GUÍA PRÁCTICA:
Estructuración de contratos de participación del sector privado para proyectos de agua en pequeña escala

Victoria Rigby Delmon

Mayo de 2014

wsp
water and
sanitation program

EL Programa de Agua y Saneamiento es una asociación de múltiples donantes administrada por el Banco Mundial para ayudar a las personas pobres a obtener acceso a servicios de abastecimiento de agua y saneamiento asequibles, seguros y sostenibles.

Índice

Agradecimientos 6

Abreviaturas y siglas 7

Introducción 8

1. Consideraciones previas a la redacción de los documentos de licitación 10

1.1 Proceso para la preparación de un proyecto de PSP 10

1.2 Debida diligencia 12

1.3 Tipos de contratos 15

1.4 Agrupación de proyectos 21

1.5 Contratación del operador mediante licitación pública 23

1.6 Claridad de las disposiciones contractuales y condiciones implícitas 28

1.7. Gestión de los contratos 29

2. Principales disposiciones contractuales 30

2.1 Partes contratantes 30

2.2 Plazo: Duración del contrato 32

2.3 Condiciones previas 35

2.4 Derechos otorgados al operador 37

2.5 Funciones y obligaciones del operador 39

2.6 Obligación de financiar inversiones de capital 42

2.7 Funciones y obligaciones de la autoridad 44

2.8 Penalizaciones y bonificaciones relativas al desempeño 46

2.10 Supervisión de contratos, revisión de tarifas y regulación de los operadores 52

2.11 Cuentas e informes 54

2.13 Solución de disputas 58

2.14 Responsabilidad, seguro y resarcimiento 61

2.15 Vencimiento y terminación anticipada 63

ANEXO 1: Cuadro comparativo de contratos en pequeña escala 67

ANEXO 2: Modelo de pliego de condiciones para los proyectos de diseño-construcción-operación (DBO) 73

ANEXO 3: Modelo de Acuerdo de concesión/ proyecto de construcción-operación-traspaso (BOT) para la construcción y operación de un sistema de abastecimiento de agua completo en pequeña escala 78

ANEXO 4: Modelo de redacción para la gestión y actualización del plan de inversión de capital por parte del Operador 104

ANEXO 5: Modelo de pliego de condiciones para un Acuerdo de operación y mantenimiento 106

ANEXO 6: Plantilla para Memorando informativo 111

Agradecimientos

El presente informe fue preparado por un equipo dirigido por Victoria Rigby Delmon, consejera jurídica superior del Banco Mundial. El equipo desea agradecer al Programa de Agua y Saneamiento (WSP) y al Centro de Recursos para Asociaciones Público-Privadas en Infraestructura (PPPIRC), que proporcionaron financiamiento para esta guía práctica. El equipo también expresa su agradecimiento a Jemima Sy, Iain Menzies, Sara Sigrist, Alexandra Núñez y Alexander Bakalian, del Banco Mundial, y al grupo de expertos evaluadores, integrado por Jane Jamieson y Patricia Sulser, de la Corporación Financiera Internacional (IFC); Osward Chanda y Thomas Roberts, del Banco Africano de Desarrollo, y Carlos Aguilar, Srinivas Podipireddy, Imad Saleh y Sudipto Sarkar, del Banco Mundial, todos quienes han hecho valiosos aportes al estudio. Por último, el equipo desea agradecer a todos los colegas del WSP y el Grupo Banco Mundial (GBM) que formularon observaciones acerca de un examen preliminar de los contratos presentados en esta guía práctica.

Exención de responsabilidad

Esta obra ha sido realizada por el personal del Banco Mundial. Las opiniones, interpretaciones y conclusiones aquí expresadas no son necesariamente reflejo de las opiniones del Directorio Ejecutivo del Banco Mundial ni de los países representados por este. El Banco Mundial no garantiza la exactitud de los datos que figuran en esta publicación. Las fronteras, los colores, las denominaciones y demás datos que aparecen en los mapas de este documento no implican juicio alguno, por parte del Banco Mundial, sobre la condición jurídica de ninguno de los territorios, ni la aprobación o aceptación de tales fronteras.

El material de esta publicación está protegido por derechos de autor. La copia y (o) transmisión íntegra o de cualquiera de sus partes sin previo permiso puede constituir una infracción de la ley vigente. No obstante, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial promueve la difusión de su trabajo y normalmente autorizará con prontitud la reproducción parcial de este. Si necesita solicitar permiso para fotocopiar o reimprimir cualquier parte de este trabajo, sírvase enviar su solicitud con información completa al Copyright Clearance Center, Inc., 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923, EE.UU.; teléfono: 978-750-8400; fax: 978-750-4470; http://www.copyright.com/.

Todas las demás consultas sobre derechos y licencias, incluidos derechos subsidiarios, deben dirigirse a:

Dirección:

Office of the Publisher

The World Bank

1818 H Street NW

Washington, DC 20433, EE. UU.

Fax: 202-522-2422

Correo electrónico: pubrights@worldbank.org

Todas las fotografías se obtuvieron de la fototeca protegida del Banco Mundial:
http://secure.worldbank.org/photolibrary/servlet/main?menuPK=430504&pageNo=1&startIndex=1&topic=Water Supply &theSitePK=265652&piPK=147347&pagePK=140696

Abreviaturas y siglas

APP: Asociación público-privada

BAFD: Banco Africano de Desarrollo

Contrato de PSP: Contrato relativo a la participación privada en el sector del agua

Examen: El examen de más de 20 contratos de PSP que llevó a cabo el equipo, y que se describe en la Introducción

GBM: Grupo Banco Mundial

IFI: Institución financiera internacional

Operador: Operador privado de un sistema de abastecimiento de agua

PPPIRC: Centro de Recursos para Asociaciones Público-Privadas en Infraestructura (en materia de contratos, leyes y regulaciones)

PSP: Participación del sector privado

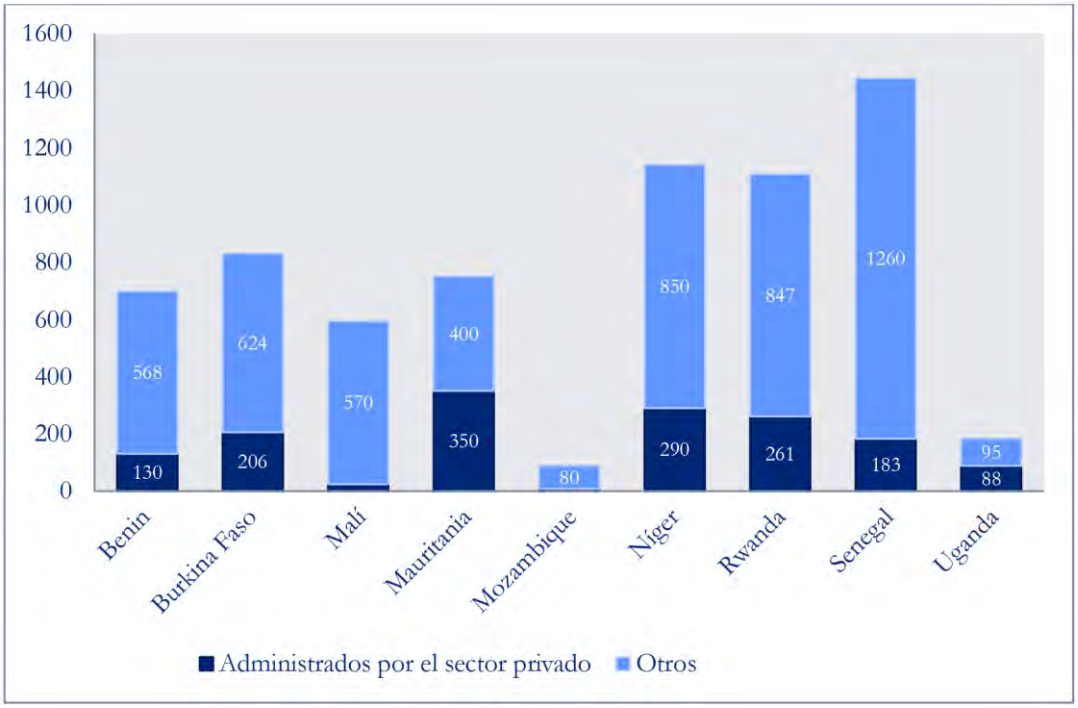
WSP: Programa de Agua y Saneamiento

Introducción

¿Por qué utilizar un contrato de participación del sector privado (PSP)?

En los países en desarrollo, las autoridades de Aguas tienen el enorme desafío de cumplir con la obligación de abastecer a comunidades rurales aisladas, periurbanas y de ciudades pequeñas. En consecuencia, incluso en países donde el sector del agua está descentralizado, en los últimos años la tendencia ha sido que las comunidades locales suscriban acuerdos con operadores privados para la prestación de servicios de abastecimiento de agua en pequeña escala. En la actualidad se reconoce ampliamente que dichos operadores privados pueden ser más indicados para prestar esos servicios a comunidades aisladas porque están situados más cerca de ellas y, potencialmente, pueden responsabilizarse en mayor medida ante los usuarios. Además, los operadores privados locales tienen la posibilidad de atraer otras fuentes de financiamiento, por ejemplo, financiamiento comercial.

Gráfico 1: Porcentaje de pequeños sistemas de abastecimiento de agua administrados por el sector privado en una muestra de países africanos



Fuente: WSP 2013

Resumen del capítulo

En este capítulo el lector encontrará una descripción de los contratos de PSP y de cómo utilizar la guía práctica.

- *¿Por qué utilizar un contrato de participación del sector privado (PSP)?*
- *¿Para qué sirve esta guía práctica?*
- *¿Cómo se debe usar esta guía práctica?*
- *¿De dónde se han obtenido los ejemplos y principales consideraciones presentados en esta guía práctica?*

¿Para qué sirve esta guía práctica?

Esta guía práctica tiene por objeto orientar a las autoridades de Aguas que tienen la intención de contratar operadores privados, así como a los profesionales del sector que brindan asistencia a dichas autoridades, sobre la manera de estructurar un contrato de participación del sector privado (en adelante, "contrato de PSP") y los respectivos documentos de licitación para proyectos de agua en pequeña escala. En esta guía, la atención se centra en los pequeños sistemas de agua que habitualmente abastecen a asentamientos de entre 1000 y 10 000 personas, es decir, con una densidad suficiente para justificar la construcción de una red de agua potable, pero cuya escala no requiere su integración a una red administrarla a nivel central. La gestión y

regulación de estos sistemas suele recaer en agentes e instituciones locales que no disponen de todos los recursos requeridos, lo que hace necesaria una orientación más explícita y simplificada.

Esta guía práctica forma parte de una serie de procedimientos operativos estándares (SOP, por sus siglas en inglés) que está preparando el WSP relativos a la PSP en pequeños sistemas de abastecimiento de agua. En otros volúmenes previstos de esa serie se tratarán con más profundidad cuestiones relativas a la planificación y la debida diligencia para la PSP, incluida la formulación de un modelo financiero; la manera de determinar si los proyectos optimizan los recursos invertidos, y el análisis del grado de preparación del sector público para celebrar contratos de PSP.

Esta guía práctica se centra en los contratos de PSP para proyectos en pequeña escala. Véase un análisis más general de la participación del sector privado en el sector del agua en la guía práctica del Banco Mundial titulada *Approaches to Private Participation in Water Services* (Enfoques para la participación privada en la prestación de servicios de abastecimiento de agua), disponible en:

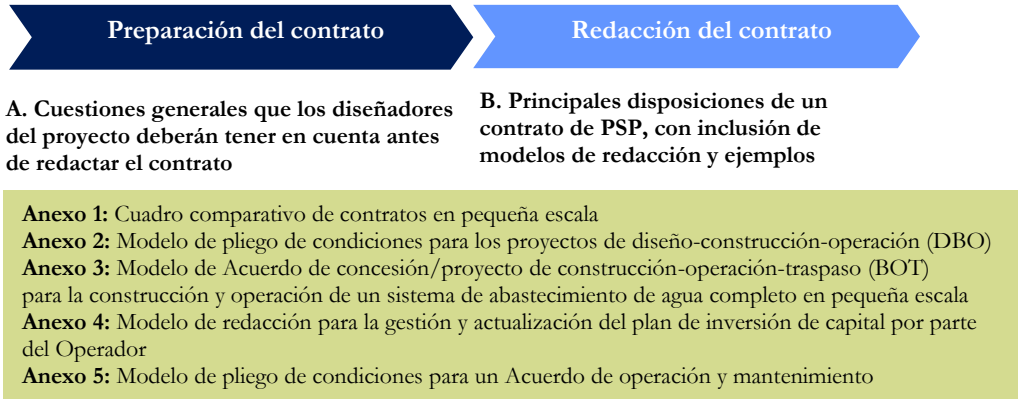
http://rru.worldbank.org/Documents/Toolkits/Water/Water_Full.pdf

El otorgamiento de permisos a operadores privados informales ya existentes, y la regulación de estos son temas que están fuera del ámbito de esta guía.

¿Cómo se debe usar esta guía práctica?

La guía está estructurada en torno a los siguientes aspectos: cuestiones generales que se deben tener en cuenta antes de redactar los contratos; principales disposiciones contractuales, y anexos en los que se proporciona información complementaria.

Gráfico 2: Estructura de la guía práctica



¿De dónde se han obtenido los ejemplos y las principales consideraciones presentados en esta guía práctica?

La guía se elaboró teniendo en cuenta los siguientes documentos:

- Un examen de más de 20 contratos de PSP preparados en el marco de proyectos respaldados por el WSP del Banco Mundial o el GBM en Bangladesh, Benin, Burkina Faso, Filipinas, Kenya, India, Madagascar, Malí, Mozambique, Níger, Perú, Rwanda, Uganda y Viet Nam (véase el anexo 1), y de las prácticas internacionales en proyectos de mayor envergadura. Varios de los contratos de proyectos pequeños examinados están disponibles en el PPPIRC, en **http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-sector/water-sanitation/small-water-providers**.
- Los resultados de una encuesta del WSP sobre la PSP en el abastecimiento de agua en zonas rurales de varios países africanos y las observaciones formuladas por los profesionales en el terreno, disponibles en **http://www.wsp.org/wsp/sites/wsp.org/files/publications/PPPs_for_small_piped_water_schemes_English.pdf**.
- Informes sobre asociaciones público-privadas (APP) para el suministro de agua y de servicios de saneamiento en zonas rurales de Benin y Senegal.
- El informe titulado *Professionalized Rural Service Areas – A Strategy for Improving Water Supplies* (Áreas de servicio rurales profesionalizadas: Una estrategia para mejorar el abastecimiento de agua), preparado por el WSP y el BAFD.

1. Consideraciones previas a la redacción de los documentos de licitación

1.1 Proceso para la preparación de un proyecto de PSP

Antes de emprender un proyecto de PSP o APP, es importante que el Gobierno y la correspondiente autoridad contratante estudien las diferentes alternativas para proceder con el proyecto, incluidas las opciones de servicio publico tradicionales, y analicen las condiciones propicias para el proyecto y los aspectos de economía política de incorporar al sector privado en el sector del agua, la capacidad y el interés de dicho sector de participar en el proyecto, el grado de desarrollo del mercado para la PSP, el interés y la capacidad del mercado financiero local, y la viabilidad financiera y optimización de recursos del proyecto. También es importante la interacción con las partes interesadas, incluida la población, a fin de garantizar que se comprendan los objetivos del proyecto y promover su aceptación por parte de la sociedad. Si estos aspectos no se toman en serio y no se gestionan, el proyecto puede fracasar antes de comenzar.

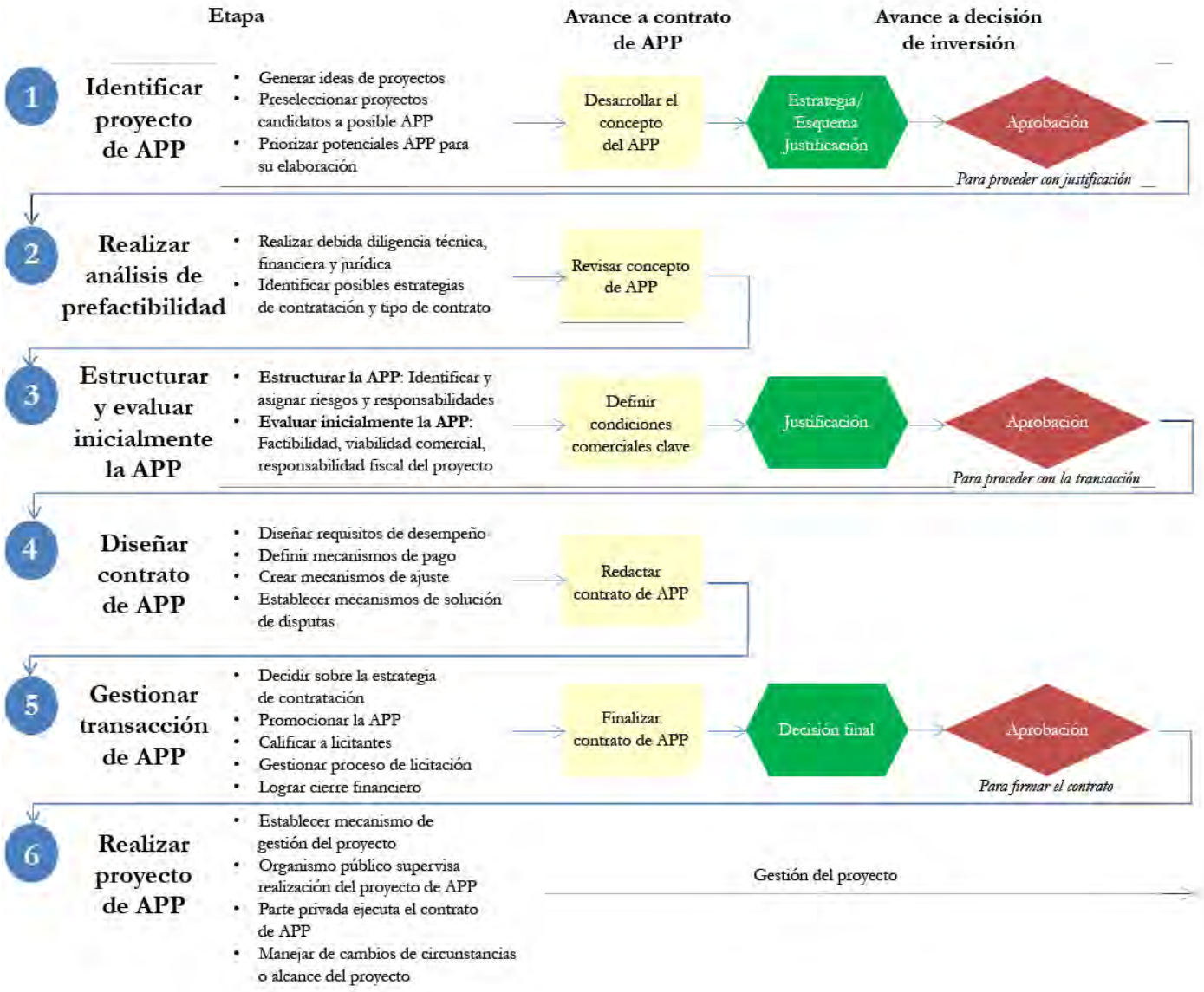
En el gráfico 3 se presenta un esquema del proceso en el que se indican las etapas clave de la preparación y ejecución de un proyecto de APP. Como se puede observar, hay varios pasos y decisiones que se deben tomar antes de iniciar la licitación de un proyecto, y es necesario presupuestar el costo y asignar el tiempo necesario para estos pasos y para la preparación y los estudios requeridos. Una vez que se han cumplido estos pasos, la preparación de los documentos de licitación y la ejecución de un proceso de licitación pública eficaz son importantes para la transparencia, para atraer a operadores fiables y para lograr proyectos sostenibles y eficaces en función del costo; además, es necesario reservar suficiente tiempo y recursos para garantizar la preparación de los documentos de licitación.

Resumen del capítulo

En este capítulo el lector encontrará una descripción de las cuestiones que se deben tener en cuenta y abordar antes de redactar un contrato de PSP.

- *Debida diligencia*
- *Tipo de contrato*
- *Agrupación de proyectos*
- *Contratación del operador mediante licitación pública*
- *Claridad de las disposiciones contractuales y condiciones implícitas*
- *Gestión de los contratos*

Gráfico 3: Proceso típico de una APP (adaptado de la *PPP Reference Guide*, guía de referencia sobre APP)



El Gobierno debe seguir varios pasos antes de iniciar un proyecto, y en esta parte de la Guía se analizan varios de ellos. En la serie de procedimientos operativos estándares del WSP se puede encontrar un análisis más completo de cómo desarrollar la justificación del proyecto, incluido un modelo financiero, la optimización de recursos y las condiciones propicias que deben existir. La presente guía práctica se centra en el diseño del contrato y de los documentos de licitación, y en algunos aspectos jurídicos fundamentales relativos al diseño del proyecto.

1.2 Debida diligencia

Panorama general

Antes de emprender un proyecto, el equipo a cargo de su preparación debe llevar a cabo la debida diligencia técnica, financiera y jurídica para determinar la posibilidad de éxito a largo plazo del proyecto.

Debida diligencia técnica

La debida diligencia técnica evalúa la viabilidad práctica y para ello se analizan los siguientes aspectos:

- La disponibilidad de agua cruda y su calidad.
- La identificación del emplazamiento y de sus límites (por ejemplo, para la fuente de agua, el pozo y equipamiento como la planta de tratamiento).
- Los activos existentes y las inversiones necesarias (incluidos los medidores).
- Fuentes competidoras de abastecimiento de agua.
- Los supuestos sobre la demanda y el consumo (asegurarse de que el proyecto no esté sobredimensionado o subdimensionado).
- Opciones para el suministro de electricidad.
- La disponibilidad de las piezas y equipo necesarios para el sistema de abastecimiento de agua.
- Cuestiones relativas al medio ambiente y las salvaguardias: ¿tendrá el proyecto un impacto adverso en el medio ambiente o en los habitantes? En caso afirmativo, puede hacer falta una evaluación de las salvaguardias ambientales y sociales para reducir al mínimo dicho impacto y, de ser necesario, aplicar medidas de mitigación. Si el proyecto recibirá financiamiento de donantes o financiamiento comercial, puede ser necesario aplicar ciertas políticas de salvaguardia, como los Principios Ecuatoriales (véase más información en: **http://www.equator-principles.com/**). Por ejemplo, las Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social de la Corporación Financiera Internacional (IFC) (**https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c8f524004a73daeca09afdf998895a12/IFC_Performance_Standards.pdf?MOD=AJPERES**) se basan en esos principios.
  El Banco Mundial tiene varias políticas ambientales y sobre salvaguardias (**http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTSAFEPOL/0,,menuPK:584441~pagePK:64168427~piPK:64168435~theSitePK:584435,00.html**).
- Las tarifas, la capacidad de pago y la disposición a pagar, y los niveles de servicio esperados.
- El grado de preparación y la capacidad del sector público para celebrar un acuerdo de PSP, incluido el contexto político.
- El nivel de reforma del sector.
- La capacidad del sector privado local y el grado de desarrollo del mercado local para la PSP.
- Los conflictos de intereses: la transparencia de los posibles operadores y la verificación de que no tengan vínculos con las autoridades de Aguas (este tipo de experiencia suele ser limitada en los entornos rurales).
- Revisión de los antecedentes de los operadores (corrupción, quiebra, litigios, etc.).

Debida diligencia financiera

La debida diligencia financiera evalúa la viabilidad financiera del proyecto y ayuda a la dirección de aguas a determinar si este es autosustentable o si se requerirá un subsidio, y si es factible traspasar el riesgo relacionado con los ingresos al operador; para ello, se analizan los siguientes aspectos:

- Las proyecciones financieras del proyecto, mediante un análisis de las fuentes de ingresos y de fondos, y del costo de las operaciones: ¿los ingresos serán suficientes para cubrir los costos, o se requerirá un subsidio, ya sea general o específico?
- Un modelo financiero (se analizan los costos y los ingresos, así como la rentabilidad que esperará obtener el operador, y las primas de riesgo que este probablemente incluirá en la oferta para tener en cuenta el riesgo que suponen el país, el sector y el entorno imperante).
- El valor por dinero del proyecto comparándolo con el costo, durante todo el proyecto, de contratarlo mediante contratación pública tradicional.
- El interés de los mercados financieros locales.

La debida diligencia técnica y financiera serán tratadas en mayor detalle en los procedimientos operativos estándares (SOP) sobre APP que está elaborando el WSP.

Debida diligencia jurídica

La debida diligencia jurídica considera la factibilidad legal y regulatoria del proyecto. Los principales aspectos que se deben analizar figuran en la lista de comprobación 1.

Consideraciones fundamentales

La planificación del proyecto, las necesidades de inversiones de capital y los estándares de desempeño deben basarse en supuestos realistas, como el consumo real de agua en el lugar del proyecto, para asegurarse de que este se diseñe conforme a las especificaciones apropiadas. Si un proyecto está sobredimensionado, es probable que resulte más caro de construir y operar y, como consecuencia, que los servicios de abastecimiento de agua sean menos asequibles. Si las tarifas son altas, los usuarios pueden desistir de usar el servicio y, a la larga, el proyecto puede fracasar.

En Benin, por ejemplo, los primeros proyectos de PSP se diseñaron únicamente sobre la base de la norma de consumo de agua de la Organización Mundial de la Salud (OMS), esto es, 40 litros diarios por persona. Sin embargo, dado que el consumo de agua en ese país era inferior a la norma de la OMS —el consumo real es de entre 3 y 25 litros diarios por persona—, las instalaciones de los proyectos no se han utilizado a plena capacidad.

Lista de comprobación 1: Debida diligencia jurídica
☐ ¿Cuáles deben ser las partes contratantes? ☐ ¿Tiene la comunidad, u otra entidad publica que proponga el sistema de abastecimiento de agua, la responsabilidad legal de prestar el servicio y el derecho a delegar sus obligaciones respecto de dicho servicio a un tercero? ☐ ¿Tiene la obligación y el derecho exclusivos de prestar los servicios, y puede otorgar la exclusividad a un operador? ☐ ¿Quién es el propietario de los activos y de las tierras? ☐ ¿Quién tiene derecho a solicitar un permiso de aguas? ☐ ¿Tiene el tercero que ser parte en el contrato o debe dar su aprobación antes de que se pueda proceder con el proyecto? En caso afirmativo, ¿Tienen los contratos entre varias partes implicaciones jurídicas especificas en la jurisdicción?
☐ ¿Son todas las partes personas jurídicas que pueden celebrar acuerdos jurídicamente vinculantes y ser demandadas? ☐ ¿Es necesario que un operador privado sea una empresa registrada, o basta que sea una persona física?
☐ ¿Qué permisos y consentimientos se deben obtener para entrar al proyecto? ☐ ¿Qué entidad tiene la licencia para captar agua/tiene el derecho a solicitar tal licencia? ☐ ¿Dicha entidad es la comunidad, una empresa de suministro local, otro organismo o una persona privada? ☐ ¿Puede el operador solicitar un permiso a nombre de dicha entidad? ☐ ¿Existen derechos ribereños en pugna con respecto a la fuente del recurso?
☐ ¿Existen obligaciones legales relativas a las normas de calidad del agua u otros estándares de servicio establecidos por ley que deban cumplirse?
☐ ¿Son los activos y terrenos de propiedad de la entidad pública o de un tercero? Si pertenecen a un tercero, ¿cómo se dará acceso a los derechos sobre las tierras al operador? ☐ ¿Existen restricciones para la transferencia de los derechos sobre las tierras al operador? ☐ ¿Existe claridad sobre quién detenta actualmente la tenencia de las tierras, o estará dicha tenencia sujeta a impugnación? ☐ ¿Existe un mecanismo para otorgar a los prestamistas una garantía del derecho sobre las tierras?
☐ ¿Rige en el país el sistema de Derecho Civil o el de *Common Law*? ☐ ¿Existe alguna condición jurídica que estará implícita en el contrato? Este suele ser el caso en las jurisdicciones donde rige el sistema de Derecho Civil. ☐ ¿Tienen las partes plena libertad para determinar las condiciones contractuales? De nuevo, en los países que se rigen por el sistema de Derecho Civil, esto puede estar limitado por la ley. ☐ ¿Qué requisitos formales se deben cumplir para crear un “contrato”? Habitualmente, en los países que se rigen por el sistema de *Common Law* deben existir pruebas de una oferta y de su aceptación, y la parte pertinente debe proveer una “contraprestación” (un pago o una contribución en especie). En los países que se rigen por el sistema de Derecho Civil, se puede requerir que el contrato esté notarizado para que pueda ser exigible.
☐ Si es probable que los prestamistas quieran tomar una garantía para el contrato del proyecto, para las tierras y para cualquier cuenta bancaria en la que se depositen los ingresos, ¿existen restricciones legales para tomar una garantía para dichos activos?
☐ ¿Están los habitantes de una comunidad obligados por ley a conectarse a la infraestructura de agua y alcantarillado? ☐ ¿Tiene la autoridad derecho a suspender el suministro a los clientes morosos (esto es pertinente si dicha autoridad tiene responsabilidades respecto de ingresos mínimos de conexión al sistema), y facultades para tomar medidas en contra de las conexiones ilegales (y puede delegar dichas facultades a un operador)?
☐ ¿Existe una ley sobre APP, sobre contratación pública o sobre gestión de finanzas públicas en la que se establezcan los requisitos legales que se deben cumplir para la tramitación de licitaciones o por la que se exija a una autoridad local obtener aprobaciones a nivel nacional en el caso de que acepte responsabilidades contingentes o directas?

- ☐ ¿Existen ya operadores, contratistas o empleados que estén prestando alguna parte del servicio?
- ☐ En caso afirmativo, ¿se terminarán sus contratos antes que se celebre el contrato de PSP? ¿Existen obligaciones legales para con los empleados actuales? ¿Existen requisitos legales con respecto a las condiciones de trabajo de los empleados actuales o los empleados del operador?

- ☐ ¿Existe una política tarifaria que se deba aplicar en el país?
- ☐ ¿Se ha tomado en cuenta dicha política en los supuestos relativos a las tarifas propuestas?
- ☐ ¿Habrá un tercero regulador encargado de fijar las tarifas?

- ☐ ¿Qué pasa si se existe algún marco ambiental que se deba aplicar (por ejemplo, leyes específicas en materia de contaminación)?
- ☐ ¿En quién recae la responsabilidad legal: la autoridad o el operador?
- ☐ ¿Puede una parte trasferir dichas obligaciones y responsabilidades a otra parte, o compensarla por ellas?
- ☐ ¿Se exige la realización de un estudio y plan ambiental y de salvaguardia? Si participa alguna IFI, puede ser necesario aplicar las políticas ambientales y de salvaguardia de dicha IFI (véase más arriba la referencia a las salvaguardias).

- ☐ ¿Se deben pagar impuestos, cargos de extracción o aranceles regulatorios en relación con el sistema de abastecimiento de agua, y quiénes deben pagarlos?

- ☐ Cuestiones generales relativas a la existencia de condiciones propicias, como quiebra, expropiación, mecanismos de solución de disputas, ley de sociedades y ley sobre inversión extranjera. Para obtener más información sobre estos temas, visite el sitio web del PPPIRC en www.worldbank.org/ppp.

1.3 Tipos de contratos

Panorama general

El tipo de contrato de PSP determina el nivel de riesgo que asume cada parte contratante. Por lo tanto, al elegir el tipo de contrato se deben tener en cuenta los siguientes factores:

- El alcance de las funciones que desempeñará el operador
- La fuente de pagos del operador
- La fuente de ingresos
- La capacidad de pago de los clientes
- Si existen tipos contractuales exigidos por ley
- Si el sistema jurídico es el Common Law o el Derecho Civil
- Si el operador proporcionará financiamiento (a los prestamistas les interesará que el operador tenga control sobre el proyecto y esté sujeto a un mínimo de interferencia de la autoridad).

En Benin, por ejemplo, la ley exige que las comunas (distritos) construyan la infraestructura de agua y preste el servicio, y además que deleguen las funciones de prestación de servicios en operadores privados o comunitarios. La Dirección General de Aguas de Benin preparó una guía para que las comunas establezcan servicios de abastecimiento de agua en zonas rurales; la guía se basa en estos requisitos e incluye un conjunto de modelos de acuerdo cortos para usar a esos efectos.

SISTEMA DE *COMMON LAW* Y SISTEMA DE DERECHO CIVIL

Las jurisdicciones que se rigen por el sistema de *Common Law* tienen el principio de libertad de contrato; esto significa que, en general, las partes contratantes pueden determinar los detalles de su relación contractual.

El Derecho Civil es más prescriptivo y a menudo existen requisitos en la ley que regulan los derechos y las obligaciones de las partes, el tipo de contrato que se debe utilizar y la manera de gestionar los cambios de circunstancias. Si este es el caso, las partes contratantes deben ser puestas en conocimiento de tales obligaciones, ya sea haciendo referencia específica a las disposiciones legales, o señalándolas en el contrato.

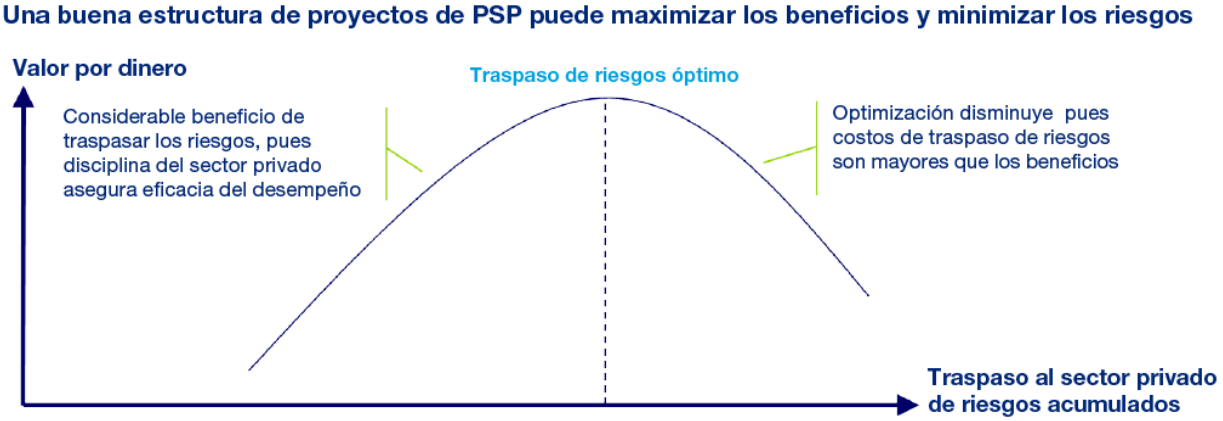
Por ejemplo, en las jurisdicciones que se rigen por el Código Napoleónico (como Benin, Malí y Níger), normalmente existe el concepto jurídico del **"equilibrio económico"** para los contratos por delegación, conforme al cual los tribunales administrativos deben retrotraer a las partes a la posición económica prevista al inicio del contrato. La doctrina normalmente se aplica a aumentos de costos que no pudieron preverse al momento de formar el contrato, como crisis financieras resultantes en una menor demanda, o un cambio de la calidad del agua cruda que haría necesario un tratamiento adicional. También podría aplicarse a aumentos de costos debido a actuaciones imprevistas de la autoridad y que no se abordaron en ninguna otra parte del contrato.

Consideraciones fundamentales

Al formar un contrato se deben considerar varios aspectos:

- ¿Este proyecto contempla la utilización de activos ya existentes o nuevas construcciones, o ambos?
- ¿Qué funciones desempeñará el operador? ¿Operación y mantenimiento? ¿Rehabilitación/expansión/nuevas construcciones, y financiamiento?
- ¿Pagarán los usuarios por el agua y dependerá el operador del cobro de tarifas para generar sus ingresos? En caso afirmativo, ¿dichas tarifas e ingresos permitirán al operador recuperar sus costos? ¿Se requerirá algún tipo de subsidio?
- ¿Existe un tipo de modelo de contrato establecido o recomendado por la ley o por un organismo gubernamental del país? En caso afirmativo, ¿es claro y está bien redactado? Si no es claro ni está bien redactado, ¿es posible modificarlo/ejercer influencia en la forma en que se redacte?
- ¿Existen restricciones legales relativas al tipo de contrato y riesgos que puedan transferirse al sector privado? En el gráfico 3 se muestra que en cada estructura de PSP existe una transferencia de riesgos óptima que puede maximizar los beneficios y minimizar los riesgos (y que el punto en que se alcanza esta transferencia de riesgos óptima varía según el perfil de riesgos del proyecto). Si el contrato no está equilibrado, al presentar sus ofertas los operadores agregarán una prima de riesgo para mitigar dichos riesgos, y las ofertas tenderán a ser altas.

Gráfico 3: Una buena estructura de proyectos de PSP puede maximizar los beneficios y minimizar los riesgos



Comprobaciones del equipo

Los acuerdos contractuales para pequeños proyectos de abastecimiento de agua con PSP analizados se clasifican en cuatro categorías principales: a) contratos de gestión, b) contratos de *affermage*, c) contratos de arrendamiento, y d) acuerdos de diseño-construcción-operación (DBO), y la mayor parte correspondió a las categorías a) y b). Ninguno de estos acuerdos incluía obligaciones de financiamiento a largo plazo que recayeran sobre el operador. Véase el gráfico 2.

En el caso de los proyectos en que se utilizan activos existentes (sin construcción de nuevas instalaciones), los principales tipos de contratos son:

Contrato de gestión: El operador administra los activos y el personal que ya pudiera existir, a cambio de un honorario (podría haber algún incentivo adicional asociado al desempeño, en la forma de una bonificación o penalidad). A su vez, la autoridad puede obtener ingresos del cobro de tarifas o del presupuesto público. El operador tiene obligaciones limitadas de reparación y renovación de las instalaciones, por lo que los contratos tienden a ser de corta duración (de uno a cinco años).

Contrato de operación y mantenimiento: El operador se encarga de la operación de los activos a cambio de un honorario (podría haber algún incentivo adicional asociado al desempeño, en la forma de una bonificación o penalidad). Normalmente, el operador tiene mayor control sobre las operaciones que en el caso de un contrato de gestión, y también puede traer a su propio personal. La autoridad suele pagar las comisiones de operación. A su vez, esta puede obtener ingresos del cobro de tarifas o del presupuesto público. El operador tiene obligaciones limitadas de reparación y renovación de las instalaciones (y esas reparaciones y renovaciones pueden ser más caras que en el caso de los contratos de gestión), por lo que los contratos tienden a ser de mediano plazo (de 5 a 10 años).

Contrato de *affermage*: Se emplea en las jurisdicciones que se rigen por el Derecho Civil y es similar a un contrato de arrendamiento. En virtud de un contrato de este tipo, se delega en el operador (fermier) la obligación de proveer a los clientes agua potable en la zona de delegación, así como las obligaciones de operación y mantenimiento, y una obligación limitada de reparar y renovar las instalaciones (por lo general, solamente piezas menores). Los ingresos provienen del cobro de las tarifas, y los honorarios del operador se pagan con los ingresos generados. Todos los ingresos que se recauden por encima de los honorarios del operador se entregan a la autoridad para que sean invertidos en el sistema. La autoridad es propietaria del sistema de agua y es responsable de las reparaciones importantes, la renovación y la expansión de las instalaciones. Los contratos de *affermage* suelen tener un plazo mediano (de 3 a 10 años).

Contrato de arrendamiento: Contrato en virtud del cual se otorga al operador el derecho a explotar los bienes durante un período determinado. Normalmente es un contrato por un período mediano (de 5 a 10 años) y el operador asume obligaciones de reparación y renovación de mayor costo. También se puede exigir al operador que realice inversiones de capital. Habitualmente el operador asume grandes riesgos en materia de ingresos ya que paga una comisión fija de arrendamiento a la autoridad con cargo a los ingresos, y también asume sus propios cargos.

En el caso de proyectos que implican nuevas construcciones o la expansión y rehabilitación de instalaciones, los principales tipos de contrato que se han empleado en proyectos en pequeña escala son:

Contrato de arrendamiento: Véase la descripción anterior. Los contratos de arrendamiento pueden emplearse para nuevas construcciones y también para activos existentes.

Contrato de diseño-construcción-operación (DBO): El operador debe diseñar y construir el proyecto, y prestar el servicio. Al operador no se le exige financiar el proyecto, pues normalmente se le paga una suma única por la instalación al momento de la puesta en servicio del sistema, y luego una comisión periódica por las operaciones. La responsabilidad por la construcción y la operación del sistema recae en el operador, y sus costos son responsabilidad de la autoridad. Los contratos de DBO suelen ser a más largo plazo que los contratos de affermage y los contratos de gestión (período de construcción + período de operación de 6 a 10 años). La autoridad usualmente asume los riesgos relacionados con los ingresos. En un contrato de DBO las responsabilidades de planificación normalmente recaen el operador, que puede proponer y luego administrar las inversiones de capital y las ampliaciones aprobadas por la autoridad. Este tipo de contrato tiene la ventaja de que la misma parte que diseña el sistema se encarga de su operación, de modo que el riesgo relacionado con el diseño y la construcción corresponde al operador, ya que este tendrá que operar las instalaciones. Cabe esperar que de esta manera se reduzca el riesgo de subdimensionamiento o sobredimensionamiento, y de mala calidad de la construcción.

Contrato de diseño-construcción-arrendamiento (DBL): El operador diseña y construye un sistema de abastecimiento de agua, se lo vende a la autoridad contratante y, simultáneamente, lo toma en arriendo contra el pago de un canon (por lo general, durante un período de 10 a 30 años) para explotarlo. Al vencimiento del contrato de arrendamiento, el sistema es traspasado nuevamente a la autoridad. Este tipo de contrato tiene ventajas semejantes a las del mecanismo de DBO, pues elimina las interfaces entre contrataciones y riesgos que conllevan las contrataciones tradicionales.

En cada uno de estos mecanismos de PSP, el activo sigue siendo propiedad de la autoridad o se transfiere a dicha autoridad antes de entrar en operación, y la responsabilidad de dicha operación vuelve a recaer en la autoridad local al término del período del contrato.

Todos los acuerdos de DBO y DBL que fueron examinados entrañaban un contrato de diseño y construcción junto con un contrato de operaciones o de arrendamiento, que se consolidaron en un formulario breve de DBO o de arrendamiento que anexaba ambos documentos.

Otras opciones que se utilizan en gran medida en el sector del agua, aunque no tanto en sistemas pequeños, son los acuerdos de **construcción-operación-traspaso (BOT)** y los **acuerdos de concesión**, en que el operador suele proporcionar financiamiento y construir un activo. La elección del mecanismo contractual para proyectos en pequeña escala depende de las limitadas oportunidades que tiene el sector privado para movilizar financiamiento y de la capacidad de la comunidad local para pagar. Véase el cuadro 2, donde se muestran los tipos de contratos y los riesgos que conlleva cada uno de ellos.

En un contrato de **BOT**, el operador diseña, construye, financia y opera un sistema durante toda la vigencia del contrato. Estos contratos se suelen utilizar en el sector del agua para el suministro de la misma en grandes cantidades o en plantas de tratamiento de aguas servidas. El operador es propietario del activo hasta el término del contrato, momento en el que el nuevo activo es traspasado a la autoridad. El operador habitualmente es remunerado mediante a una comisión pagada por la autoridad en función del volumen de agua (producida/tratada).

En un **acuerdo de concesión**, se otorga al operador el derecho a desarrollar y explotar activos durante la vigencia del contrato, y a veces el

operador paga a la autoridad una comisión por concesión. Este tipo de contrato puede entrañar la utilización de activos ya existentes y/o la creación de nuevos activos. La remuneración del operador proviene de las tarifas cobradas y habitualmente este asume los riesgos relacionados con la demanda de los usuarios finales y los riesgos relacionados con los pagos. El equipo examinador encontró solamente un ejemplo de una concesión en el sector rural (en Madagascar, aunque dicho contrato se denominaba "contrato por delegación").

El escaso uso de las concesiones en proyectos en pequeña escala puede deberse, en parte, a la transferencia considerable de riesgos al operador durante un período prolongado, y a las dificultades que tienen los operadores de dichos proyectos para obtener financiamiento durante periodos de tiempo bastante largos. Si los operadores de tales proyectos pudieran acceder a fuentes de financiamiento a plazos más largos, las concesiones podrían ser una buena opción, ya que la mayoría de los riesgos operativos de un proyecto se traspasan al operador durante toda la vigencia del contrato. En esta guía se presentan algunas recomendaciones sobre cómo proceder, en los casos apropiados, para contemplar acuerdos BOT y de concesión.

En el anexo 3 se presenta un modelo de acuerdo BOT y de acuerdo de concesión.

Ventajas de los acuerdos BOT y de concesión:

- En un acuerdo BOT o de concesión, el operador es responsable del diseño y construcción, y asume las consecuencias de que el sistema esté subdimensionado o sobredimensionado (a diferencia de aquellos proyectos en que la construcción y las operaciones corresponden a contratos diferentes).
- Las responsabilidades y los riesgos se agrupan en una estructura de rendición de cuentas.
- El concesionario asume los riesgos de deficiencias en la interfaz entre el diseño y la construcción.
- Los costos de construcción y de financiamiento corresponden al operador. No hay presupuesto público vinculado a las inversiones.

Desventajas de los acuerdos BOT y de concesión:

- Los costos de financiamiento del operador suelen ser considerablemente más altos que los del sector público.
- Por lo general, los operadores de proyectos en pequeña escala tienen dificultades para movilizar financiamiento.

Gráfico 4: La parte de responsabilidad del sector privado en los pequeños contratos de PSP para el abastecimiento de agua se enmarca en un espectro

Resumen

A partir de los contratos de PSP examinados, en el cuadro 1 se presentan sus características habituales:

Cuadro 1: Características habituales de los contratos examinados

	Contratos de gestión/operación y mantenimiento	Contratos de affermage	Contratos de arrendamiento	Contratos de diseño-construcción-operación/diseño-construcción-arrendamiento
Descripción	La parte pública delega la gestión del sistema en el operador	La parte pública delega la prestación del servicio en el operador	La parte pública da en arriendo el activo al operador para que este opere el servicio	El operador conviene en diseñar, construir y operar un sistema
Activo nuevo/ existente	Activo existente	Activo existente	Activo existente + construcción nueva/ rehabilitación	Construcción nueva o rehabilitación
Alcance de la función del operador	Gestionar el sistema (ciertas reparaciones) (asume el riesgo del costo de operación)	Operar y mantener el sistema (ciertas reparaciones/ renovación)	Operar y mantener el sistema (ciertas reparaciones) (asume el riesgo del costo de operación)	Diseñar, construir y operar (+ reparaciones/ renovación)
Propiedad	De la parte pública	De la parte pública	De la parte pública	Del operador, hasta el pago de la inversión de capital; posteriormente, la parte del sector público

Cuadro 1: Características habituales de los contratos examinados				
Honorarios y comisiones	La parte pública paga los honorarios al operador	El operador paga a la parte pública un porcentaje de los ingresos para los gastos de capital/ el operador retiene una comisión (en función de los ingresos generados) y entrega el resto a la parte pública	El operador paga una comisión fija a la parte pública	La parte pública paga un honorario una vez terminado el activo, y posteriormente paga una comisión de operación
Fuente de ingresos	Tarifas o presupuesto público	Tarifas	Tarifas	Tarifas o presupuesto público
Riesgo relacionado con los ingresos	Parte pública	Distribuido entre ambas partes	Operador	Operador
Duración	1 a 10 años	2 a 10 años	5 a10 años	7 a 20 años
Obligaciones de inversión	Ninguna	Ninguna	Algunas	Algunas
Parámetros de la licitación	La comisión de gestión más baja	El mayor porcentaje de ingresos para la parte pública/la comisión más baja para el operador	El canon de arrendamiento más alto; esto aumenta el riesgo para el arrendatario si los supuestos acerca de los ingresos fueran demasiado optimistas, o si el arrendador no expande el sistema	La comisión más baja por la construcción + la comisión más baja por las operaciones
Derecho Civil/ *Common Law*	*Common Law*	Derecho Civil	*Common Law*	*Common Law*
Países donde se utiliza	Uganda, Kenya y Punjab (India)	Benin, Malí, Níger, Perú, Burkina Faso	Viet Nam	Bangladesh, Viet Nam, Uganda
Aspectos más importantes	El operador asume riesgos limitados Pocos incentivos para que el operador aumente los ingresos El riesgo relacionado con los ingresos recae en el otorgante	Se requiere una buena auditoría, pues existe asimetría de información Se requiere una clara asignación de riesgos respecto de las reparaciones y las renovaciones	Asumir el riesgo relacionado con los ingresos y la obligación de pagar al arrendador un canon fijo puede causar dificultades si los ingresos resultan deficientes	Construcción por el operador y reembolso de la comisión por construcción al momento de la puesta en servicio El riesgo relacionado con la operación /el sistema recae en el operador

1.4 Agrupación de proyectos

Panorama general

Un problema que se plantea con los proyectos pequeños es lograr economías de escala o atraer a operadores experimentados del sector del agua, particularmente en zonas más aisladas, para llevar adelante un proyecto independiente. Los proyectos independientes no siempre son asequibles y pueden resultar poco atractivos para los inversionistas.

Para futuros proyectos con PSP se podría considerar la agrupación (agregación) de proyectos con el objeto de atraer a operadores con mayor experiencia y poder lograr economías de escala (tanto con respecto a la inversión de capital como a los costos operativos), y la creación de una base de activos más grande para la cual atraer financiamiento comercial. La agrupación (agregación) de proyectos se puede utilizar como un mecanismo para licitar varios sistemas empleando documentos de licitación similares y el mismo procedimiento de licitación, o la ejecución de varios sistemas en el marco de un solo contrato. La agrupación de proyectos debe ser óptima (es decir, no demasiado grande ni dispersa, a fin de que el proyecto no se vuelva inmanejable).

Consideraciones fundamentales

- ¿Podría llegar a haber varios sistemas ubicados en la misma área geográfica?
- ¿Hay una lógica comercial para agrupar la ejecución de estos proyectos (por ejemplo, economías de escala y eficiencias en las operaciones)?
- ¿Cuál es la autoridad (existe un solo órgano responsable de la prestación del servicio, o hay más de uno)? ¿Se entiende bien la base jurídica sobre la cual dicha autoridad contratará la prestación del servicio?
- ¿Se agruparán los proyectos únicamente para licitar los sistemas, o para ejecutar varios sistemas en el marco de un solo contrato?
- ¿Será la agrupación de proyectos solo de nombre, y cada una de las comunidades será parte en el contrato y una contraparte con la que el operador deberá trabajar? ¿O serán todas las comunidades partes, pero nombrarán a una de ellas para que actúe como contraparte en las actividades diarias y sea la entidad a la que el operador rinda informe? ¿Formarán las comunidades una sola unidad que, a su vez, establezca un contrato con el operador, de modo que el operador establezca un contrato con un solo órgano?
- ¿Puede el operador aunar los ingresos percibidos de los usuarios, o debe mantenerlos separados? ¿Se pueden utilizar los ingresos provenientes de un sistema para financiar otro sistema del grupo de proyectos?
- ¿Cómo se priorizarán las inversiones entre los distintos sistemas?
- ¿Se pueden aunar los activos de diferentes sistemas y comunidades? En caso afirmativo, ¿existen limitaciones para esta práctica? ¿Existe ya un sistema de abastecimiento de agua en funcionamiento para una comunidad que pudiera abastecer a otras comunidades?
- ¿Cómo se establecerán las tarifas con respecto a los sistemas agrupados (especialmente si son varias las autoridades involucradas)?
- ¿Existen restricciones legales con respecto al tipo de contrato y a los derechos y riesgos que pueden traspasarse al sector privado?
- ¿Qué tipo de capacidad técnica y financiera se exigirá a los licitantes cuando se trate de varios sistemas? ¿Deberán los licitantes demostrar más conocimientos técnicos y capacidad financiera que si se tratara de sistemas individuales? ¿Se permitirá a los licitantes presentar ofertas para más de un grupo de sistemas? En caso afirmativo, ¿habrá descuentos si a un licitante se le adjudica más de un grupo de sistemas?

Comprobaciones del equipo

En el examen practicado, el equipo encontró ejemplos de agrupación de varios sistemas pequeños dentro de una misma área geográfica únicamente para efectos de la licitación, y no para la ejecución de varios sistemas en el marco de un solo proyecto. En Níger, se agruparon 55 sistemas con el propósito de elaborar los documentos de contratación y llevar a cabo los procesos de contratación. El hecho de agrupar los sistemas redujo claramente los costos de transacción de las autoridades contratantes. Sin embargo, los licitantes debieron preparar una oferta para cada sistema de abastecimiento de agua, y probablemente se podrían haber logrado más ahorros si los sistemas

se hubieran agrupado en un número menor de paquetes de ofertas; de esa manera, los licitantes hubieran presentado ofertas para un menor número de paquetes de sistemas y la autoridad hubiera tenido que estudiar un número más reducido de esos paquetes. En definitiva, se seleccionaron 18 operadores para explotar 55 sistemas pequeños de abastecimiento de agua, por lo que en algunos casos hubo operadores que administraban varios sistemas, pero cada sistema tenía su propio contrato.

En el caso de Níger, los licitantes podían presentar ofertas para más de un sistema, de modo que la agrupación de proyectos fue para la preparación de los documentos de licitación y para el proceso de licitación, y no para la ejecución de los proyectos. Este método es más directo que la agrupación de sistemas en el marco de un solo contrato, pero en lo que respecta a las economías de escala, estas solo se pueden lograr en la ejecución de proyectos si un licitante de adjudica varias ofertas. El WSP espera encontrar a su debido tiempo ejemplos de agrupación de proyectos a los efectos de su ejecución, y los publicará en **www.worldbank.org/ppp**.

CONSEJO: La redacción que se presenta a continuación solo se refiere a la agrupación de proyectos para efectos de la licitación. En los casos en que se agrupen varios sistemas en un solo contrato, la redacción podría adaptarse para especificar lo siguiente: "Dicho operador será seleccionado para un paquete de sistemas [como se especifica en el párrafo XYZ], y se puede seleccionar un operador para que explote varios paquetes de sistemas".

Modelo de redacción de una solicitud de propuestas

Redacción empleada en una solicitud de propuestas en Níger (traducida del francés al inglés, y luego del inglés al español)

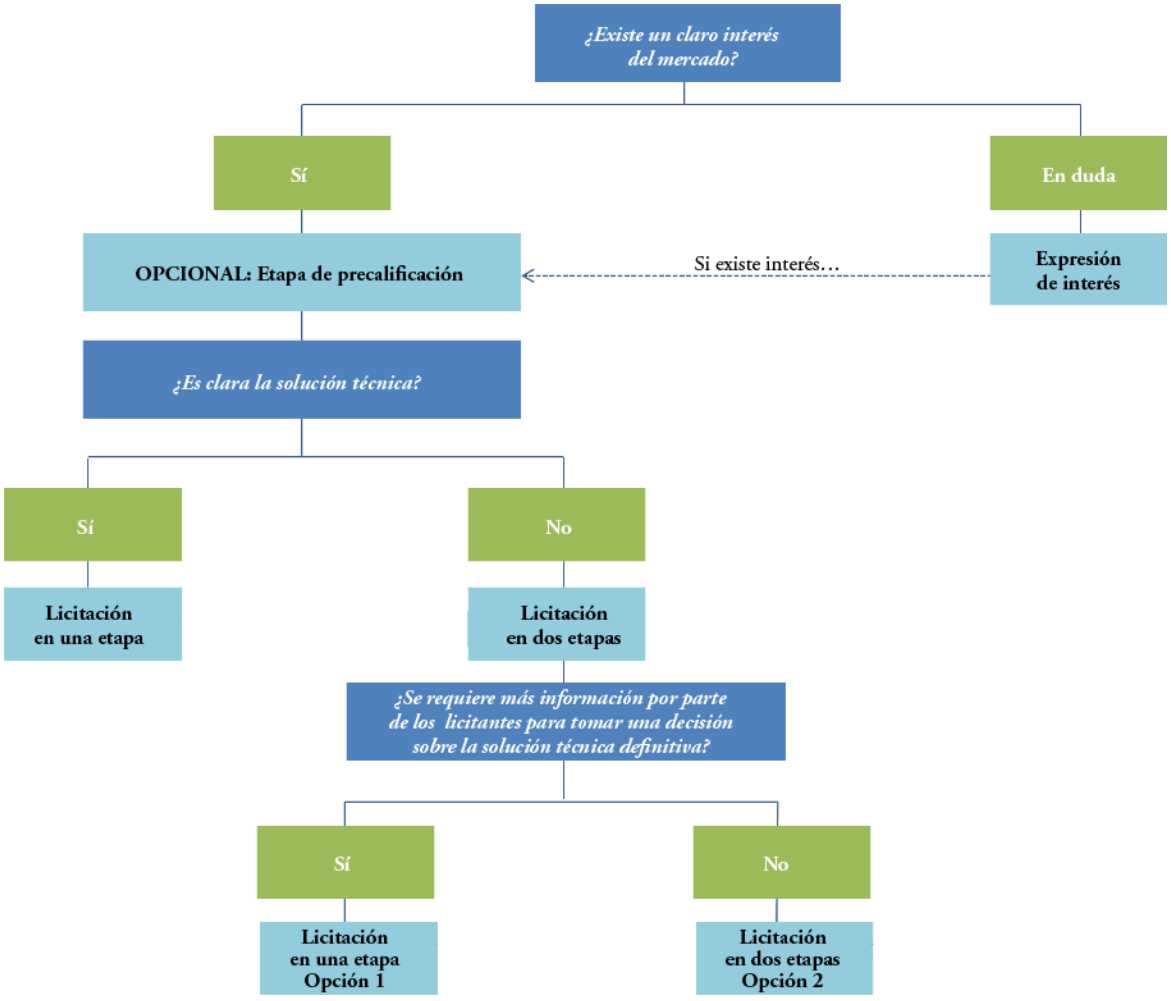
> "Un operador del servicio, ya sea una persona física o una empresa privada, es responsable de la operación técnica, comercial y financiera de tal servicio. Dicho operador será seleccionado, sistema por sistema, e incluso se puede seleccionar un solo operador para que explote varios sistemas".

1.5 Contratación del operador mediante licitación pública

Panorama general

La autoridad deberá analizar la manera en que contratará al operador del proyecto. Se recomienda realizar una licitación pública. En el caso de proyectos en zonas rurales, si no hay financiamiento por parte del operador, este proceso debería ser lo más sencillo posible. Al igual que en la contratación pública tradicional, es importante dar seguridades a los licitantes de que el proceso es justo, claro y transparente antes de que destinen recursos para la preparación de una oferta. Esto también es importante para la autoridad, ya que el proceso de contratación procura lograr la optimización de los recursos para el proyecto que se ha de emprender.

Proceso de alto nivel para las opciones comunes de licitación pública



Consideraciones fundamentales

- ¿Existe una ley de contratación pública o de APP que sea aplicable a este proyecto?
- ¿Se aplicarán los requisitos o directrices sobre contrataciones establecidos por donantes o por IFI?
- ¿Se admitirán ofertas alternativas (que ofrezcan diferentes soluciones técnicas)? Esto puede tener la ventaja de que se propongan soluciones alternativas tal vez más eficaces, pero también puede dificultar la comparación de las ofertas. En la solicitud de propuestas se debe indicar claramente que todas las opciones técnicas que propongan los

licitantes deben cumplir las especificaciones mínimas de desempeño. El licitante puede ofrecer su solución más económica, siempre y cuando esta cumpla con los criterios señalados en la solicitud de propuestas.

- La autoridad puede estudiar la posibilidad de elaborar un memorando informativo simple (véase un modelo en el anexo 6).
- La autoridad puede pedir consejo a empresas de suministro más grandes sobre posibles proveedores y contratistas para publicitar el proceso de licitación del proyecto.
- Se debe considerar la inclusión de una etapa de precalificación si la autoridad contratante solo desea recibir ofertas de candidatos que reúnan los criterios especificados para participar (en el caso de proyectos más complejos o grandes), o cuando así lo exija la ley. Esto puede ayudar a descartar del proceso a empresas inadecuadas, que no posean suficiente capacidad o experiencia pertinente, y puede brindar también una oportunidad a la autoridad para preparar un contrato equilibrado luego de haber tenido en cuenta las opiniones del sector privado durante las reuniones previas a la licitación. No obstante, este proceso puede ser prolongado y engorroso, y podría no ser apropiado para la mayoría de los proyectos pequeños, a menos que el operador aporte financiamiento o que la solución técnica pudiera ser compleja. Hay que considerar cuáles deben ser los criterios de calificación (experiencia técnica o de gestión, balance general sólido) y la ponderación de dichos criterios.
- ¿Se organizarán los licitantes en consorcios, y se aceptarán empresas mixtas? En caso afirmativo, hay que pensar en exigir que los consorcios indiquen de qué manera se asignarán las responsabilidades, y determinar cómo se compararán la experiencia y las referencias de los consorcios (por ejemplo, ¿se tomará en cuenta la experiencia de los subcontratistas?).
- ¿Existen ya en el país modelos de documentos de licitación exigidos o recomendados para tales proyectos?
- ¿Cuáles serán los criterios de evaluación que se aplicarán en el proyecto? (Estos se deben señalar claramente en la solicitud de propuestas.) ¿se basarán los criterios de evaluación en el precio más bajo (después de aplicar el método de aprobación o rechazo de la oferta técnica) o en una combinación de especificaciones técnicas y precio más bajo? Si las especificaciones técnicas serán consideradas en la puntuación final, los criterios deben ser sencillos y el número de parámetros debe ser limitado, y pueden ser apropiados únicamente para proyectos más complejos, ya que la relación puede ser menos objetiva y más compleja que con el método de aprobación o rechazo. En lo referente al precio, el criterio debe ser simple: el menor subsidio, la tarifa más baja, o los honorarios más bajos del operador. En el caso de un contrato de DBO, habrá dos parámetros de precios: el costo de construcción y los costos de operación.
- ¿Cuál es el plazo apropiado para recibir ofertas?
- Si existe un solo licitante que cumpla con los requisitos, ¿la autoridad procederá con el proyecto o volverá a iniciar el proceso? ¿Es probable que haya muy poca competencia si la autoridad pone en marcha el proceso de adquisiciones? Lo que causa preocupación cuando se trata de una sola oferta que cumple con los requisitos o de una negociación directa es que la autoridad pierde su poder de negociación si solo hay un operador en competencia. Sin embargo, se reconoce que cuando el proyecto está situado en una zona aislada, es probable que el número de posibles licitantes sea bajo. En tal caso, la autoridad tal vez no tenga más opción que negociar con un solo licitante; es posible que pueda mitigar el riesgo comparando los costos unitarios de los equipos para determinar si los precios son razonables.
- ¿Se permiten en el marco de la legislación iniciativas privadas (en que un proponente del proyecto proponga un proyecto)? En caso afirmativo, ¿cómo se deben tratar esas propuestas? Puede ser apropiado promoverlas en circunstancias específicas, siempre que se pueda demostrar su viabilidad económica y la optimización de recursos. En tal caso, se deberá considerar si deben someterse a licitación pública o si son aptas para la negociación directa. El proceso y tratamiento pueden estar establecidos por ley. Para un análisis más detallado sobre el tratamiento de las iniciativas privadas en proyectos, visite **www.worldbank.org/ppp**.
- Se debe asegurar que el contrato sea equilibrado (un contrato en el que los riesgos recaigan en el sector privado y que este no pueda administrar derivará en que un licitante potencial no presente ofertas o que la oferta sea más alta, dado que el licitante incluirá en ella una prima de riesgo).

Cuadro 2: Opciones para el proceso de contratación

Etapa	Descripción	Evaluación	Cuándo se usa	Comentario
Expresión de interés	La autoridad emite una solicitud de expresiones de interés para determinar el interés del mercado	Generalmente, no vinculante	Cuando no existe claridad sobre el interés del mercado, o si lo exige la ley	

Solicitud de precalificación			Los posibles licitantes tratan de pasar la precalificación, suministrando información detallada sobre su experiencia y capacidad (técnica y financiera)	Método de aprobación o rechazo, o sistema de puntuación; este proceso también puede limitar el número de licitantes precalificados	Para proyectos más grandes o más complejos; si se desea limitar la licitación a aquellos licitantes que demuestran experiencia y capacidad, si existe preocupación de que presenten ofertas licitantes sin experiencia, o si lo exige la ley	Esto puede hacer que el proceso de licitación sea más largo; los criterios de calificación se deben determinar cuidadosamente
Solicitud de propuestas	Licitación en una etapa (dos sobres)		Esta opción se puede usar con o sin una expresión de interés Los licitantes presentan al mismo tiempo una propuesta técnica y una propuesta financiera en sobres separados	Primero se abren y se evalúan las ofertas técnicas; por lo general se aplica el método de aprobación o rechazo Luego se examinan solamente las ofertas financieras de las ofertas técnicas que reúnen los requisitos Normalmente se selecciona la oferta con el precio, el subsidio y la tarifa más bajos	Cuando la solución técnica es clara y el valor del contrato es bajo	El proceso es sencillo y relativamente rápido
	Licitación en dos etapas	Opción A	Se emite a los licitantes una solicitud de propuestas preliminar en la que se les pide que presenten una oferta técnica preliminar. La autoridad examina las opciones técnicas y emite la solicitud de propuestas definitiva teniendo en cuenta la opción preferida. Las ofertas técnicas y financieras se deben presentar sobre esa base	A la oferta técnica definitiva a menudo se aplica el método de aprobación o rechazo Normalmente se selecciona la oferta con el precio, el subsidio y la tarifa más bajos Si pudiera haber una variabilidad entre los licitantes que resultara valiosa para la autoridad, se califica y pondera la oferta técnica, y luego se califica y pondera la oferta financiera; la puntuación final es la suma de ambos puntajes	Cuando la solución técnica no es clara y la autoridad solicita información a los licitantes antes de tomar una decisión sobre la solución técnica definitiva	Este es un proceso más largo
	Licitación en dos etapas	Opción B	Se emite una solicitud de propuestas técnicas. Se evalúan y califican las propuestas. Luego, se solicita al licitante que ha presentado la oferta	Se evalúa la oferta técnica y la oferta financiera	Cuando los requisitos técnicos podrían cumplirse de diferentes maneras y la autoridad busca la mejor solución técnica	Esta puede ser una negociación difícil y prolongada, en que el licitante mejor evaluado

			técnicamente mejor evaluada que presente una oferta financiera			tiene menos competencia durante todo el proceso

CONSEJO: Cuando se trata de proyectos en pequeña escala, es importante que los criterios de evaluación sean simples: aplicar el método de aprobación o rechazo para la oferta técnica, y luego evaluar las ofertas financieras de los licitantes que hayan aprobado los criterios técnicos sobre la base del menor costo. Este puede no ser el enfoque más adecuado en casos excepcionales cuando el proyecto es más complejo o cuando el traspaso de riesgos al sector privado es considerable (por ejemplo, en el caso de un proyecto BOT o una concesión), en cuyo caso podría ser más apropiado solicitar una oferta financiera que presente el mejor valor, teniendo en cuenta varios criterios de evaluación especificados, en lugar de considerar solamente el costo más bajo.

Comprobaciones del equipo

El equipo comprobó que en los documentos de licitación se señalan de manera general los parámetros para presentar ofertas para los proyectos y se establecen las reglas básicas para que los licitantes presenten sus ofertas y la entidad responsable evalúe las ofertas. En la mayoría de los casos, todo esto era claro y conciso.

Si los documentos no son claros y transparentes, pueden producirse las siguientes situaciones:

Quejas con respecto al proceso de licitación una vez que se ha seleccionado al licitante.

Un número limitado de licitantes (si existe la impresión de que la licitación puede estar arreglada).

Proyectos más caros y posible anulación del proceso de licitación (con los consiguientes retrasos).

La mayoría de los proyectos examinados contemplaban un proceso de licitación abierta, en los que el principal documento de licitación era la solicitud de propuestas, o llamado a licitación. En algunos proyectos también había una expresión de interés. Es poco probable que en proyectos en pequeña escala sea necesario un proceso de precalificación (en que se solicita a los posibles licitantes que indiquen sus calificaciones y experiencia como primer paso para determinar si están precalificados para presentarse a un proyecto), a menos que la capacidad técnica y la experiencia del operador se consideren esenciales.

No obstante, la precalificación puede ser exigida por ley y, de hecho, los documentos de licitación preparados para Benin y Níger incluían un documento de precalificación (solicitud de precalificación).

Un ejemplo claro de una solicitud de propuestas en francés (*appel à concurrence*) es el modelo preparado para el contrato de *affermage* de Benin. Este documento se puede consultar en: **http://eaubenin.bj/docs/SDC/A3_DAC_fermier.pdf**

Se pueden encontrar modelos de documentos de licitación en inglés para pequeños proyectos del sector del agua en: **www.worldbank.org/ppp**.

Resumen

En la lista de comprobación 2 se indican los principales pasos que se deben incluir en una solicitud de propuestas.

Lista de comprobación 2: Principales disposiciones de una solicitud de propuestas
☐ Preparar una descripción del proceso de licitación.
☐ Identificar a la autoridad.
☐ Determinar las fechas clave para presentar ofertas, y los plazos para enviar preguntas de aclaración sobre las ofertas y la apertura de las ofertas.
☐ Dirección postal a la que se debe enviar y presentar la oferta.
☐ Determinar qué documentos deben incluirse en la oferta; ofertas técnicas y financieras.
☐ Determinar los criterios de evaluación.

Lista de comprobación 2: Principales disposiciones de una solicitud de propuestas
☐ Redactar el contrato y las especificaciones.
☐ Determinar la manera de presentar quejas relativas al proceso de licitación.
☐ Describir el proceso de licitación.

1.6 Claridad de las disposiciones contractuales y condiciones implícitas

Panorama general

Se considera una buena práctica que los contratos sean claros en lo que respecta a la redacción, las especificaciones de desempeño y los objetivos de rendimiento. Esto reviste especial importancia para los proyectos más pequeños, en los que la capacidad de las partes puede ser limitada y estas deban vivir cerca unas de otras, a fin de limitar el riesgo de malos entendidos, insatisfacción y disputas.

También es importante establecer mecanismos para la gestión diaria del proyecto, y para el intercambio de información entre las partes, además de mecanismos de solución de disputas que permitan encontrar soluciones a los problemas antes de que estos se agraven. Para obtener más orientación sobre la gestión de los contratos, véase la sección 1.7. En el caso de proyectos en entornos rurales, los contratos deben ser lo más breves y simples posible.

Consideraciones fundamentales

En algunas jurisdicciones, particularmente las que se rigen por el Derecho Civil, la ley puede estipular requisitos por los que se establecen derechos y obligaciones de las partes, el tipo de contrato que se ha de utilizar y la manera en que se deben manejar los cambios de circunstancias. En tales casos, las partes contratantes deben ser puestas en conocimiento de esas obligaciones, ya sea haciendo referencia específica a las disposiciones legales, o incluyéndolas en el contrato. En Perú, un decreto supremo emitido en el marco de la Ley General de Servicios de Saneamiento contiene exigencias específicas para los operadores especializados de servicios de abastecimiento de agua y saneamiento domiciliarios en ciudades pequeñas, que el operador debe cumplir independientemente de que dichas exigencias estén establecidas en el contrato.

Comprobaciones del equipo

Durante el examen, el quipo comprobó que las jurisdicciones que se rigen por el Código Napoleónico (como Benin, Malí y Níger) suelen aplicar el concepto de "equilibrio económico" en los contratos por delegación. Esto significa que los tribunales administrativos retrotraen a las partes a la posición económica prevista al inicio del contrato. Esta doctrina se aplica habitualmente a los aumentos de los costos que no pudieron preverse en el momento de la contratación, por ejemplo, una crisis financiera que tiene como consecuencia una disminución de la demanda, o un cambio en la calidad del agua cruda que haría necesario un tratamiento adicional. También podría aplicarse al incremento de los costos como consecuencia de medidas adoptadas por la autoridad, los cuales no estaban previstos y no se consideraron en otra parte del contrato.

Los acuerdos de *affermage* elaborados para proyectos de agua de sectores rurales en Benin, Malí y Burkina Faso, y el acuerdo de gestión preparado para Kenya son, en general, buenos ejemplos de acuerdos redactados con claridad, especialmente respecto de las obligaciones del operador, las normas de desempeño incluidas en los anexos de los acuerdos, y los requisitos de supervisión técnica y financiera por parte de la autoridad. De estos documentos de antecedentes se han extraído ejemplos de reacción para el análisis de las cuestiones contractuales específicas que se tratan en la sección 2.

1.7. Gestión de los contratos

Panorama general

En la mayoría de los proyectos rurales existe una estrecha interrelación entre el operador, la autoridad y los usuarios. El operador presta un servicio público y es importante que sea objeto de supervisión y gestión. Existen mecanismos que se pueden incorporar en los contratos para contribuir a tal supervisión y gestión.

Es improbable que en el contrato se prevea cada circunstancia que pueda surgir, y en algunos casos será necesario que las partes renegocien el contrato. Puede requerirse la aprobación de terceros, como un ente regulador del sector, para que una autoridad pueda realizar una modificación sustantiva. Puede ocurrir que la autoridad no tenga la capacidad o no esté dispuesta a encargarse de gestionar al operador, por lo que se deberá considerar la necesidad de nombrar a otro organismo o persona para que se encargue de la supervisión a nombre de la autoridad. Para obtener más orientación sobre la supervisión de los contratos y la regulación de los operadores, véase la sección 2.10.

Consideraciones fundamentales

A la hora de determinar la manera de gestionar un contrato deben tenerse en cuenta varios aspectos. Los principales de ellos se incluyen en la lista de comprobación 3.

Lista de comprobación 3: Mecanismos de supervisión y gestión de los contratos
☐ Requisitos relativos a la presentación de informes periódicos.
☐ Redacción clara de las obligaciones y especificaciones, para asegurarse de que las partes comprendan sus obligaciones.
☐ Foro para analizar periódicamente los problemas que puedan surgir (por ejemplo, un comité de operaciones).
☐ Comenzar con contratos de corta duración, si la relación entre las partes es nueva, para permitir que las partes se salgan del contrato relativamente pronto. Los mecanismos de terminación también pueden permitir a las partes terminar el contrato si el desempeño es deficiente.
☐ Determinar un mecanismo para gestionar los cambios de circunstancias (revisiones de las tarifas y mecanismos de variación).
☐ Crear mecanismos para la solución de disputas que permitan un diálogo y la solución de estas antes de que se agraven. Un tercero también puede brindar asistencia de mediación, o ser elegido como foro para la solución de disputas (en lugar de un tribunal).