancias del caso; ahora bien, tal vez proceda indicar el idioma o idiomas utilizables en una contratación interna abierta en un país plurilingüe.

23. El párrafo 2) enumera la información mínima requerida pero no impide que la entidad adjudicadora facilite todo otro dato adicional que juzgue apropiado. Conviene, no obstante, tener presente que la práctica habitual es que el texto de la invitación sea breve, enunciándose en ella los datos esenciales del contrato adjudicable; es decir la información que sea de mayor interés para la etapa inicial de la contratación. La información restante acerca del contrato adjudicable, así como el desglose de la facilitada inicialmente en la invitación, será dada en la solicitud de propuestas (véase párr. 5) de este artículo). Enfoque sistemático con el que se trata de evitar las repeticiones y toda confusión o incoherencia eventual en el contenido de la información facilitada por la entidad adjudicadora a los concursantes; enfoque que resulta aún más aconsejable en este método en el que está permitido completar y perfilar la información inicialmente facilitada, en el curso ulterior de la contratación (a reserva de toda restricción enunciada en el párr. 9) de este artículo).

24. El párrafo 3) regula la fase de preselección en cuanto a opción que se ofrece a la entidad adjudicadora para limitar el número de proveedores o contratistas a los que se vaya a solicitar propuestas. Se ha alineado, a grandes rasgos, el régimen de la preselección con el enunciado, para esta misma fase, en los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Al prever una fase de preselección, la entidad adjudicadora habrá optado, desde un principio, por limitar el número de candidatos calificados a concursante que admitirá a la siguiente fase del proceso de adjudicación. Se trata de una opción que se le ofrece para responder al supuesto de que se prevea la presentación de un número excesivo de expresiones de interés, por parte de contratistas o proveedores idóneos. Esta técnica limitadora de la participación sólo se ofrece para este método de contratación, al estimarse que su empleo puede estar justificado por el tiempo y el

gasto que supondría el tener que examinar y evaluar un gran número de propuestas. Se trata, pues, de una excepción a la regla general de la participación abierta descrita en [...] *supra*.

25. También cabrá limitar el número de proveedores o contratistas que serán admitidos a la siguiente etapa del proceso de contratación, mediante una prueba de precalificación. Ahora bien, no cabe utilizar la precalificación, con arreglo a la Ley Modelo, con miras a imponer un número máximo de concursantes, dado que la precalificación sólo permite excluir a los proveedores no idóneos, cuyo número no cabe prever por adelantado. Si todos los proveedores o contratistas que se presentan resultan ser idóneos, todos habrán de ser admitidos a la próxima fase del proceso de contratación.

26. La preselección se lleva a cabo conforme al régimen aplicable a la precalificación. Será, por ello, aplicable lo dispuesto en el artículo 17, salvo disposición en contrario del párrafo 3) de este artículo (destinado a adaptar dicho régimen a la finalidad propia de la preselección). Por ejemplo, en aras de la transparencia y del trato por igual de los concursantes, el párrafo 3) exige que la entidad adjudicadora dé a conocer, desde un principio, que habrá una prueba de preselección, así como el método aplicable para efectuarla, el número máximo de proveedores o contratistas que resultarán preseleccionados y los criterios que se aplicarán para puntuar a los candidatos, que deberán ser objetivos y no discriminatorios.

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

28. El párrafo 4) indica cuales son los proveedores o contratistas a los que se expedirá la solicitud de propuestas. Según sean las circunstancias del caso, ese grupo tal vez esté formado por todos los candidatos que hayan respondido a la invitación; o, de haber mediado preselección o precalificación, sólo por los preseleccionados o precalificados; pero de haber habido convocatoria directa, ese grupo estará únicamente formado por las empresas directamente invitadas.

29. El párrafo 5) contiene la lista de todos los datos que deberán darse en la solicitud de propuestas para ayudar a los concursantes a preparar sus propuestas [y para dar una base a la entidad adjudicadora sobre la que poder comparar con

equidad esas propuestas]⁴. Esa lista refleja, en gran medida, en cuanto a contenido y detalle, a lo exigido (en el art. 38) para el pliego de condiciones, utilizado en el marco del método de la licitación, así como para la solicitud de propuestas en el método de la solicitud de propuestas sin negociación (art. 46 4)). Las escasas diferencias que cabe observar entre esas listas son reflejo de los trámites peculiares a cada método.

30. Si las circunstancias lo hacen innecesario, la entidad adjudicadora podrá abstenerse de indicar la moneda de pago en la contratación de ámbito meramente interno. Este dato así como todo otro dato relativo al precio eventualmente cobrado en virtud del contrato adjudicable pudiera no ser del caso si se está adjudicando un servicio de consultoría no cuantificable donde, al no ser el precio un criterio de valoración inicial significativo, cabrá dejarlo, junto con otros aspectos financieros, para más adelante. Cabrá insistir, en su lugar, al dar los criterios de evaluación indicados en el apartado h), en la experiencia del proveedor del servicio, en su conocimiento del tema objeto de la consultoría, en la competencia del personal ofrecido, en la transferencia de pericia profesional, y en la elevada participación, ofrecida al personal local, en la prestación del servicio adjudicado.

31. El empleo de tales criterios en la fase de evaluación, no impedirá su empleo como criterios puntuables en la fase de precalificación con arreglo al artículo 9 y al apartado 2) e) de este artículo. Dado que el artículo 9, faculta a la entidad adjudicadora para rechazar, a la luz de tales criterios, toda propuesta de un proveedor o contratista no idóneo, al aplicar para la precalificación los mismos criterios que aplicará luego para la evaluación, la entidad adjudicadora estará ponderando, desde un principio, la experiencia o pericia de un proveedor de servicios frente a los demás. Esa comparación inicial le hará sentirse más segura a la hora de tener que decidir que tal concursante está mejor preparado que otro para prestar el servicio adjudicable⁵.

32. Si bien el interés primario del diálogo suele recaer sobre los aspectos técnicos del objeto del contrato adjudicable, o sobre aspectos jurídicos o auxiliares de la contratación, las condiciones del mercado tal vez aconsejen abordar la cuestión del precio en el curso del diálogo. Además, en algunos casos no resulta posible separar el precio de otros criterios ajenos al precio. Por ello, cabrá exigir que se indique un precio preliminar en la propuesta inicial. El precio figurará, en cambio, siempre en la mejor oferta definitiva.

33. El apartado 5) g) será aplicable a casos en los que la entidad adjudicadora decida, a la luz de las circunstancias del contrato adjudicable, que debe fijarse un número máximo y/o mínimo de concursantes con los que se entablará el diálogo. Se debe procurar que esos límites rondan en torno al número óptimo de concursantes para llevar a buen término una negociación concomitante con los concursantes, lo que en la práctica ha resultado a menudo difícil o imposible cuando su número era elevado, por lo que un límite elevado suele ser un factor disuasorio de la participación. Este apartado habla de un mínimo deseable de tres concursantes, lo que debe leerse a la luz de lo dispuesto en los párrafos 6) b) y 7).

⁴ Tal vez proceda examinar la pertinencia de lo dicho entre corchetes en el contexto de este método de contratación.

⁵ Tal vez proceda examinar si este punto puede ser de interés para otros métodos de contratación, en cuyo caso convendría examinarlo en el contexto de la prueba de precalificación en general.

34. El apartado 5) h) está referido a los criterios aplicables y los trámites a seguir para la evaluación de las propuestas con arreglo al artículo 11, que enuncia, en particular, excepciones a los requisitos concernientes a la asignación de coeficientes de ponderación relativa a todos los criterios de evaluación, a fin de acomodar los rasgos específicos de este método de contratación. Dichos rasgos tal vez impidan que la entidad adjudicadora pueda fijar desde un principio los coeficientes de ponderación relativa de cada criterio de evaluación. El artículo 11 permite, por ello, enumerar esos criterios por orden de importancia descendente. De conocerse por adelantado algún subcriterio que se vaya a aplicar, procederá indicarlo, asignándole un coeficiente de ponderación relativa o, de lo contrario, enumerándolo por orden de importancia descendente. Debe reconocerse que ciertos tipos de contratos pueden requerir un grado de flexibilidad distinto del de otros en lo concerniente a la especificación de los criterios de evaluación en el marco de este método de contratación. Ahora bien, dar, desde un principio, una visión correcta de los criterios y trámites aplicables para la evaluación puede ser un factor importante al servicio de la transparencia⁶.

35. A la luz del apartado 5) m), en el que se pide a la entidad adjudicadora que indique en la solicitud de propuestas todo otro requisito concerniente al proceso de adjudicación, tal vez proceda indicar el calendario previsto para la contratación. La adjudicación de contratos por este método suele resultar cara en recursos y tiempo para todos los participantes. Cabe, por ello, pensar que la previsión de un calendario, en la solicitud de propuestas, mejorará la planificación y ayudará a los proveedores o contratistas a calcular el tiempo y los recursos que habrán de dedicar al proceso de contratación, ayudándoles también a calcular el curso previsible de las etapas, a fin de tener disponibles los recursos (personal, expertos, documentos, proyecciones, etc.) requeridos para cada fase del proceso.

36. Tras haber entregado la solicitud de propuestas a los proveedores y contratistas interesados, debe dárseles tiempo suficiente para que preparen sus propuestas. En la solicitud de propuestas deberá indicarse el calendario aplicable, que podrá reajustarse, si es preciso, con arreglo a los requisitos del artículo 14.

37. El párrafo 6) regula el examen (evaluación de su conformidad) de las propuestas. Toda propuesta habrá de ser evaluada con arreglo a los criterios de evaluación mínimos notificados a los proveedores o contratistas en la convocatoria y/o en la solicitud de propuestas. El número de concursantes que será admitido a la siguiente etapa del proceso de contratación, la fase del diálogo, podrá descender a resultas del rechazo de toda propuesta no conforme, que no satisfaga los criterios de admisión mínimos. Al igual que respecto de la precalificación (véase párr. [25] *supra*), no cabrá utilizar la fase de evaluación para limitar el número de concursantes que serán admitidos a la siguiente etapa de la contratación. Si todas las propuestas presentadas resultan ser conformes, sus autores deberán ser todos ellos admitidos al diálogo, salvo que la entidad adjudicadora se haya reservado el derecho a invitar a cierto número únicamente. Como se dijo antes, al hablar del apartado 5) g) (véase párr. [33] *supra*), cabrá reservarse ese derecho en la solicitud de propuestas. De ser ese el caso, si el número de propuestas conformes excede del máximo fijado,

⁶ Tal vez deba estudiarse si este punto puede ser también de interés para otros métodos de contratación, en cuyo caso procedería examinarlo en el contexto de la precalificación en general.

la entidad adjudicadora seleccionará, de entre esas propuestas, el número prefijado de propuestas, con arreglo a los trámites y criterios indicados en la solicitud de propuestas, trámites y criterios que, al no estar regulados en la Ley Modelo, podrán variar de un proceso de contratación a otro. No cabe, por ello, excluir, con arreglo a este método, cierto grado de subjetividad en esa selección. Debería tratar de mitigarse el riesgo de prácticas abusivas que ello entraña, exigiéndose que se especifiquen, en la solicitud de propuestas, los criterios y trámites que se habrán de aplicar para la selección, y que se notifiquen sin tardanza los resultados del examen y se motive todo rechazo. De imponerse este requisito, todo concursante agraviado dispondría de una base para recurrir contra la decisión de la entidad adjudicadora. Prácticas de supervisión adecuadas ayudarían asimismo mismo a mitigar dicho riesgo.

38. Con arreglo al párrafo 7), la base de concursantes invitados al diálogo deberá ser suficiente para que la competencia sea real. Se reitera en este párrafo el mínimo deseable de tres concursantes, que se menciona en el apartado 5) g). La entidad adjudicadora podrá, no obstante, proseguir la contratación, aun cuando sólo se presenten una o dos propuestas conformes. El motivo por el que se faculta a la entidad adjudicadora para proseguir la contratación, sin suficientes propuestas conformes, dimana de que aun cuando la entidad adjudicadora disponga, en ese momento, de suficiente base competitiva, no dispondrá de medios para mantenerla hasta el final de la fase de diálogo, dado que nada impide que un concursante se retiren, en cualquier momento, del diálogo. [Cabría prevenir esto exigiéndoles una garantía de oferta conforme a lo previsto en el art. 16 (véase, al respecto, el comentario al art. 16, en párrafos ... *supra*)⁷.

39. El párrafo 8) exige, como requisitos de forma, para el diálogo, que se celebre de modo concomitante y bajo la dirección de unos mismos representantes de la entidad adjudicadora, que aseguren la coherencia de los resultados. Se habla de “representantes”, en plural, de la entidad adjudicadora por considerarse que el empleo de comités negociadores, formados por varias personas, constituye una buena práctica contra la corrupción. Ello no impedirá, como ya se dijo, que la entidad adjudicadora dialogue con un solo proveedor o contratista. El diálogo podrá llevarse a cabo en varias fases o rondas. Al concluir cada ronda, se irán definiendo mejor las necesidades de la entidad adjudicadora, lo que permitirá que los concursantes modifiquen, a su vez, sus propuestas, a la luz de esas necesidades, de las observaciones del comité negociador y de las cuestiones suscitadas durante el diálogo.

40. La referencia en párrafos sucesivos de este artículo a los “concurantes que sigan participando” denota la posibilidad de que descienda su número a medida que avance el diálogo. Cabe que algunos concursantes decidan abandonar y que otros sean excluidos por la entidad adjudicadora por motivos previstos en la Ley Modelo o en alguna otra norma del derecho interno por lo demás aplicable. A diferencia de algunos regímenes de la contratación pública, que prevén métodos similares, la Ley Modelo no reconoce a la entidad adjudicadora un derecho incondicional para dar por terminado el diálogo con algún concursante por la única razón de que ese

⁷ El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si cabe dar por cierto lo dicho entre corchetes y, en particular, si cabe esperar que los concursantes se muestren dispuestos a depositar garantías de oferta a fin de poder ganar un contrato cuyas condiciones no estén aún bien definidas.

concurante haya perdido, en su opinión, toda oportunidad realista de ganar el contrato. Se estima que la fase del diálogo presupone una adaptación continua de las soluciones propuestas para que respondan a las necesidades que se van definiendo mejor, por lo que puede resultar injusto eliminar a un concursante por razón de que su solución parezca no responder, en un momento dado, a esas necesidades en curso de ser definidas. Pese a que terminar oportunamente el diálogo ahorraría tiempo y recursos a una y otra parte (ahorro tal vez significativo en este tipo de contratación), reduciendo tal vez el riesgo de que ese concursante no vuelva a participar en futuros procesos de contratación, la CNUDMI parte aquí del convencimiento de que los riesgos que tal práctica discrecional entraña para la transparencia, la igualdad de trato y la objetividad son mayores que sus posibles ventajas.

41. Ahora bien, nada debe impedir que la entidad adjudicadora dé por terminado el diálogo por algún motivo indicado en la Ley Modelo o en alguna otra norma del derecho interno aplicable. La Ley Modelo prevé supuestos en los que se exige que la entidad adjudicadora excluya a un proveedor o contratista del proceso de contratación. Por ejemplo, a tenor del artículo 20 por haber ofrecido incentivos, competencia desleal o conflictos de intereses, o por no ser ya idóneo (por ejemplo, de haber sido declarado en quiebra), o por producirse, durante la fase del diálogo, algún desvío importante de su propuesta respecto de los requisitos o criterios de conformidad declarados no negociables desde el inicio del proceso. En tales casos, todo proveedor o contratista que se sienta agraviado podrá interponer un recurso, con arreglo al capítulo VIII, ya que la entidad adjudicadora deberá notificarle su decisión de dar por terminado el diálogo, dándole los motivos de su decisión. Tal vez convenga informar a los concursantes, desde un principio, acerca de los motivos por los que la entidad adjudicadora pudiera verse obligada a expulsarlos del proceso de contratación.

42. El párrafo 9) de este artículo impone límites a la modificación de las condiciones del contrato adjudicable enunciadas al inicio de la contratación. A diferencia del artículo 15 que regula los cambios que cabrá hacer en el pliego de condiciones antes de presentarse las ofertas o propuestas, el párrafo 9) impone límites a la modificación de los aspectos esenciales de la solicitud de propuestas tras la presentación de las propuestas iniciales. La posibilidad de hacer cambios en la solicitud de propuestas es inherente a este método de contratación; no dotar a la entidad adjudicadora de la debida flexibilidad a este respecto privaría, por ello, de razón de ser a este método. La necesidad de hacer cambios puede estar justificada no sólo por el resultado del diálogo sino también por circunstancias ajenas al diálogo (como pudieran ser ciertas medidas administrativas).

43. Ahora bien, las consecuencias negativas de una discrecionalidad sin límites pueden contrarrestar toda ventaja que pueda reportar esa flexibilidad. Por ello, lo dispuesto en el párrafo 9) trata de conciliar el riesgo de esos cambios con sus posibles ventajas al impedir que la entidad adjudicadora haga cambios en condiciones del contrato anunciado que sean lo bastante esenciales como para justificar que se exija el anuncio de un nuevo contrato. Dicho párrafo prohíbe, por ello, que se hagan cambios en el objeto del contrato adjudicable, en los criterios de calificación de los concursantes y de evaluación de las propuestas, o en los requisitos mínimos de conformidad exigidos de toda propuesta, conforme a lo previsto en el apartado 2) f) de este artículo, así como todo elemento de la descripción del objeto del contrato adjudicable, o toda condición de ese contrato que

la entidad adjudicadora haya excluido, desde un principio, de la materia que vaya a ser objeto del diálogo (es decir, todo requisito previo no negociable). Lo dispuesto en el párrafo 9) no debe impedir que los concursantes hagan cambios en sus propuestas a raíz del diálogo; ahora bien, todo desvío respecto de un requisito esencial del contrato adjudicable (tales como, su objeto, o sus requisitos mínimos o no negociables) podrá ser motivo de exclusión del concursante que sea tenido por culpable de ese desvío.

44. El párrafo 10) prevé una medida esencial, para asegurar la igualdad del trato otorgado a los concursantes, en la comunicación de todo nuevo dato, aclaración o precisión que sea fruto del diálogo. Ese párrafo somete toda comunicación que se les haga a las reglas de confidencialidad del artículo 23, algunas de las cuales fueron pensadas para los métodos de contratación del capítulo V. El respeto de la confidencialidad puede ser un factor muy importante en el marco de este método de contratación por razón de la forma que adoptará el diálogo y de la amplitud de su objeto. La regla general es que no deberá darse o revelarse, a los demás concursantes, ningún dato que sea propio de determinado concursante, sin su consentimiento. En el párrafo 3) del artículo 23 se enuncian ciertas excepciones a esta regla de confidencialidad (que lo exija la ley, lo ordene la autoridad competente, o lo autorice el pliego de condiciones). (Véase el comentario sobre el art. 23 en párrafos ... *supra*.)

45. La igualdad de trato que debe otorgarse a todos los concursantes requiere cierto número de medidas prácticas. La Ley Modelo sólo menciona las más importantes, tales como las del párrafo 10), y la exigencia de que el diálogo sea concomitante y se desarrolle bajo la dirección de unos mismos representantes de la entidad adjudicadora (párr. 8) de este artículo, conforme se explica en el párr. [39] *supra*). Conviene que el comité negociador de una entidad adjudicadora estudie, al preparar la fase del diálogo, otras posibles medidas, como la de dedicar igual tiempo a cada concursante, en el curso de ese diálogo. Cabe también prever, en el reglamento de la contratación pública, algunas otras medidas prácticas al respecto.

46. Al concluirse la fase del diálogo, se deberá dar, a cada concursante que siga participando, igual oportunidad para presentar su mejor oferta definitiva, que cada concursante formulará en función del curso seguido por su propia propuesta. Este rasgo, por así decir personal, de la propuesta, responde al rasgo distintivo de este método de contratación: la ausencia de todo juego único y completo de condiciones del contrato adjudicable, más allá de los requisitos técnicos mínimos, en función del cual se hayan de evaluar todas las ofertas definitivas. Los párrafos 11) y 12) regulan la fase de presentación de la mejor oferta definitiva, enunciando reglas que tienen por objeto maximizar la transparencia y asegurar que la competencia sea leal. La solicitud de que se presenten dichas ofertas deberá indicar el lugar, la manera y el plazo de su presentación. No habrá negociación alguna con los concursantes, una vez que presenten su mejor oferta definitiva, y no habrá ninguna nueva convocatoria de ofertas definitivas. Esta fase pone fin al diálogo y congela todas las condiciones contractuales y especificaciones técnicas ofrecidas por los concursantes, a fin de no dar lugar a que la entidad adjudicadora pueda valerse de la oferta de un concursante para presionar a otro, particularmente en lo relativo al precio. De lo contrario, se dará lugar al riesgo de que los

concurantes se defiendan, concertándose por adelantado para elevar sus precios de oferta, en detrimento de la integridad comercial del mercado.

47. El párrafo 13) trata de la adjudicación del contrato con arreglo a este método de contratación. El contrato habrá de ser adjudicado a la oferta que sea determinada ganadora por el método y según los criterios enunciados, en la solicitud de propuestas, para la evaluación de toda propuesta que se presente. Al remitir al método y los criterios enunciados en la solicitud de propuestas, se reitera, implícitamente, la prohibición de modificar ese método o esos criterios, enunciada en el párrafo 9) de este artículo, conforme ya se explicó en los anteriores párrafos [42 y 43] *supra*.

48. La entidad adjudicadora deberá llevar, por escrito, un expediente completo del proceso de contratación, así como del diálogo con cada concursante, y deberá dar acceso, a todo concursante interesado, a las partes que proceda de ese expediente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24. Llevar bien ese expediente es esencial para la supervisión o auditoría de todo contrato adjudicado por este método, así como para que todo concursante que se sienta agraviado pueda interponer, si procede, un recurso.

4. Puntos concernientes a la solicitud de propuestas con diálogo que se sugiere que sean examinados en la sección de la Guía para la incorporación al derecho interno dedicada a los cambios efectuados en el texto de 1994 de la Ley Modelo

Condiciones de empleo

49. El párrafo 2) del artículo 29 prescribe las condiciones para el empleo de un nuevo método de contratación, la solicitud de propuestas con diálogo, que combina las rasgos de los artículos 43 (procedimiento de selección con negociaciones simultáneas para la selección de servicios) y 48 (solicitud de propuestas) de la Ley Modelo de 1994. Estos dos métodos de contratación, del texto de 1994, comparten muchos rasgos similares y cabe emplearlos para la contratación de servicios. La solicitud de propuestas con diálogo retiene el rasgo principal de esos dos métodos de contratación de la Ley Modelo de 1994: la interacción con los concursantes, que se practica de modo concomitante (en contraste con la negociación consecutiva prevista en el párrafo 3) de este artículo y en el art. 49 de la Ley Modelo, cuyo comentario figura en los párrafos ... *infra*) con un grupo de proveedores o contratistas. A fin de evitar confusiones acerca de la terminología y en la selección de métodos de contratación en aquellos Estados que hayan promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de 1994, la versión revisada de Ley Modelo se vale de una nueva denominación para designar a este nuevo método de contratación.

[En una etapa ulterior se darán más detalles acerca de la convocatoria y trámites previstos par este método.]