

Estado Libre Asociado de Puerto Rico
TRIBUNAL DE APELACIONES
PANEL II

PUERTO RICO FAST
FERRIES, LLC

Recurrente

Vs.

AUTORIDAD DE ALIANZAS
PÚBLICO-PRIVADAS

Agencia Recurrída

AUTORIDAD DE TRANSPORTE
MARÍTIMO

Entidad Gubernamental
Recurrída

HMS FERRIES, INC.; HMSI
FERRIES-PUERTO RICO, LLC

Proponente-Recurrída

KLRA202000482

Revisión
administrativa
procedente de
la Autoridad de
Transporte
Marítimo

Sobre:
Ley 29 del 8 de
junio de 2009,
Ley de Alianzas
Público-Privadas

Panel integrado por su presidenta, la Jueza Jiménez Velázquez, la Jueza Romero García y la Juez Méndez Miró

Per Curiam

SENTENCIA

En San Juan, Puerto Rico, a 28 de diciembre de 2020.

Puerto Rico Fast Ferries LLC (PRFF) solicita que este Tribunal revise el *Aviso de Adjudicación* que emitió la Autoridad de Alianzas Público-Privadas de Puerto Rico (AAPP). En esta, la AAPP adjudicó a favor de HMS Ferries Inc. (HMS) la solicitud de propuestas para un proyecto de la Autoridad de Transporte Marítimo (ATM). En consecuencia, rechazó la propuesta de PRFF.

Se confirma la determinación de la AAPP.

I. Tracto Procesal

En el 2018, la AAPP y la ATM comenzaron a explorar la posibilidad de establecer una alianza público-privada al amparo de la Ley Núm. 29-2009, *infra*, para la

operación y el mantenimiento de ciertos servicios de transporte marítimo.

El 30 de abril de 2019, la AAPP emitió el *Request for Proposals for the Maritime Transportation Services Project* (RFP). Mediante este, se buscaba entablar una relación a largo plazo con un operador privado que asumiera la operación de los servicios de transporte marítimo, particularmente de San Juan, Vieques y Culebra. El proyecto incluía "the performance of operations maintenance and certain ticketing system capital improvements related to the Ferry Services including, without limitation the operation and maintenance of a maintenance facility located in San Juan."¹ La alianza tendría un término de 23 años y se dividiría en dos fases.²

Posteriormente, HMS y PRFF presentaron sus propuestas.

Luego de ciertos trámites, la AAPP notificó que seleccionó la propuesta de HMS y, por ende, rechazó la propuesta de PRFF. A partir de entonces, comenzaron las negociaciones contractuales entre la AAPP y HMS.

Finalmente, el 2 de noviembre de 2020, la AAPP emitió el *Aviso de Adjudicación*. Explicó que seleccionó la propuesta de HMS, entre otros, debido a que PRFF falló en establecer una cuantía fija total a ser pagada por la ATM. Señaló que PRFF sujetó esta cuantía a un ajuste basado en las ganancias que obtuviera y los costos en los que incurriera durante la Fase 2 del proyecto. Asimismo, indicó que PRFF incumplió con la presentación de una fianza de \$5,000,000.00 mediante una carta de

¹ Apéndice de *Revisión Judicial*, págs. 1393-1394.

² Apéndice de *Revisión Judicial*, pág. 1394.

crédito de una institución financiera con una clasificación de crédito específica.

En desacuerdo, PRFF presentó un *Recurso de Revisión y Auxilio de Jurisdicción* e indicó:

ERRARON Y ABUSARON DE SU DISCRECIÓN LA AAPP Y SU COMITÉ AL DETERMINAR QUE LA PROPUESTA DE PRFF NO DIO CERTEZA A LA ATM EN CUANTO A LOS PAGOS A REALIZARSE DURANTE LA FASE 2 DEL CONTRATO.

ERRARON Y ABUSARON DE SU DISCRECIÓN LA AAPP Y SU COMITÉ AL RECHAZAR LA PROPUESTA DE PRFF UTILIZANDO COMO FUNDAMENTO QUE NO SE CUMPLIÓ CON EL REQUISITO DE LA FIANZA DE PROPUESTA.

ERRARON Y ABUSARON DE SU DISCRECIÓN LA AAPP Y SU COMITÉ AL UTILIZAR UN PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN AMBIGUO, ININTELIGIBLE E INCONSISTENTE CON LAS ESPECIFICACIONES DEL RFP Y AL NO CONCLUIR QUE LA PROPUESTA DE PRFF REPRESENTABA EL MEJOR VALOR PARA LA ATM.

El 24 de noviembre de 2020, un Panel Hermano Especial emitió el auto de revisión, conforme el Art. (b) de la Ley Núm. 29-2009, *infra*. Por su parte, la ATM presentó una *Urgente Moción de Desestimación por Falta de Jurisdicción*. A esta se unieron HMS y la AAPP. Se declaran No Ha Lugar las solicitudes de desestimación.

A su vez, la ATM presentó una *Oposición a Recurso de Revisión Judicial y Auxilio de Jurisdicción*. HMS y la AAPP también presentaron sus oposiciones en los méritos. Con el beneficio de la comparecencia de las partes, se resuelve.

II. Marco Legal

A. Revisión Judicial

La Ley de Alianzas Público Privadas, Ley Núm. 29 de 8 de junio de 2009, según emendada, 27 LPRA sec. 2601 et seq. (Ley Núm. 29-2009), tiene como objetivo principal declarar la política pública del Estado de favorecer y promover alianzas con entes privados. De esta forma, se

promueve la creación de proyectos, el desarrollo y mantenimiento de proyectos, se mejoran los servicios y las funciones del Estado, se crean empleos y se estimula el desarrollo económico y la competitividad del Estado. Su característica principal es que el Estado y el Contratante comparten el riesgo que representa el desarrollo.

En lo pertinente a este caso, el Art. 9 de la Ley Núm. 29-2009, 27 LPRA sec. 2608, establece el procedimiento de selección de un proponente y contempla el derecho de un Proponente no seleccionado para solicitar la revisión judicial. El Art. 20 (e) de la Ley Núm. 29-2009, 27 LPRA sec. 2619, establece los límites del alcance de la revisión judicial:

Las determinaciones de cualificación del Comité de Alianzas y la aprobación del Contrato de Alianza por el Gobernador o Gobernadora o la funcionaria o el funcionario que éste o ésta delegue, según dispone el Artículo 9(g)(ii)-(v), serán revocadas exclusivamente por error manifiesto, fraude o arbitrariedad. (Énfasis suplido).

Como se sabe, la revisión judicial permite asegurar que las actuaciones de los organismos administrativos están de acuerdo con las facultades que legalmente les fueron concedidas. *Comisión Ciudadanos v. G.P. Real Property*, 173 DPR 998, 1015 (2008). Particularmente, este Tribunal puede evaluar si los foros administrativos cumplieron con los mandatos constitucionales que gobiernan su función. Entre estos, que respeten y garanticen los requerimientos del debido proceso de ley que tienen las partes. *Íd.*, pág. 1015.

Con respecto al estándar de revisión, nuestro Foro Judicial Máximo estableció que se debe deferencia a las determinaciones administrativas. Es decir, este Tribunal

no debe reemplazar el criterio especializado de las agencias por el suyo. *López Borges v. Adm. Corrección*, 185 DPR 603, 626-627 (2012). Esta deferencia se ofrece en atención a la experiencia y pericia que se presume que tienen las agencias administrativas para atender y resolver los asuntos que le fueron delegados. *Graciani Rodríguez v. Garaje Isla Verde*, 202 DPR 117 (2019). Por ende, este Tribunal está obligado a diferenciar entre las cuestiones de interpretación estatutaria, el área de especialidad de los tribunales y las cuestiones propias de la discreción o pericia administrativa. *Rebollo v. Yiyi Motors*, 161 DPR 69, 78 (2004). Ello, debido a que las determinaciones administrativas gozan de una presunción de legalidad y corrección, la cual subsistirá mientras no se produzca suficiente prueba para derrotarla. *Batista, Nobbe v. Jta. Directores*, 185 DPR 206, 215 (2012).

Ahora bien, la regla de deferencia no es absoluta y los tribunales no pueden, bajo el pretexto de deferencia, imprimirle un sello de corrección a las determinaciones o interpretaciones administrativas que sean irrazonables, ilegales o contrarias a derecho. Las determinaciones administrativas deben evaluarse bajo un estándar de razonabilidad. *Graciani Rodríguez v. Garaje Isla Verde*, *supra*. La razonabilidad es el criterio rector de la revisión judicial. *Otero v. Toyota*, 163 DPR 716, 727 (2005). Por lo cual, la revisión judicial se limita a evaluar si la agencia actuó de manera arbitraria, ilegal o irrazonable, de forma que sus acciones constituyen un abuso de discreción. *Graciani Rodríguez v. Garaje Isla Verde*, *supra*; *Rolón Martínez v. Supte. Policía*, 201 DPR 26, 35 (2018); *Torres v. Junta*

de Ingenieros, 161 DPR 696, 708 (2004); *Mun. de San Juan v. J.C.A.*, 152 DPR 673, 746 (2000). La intervención judicial también ocurre cuando la decisión no se fundamenta en la evidencia sustancial que obra en el expediente, o si la agencia se equivocó en la aplicación del derecho. *Rolón Martínez v. Supte. Policía, supra*; *Pacheco v. Estancias*, 160 DPR 409, 431 (2003); *Rolón Martínez v. Supte. Policía, supra*; *Graciani Rodríguez v. Garaje Isla Verde, supra*.

B. Request for Proposals

El objetivo fundamental de una subasta es proteger al erario a través de la construcción de obras públicas y la adquisición de servicios de calidad para el gobierno al mejor precio posible. Tales procedimientos están revestidos de un gran interés público. *Empresas Toledo, Inc. v. Junta de Revisión*, 168 DPR 771, 776 (2006). Por tal razón, el propósito de la legislación que regula el desarrollo de obras, la contratación de servicios para el Estado y los sistemas de subastas gubernamentales es proteger los intereses y el dinero del pueblo y minimizar los riesgos de incumplimiento. *Empresas Toledo, Inc. v. Junta de Revisión, supra*, pág. 778. Por tanto, los tribunales tienen el deber de asegurarse que las instrumentalidades públicas cumplen con la ley y con sus propios procedimientos, y que tratan de forma justa a los licitadores al momento de adjudicar una subasta. *RBR Const., S.E. v. A.C.*, 149 DPR 836, 856 (2000).

Aunque la subasta formal es el método tradicional para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado, existe también el mecanismo de "Request for Proposal" o requerimiento de propuestas (RFP). Este aplica "cuando se trata de bienes o servicios

especializados que involucran aspectos altamente técnicos y complejos, o cuando existen escasos competidores cualificados". *Maranello et al. v. OAT*, 186 DPR 780, 787 (2012) (Sentencia). Este mecanismo permite que la entidad gubernamental entre en una negociación con los licitadores mientras recibe y evalúa las propuestas que han sido sometidas. Es decir, a diferencia del procedimiento de subasta formal, el RFP permite la compra negociada y confiere a los licitadores la oportunidad de revisar y modificar sus ofertas antes de la adjudicación de la buena pro. *CD Builders v. Mun. Las Piedras*, 196 DPR 336, 345-346 (2016). Por lo cual, este mecanismo se considera más flexible e informal.

No obstante, al igual que el proceso de subasta formal, el RFP debe contener los parámetros que se utilizarán para la adjudicación del contrato. Es decir, los requerimientos, los términos y las condiciones, así como los factores que han de considerarse en la evaluación para la adjudicación de la subasta. *Íd.*, pág. 346; *Caribbean Communications v. Pol. de P.R.*, 176 DPR 978, 998 (2009).

De ordinario, el propósito de mecanismos como este es que el Estado obtenga el precio más bajo posible. *Justiniano v. E.L.A.*, 100 DPR 334, 338 (1971). Ahora, el Foro Más Alto ha dispuesto que no existe "una regla inflexible que exija que la subasta deba adjudicarse siempre al postor más bajo, pues pueden existir consideraciones de interés público que lleven a que la licitación más baja no resulte ser la más económica." Véase, *Empresas Toledo v. Junta*, *supra*. (Énfasis suplido). Por lo cual,

[c]uando se trata ... de la adquisición de servicios técnicos de gran costo y

sofisticación, la selección de un proveedor sobre otros puede conllevar decisiones que descansen, no en criterios estrictamente matemáticos, sino en una valoración de la tecnología y los recursos humanos con que cuenta, a la luz de las necesidades presentes y futuras de la agencia. *A.E.E. v. Maxon*, 163 DPR 434, 439 (2004). (Énfasis suplido).

Asimismo, el licitador más bajo solo se considerará cuando cumple con los requisitos reglamentarios de la agencia y tiene la capacidad de efectuar la obra de forma eficiente. *Torres Prods. v. Junta Mun. Aguadila*, 169 DPR 886, 898 (2007).

A la luz de esta normativa, se resuelve.

III. Discusión

En su primer señalamiento de error, PRFF argumenta que la AAPP erró y actuó de forma arbitraria al descartar su propuesta por no establecer un costo fijo para la ATM.

Por su parte, la ATM señala que el requisito esencial del RFP era que el operador privado asumiera el riesgo financiero de la operación. Añade que la propuesta financiera de PRFF requería la revisión anual de todos sus componentes, de modo que la ATM asumiera cualquier aumento en los mismos y se colocara en la misma posición en la que se encontraba previo al RFP. A esto, la AAPP añade que PRFF no describió en qué consistía su estructura de costos variables, ni limitó de forma alguna el pago de ATM.

De entrada, precisa he de señalar que PRFF admite que presentó una propuesta con un costo variable. Sin embargo, indica que: (a) el lenguaje del RFP no exigía --literalmente-- que se propusiera un costo fijo para la ATM; (b) era imposible presentar una propuesta con un costo fijo debido a ciertas variables impredecibles; y

(c) durante las negociaciones contractuales, la AAPP y HMS pactaron un costo variable, lo que convirtió la propuesta de HMS en una equivalente a la de PRFF.

Conforme se relató, el RFP se emitió con la intención de transferir la operación y el mantenimiento del sistema de transportación marítimo a un operador privado. En específico, los objetivos del RFP eran:

- a. Maintain customer and crew safety.
- b. Improve the quality and reliability of service.
- c. Increase resources for vessel and terminal maintenance.
- d. Streamline workforce to provide an efficient number of employees.
- e. Allocate project risks and responsibilities to the party best able to manage them.
- f. Increase revenue by introducing and improving ancillary revenue sources.
- g. Reduce costs through innovation and private sector experience.
- h. Decrease the amount of public funding required to operate the Project by pricing the service to better reflect operating costs.
- i. Modernize public services and build a stronger and more resilient infrastructure.
- j. Become one of the first PPP projects to be delivered while in the midst of the financial crisis and adapt to current economic and fiscal circumstances.³ (Énfasis suplido).

En el servicio de estos objetivos, el proyecto debía desarrollarse en dos fases:

³ Apéndice de *Revisión Judicial*, pág. 1393.

2.3.2 Phases of Development

The Project includes the performance of operations, maintenance, and certain ticketing system capital improvements related to the Ferry Services, including, without limitation, the performance and improvement of existing operations of the MIA's Island and Metro Services, as well as the operation and maintenance of the Maintenance Facility the Project is expected to be developed in two phases each with separate and distinct requirements to be addressed in the PPP Agreement.

At the commencement of and during Phase 1, the Private Operator will perform Ferry Services, which may require the acquisition of new vessels, as well as implementing certain capital improvements as required by the PPP Agreement or as identified by the Private Operator. At the commencement of and during Phase 2, the Private Operator will perform the Ferry Services in accordance with performance standards set forth in the PPP Agreement or as identified by the Private Operator at the Private Operator's own cost and risk.

Certain federal capital improvement funds might be available to the Project to offset a portion of the costs associated with capital investments and/or for Ferry Services as discussed in Section 2.3.7.⁴ (Énfasis suplido).

Entiéndase, el RFP establecía, con especificidad, que durante la Fase 2 el costo y el riesgo de la operación era responsabilidad del operador privado. Ello, pues, la cantidad de dinero público durante la Fase 2 estaba limitada al desempeño de los servicios y a una compensación por inversiones necesarias, así incluidas en la propuesta:

During this phase, the Private Operator will have the right to receive the following payment:

- Public Funds Amount: a payment from the MTA for the performance of the Ferry Services⁵

⁴ Apéndice de *Revisión Judicial*, pág. 1394.

⁵ Se señala que "ferry services", es decir, aquellos servicios a cargo del operador privado, se refieren a "the operation and maintenance of the Project, as further set forth in the PPP Agreement" e incluyen "all scheduled services; all Ferry System assets, including, without limitation, the terminals and the Maintenance Facility; ticketing, including fare boxes; personnel,

and as a compensation for any lifecycle or capital investments necessary for the successful delivery of the Project which amount shall be equal to the amount the Private Operator includes in its Proposal. The Public Funds Amount considered for this phase shall deduct any Federal funds expected to be secured in accordance with Appendix 6 of the RFP or any farebox or Commercial Activities revenue.

The Public Funds Amount that is requested by the Proposer should be provided on Form I and should be equal to the amount provided in the Financial Plan, in Section 1.1 of Appendix 3. The Public Funds Amount will be paid based on the schedule of payments submitted on Form I of Appendix 5.⁶

Para evaluar esto, el RFP exigía la presentación de un plan técnico y uno financiero. En lo pertinente, el plan financiero tenía que establecer "Financial Assumptions", las cuales exigían que la parte proponente:

- Include enough level of clarity and detail to demonstrate the reasonableness of costs and revenues assumptions.
- Demonstrate the ability to facilitate meeting the Project's objectives, including a credible financial plan minimizing financial contributions from the MTA.⁷ (Énfasis suplido).

Es decir, se desprende de manera diáfana que el propósito del RFP era asignarle prácticamente la totalidad de la operación y el mantenimiento del proyecto al operador privado que: (1) presentara la mayor disminución de costos para la ATM; (2) asumiera los costos y los riesgos de la operación; (3) proyectara la mejor capacidad para operar el proyecto; (4) propusiera una cuantía que cubriera el pago por el desempeño y las inversiones necesarias; y (5) presentara

including crew; spare parts inventory; and fuel." Apéndice de Revisión Judicial, pág. 1387. (Énfasis suplido).

⁶ Apéndice de Revisión Judicial, pág. 1441.

⁷ Apéndice de Revisión Judicial, págs. 1415-1416.

una propuesta financiera clara y detallada sobre la razonabilidad de los costos y un plan creíble para minimizar las contribuciones de la ATM.

A la luz de ello, es obligatorio concluir en primer lugar que, si bien el RFP no indica de forma literal que se exige un costo fijo, el lenguaje no da margen para otra interpretación, pues el RFP requería certeza en la inversión de los fondos públicos. Dicho de otro modo, las disposiciones claras del RFP enfatizaban, una y otra vez, la necesidad de un plan financiero que minimizara la cuantía que la ATM tendría que pagar por los servicios y explicara con detalle cómo esta funcionaría.

No obstante, la propuesta financiera de PRFF indicó:

PRFF's Financial Proposal assumes and is conditioned up a true-up/down annually in Phase H for all of the reasons discussed in its Attachment "2", Financial Assumptions and Conditions of PRFF's of Pro Forma Cash Flow Schedule. We truly believe that this will benefit both the government and the Private Operator and that it is the only rational approach to a 23 year P3, where the true baseline expenses of operating the MTA are a major unknown and revenues from the proposed non-Municipal Island's Resident fare increase are also a major unknown.⁸ (Énfasis suplido).

Cónsono, la propuesta de PRFF expuso que: "[o]n the cost side, it was quite challenging to extrapolate MTA's true cost of its existing service for purposes of accurately forecasting future expense, even after reviewing the trial balances for the accounts summarized in MTA's 2017 Financial Statements. It is both fair and reasonable to say that the true cost of MTA's existing operations is unknown."⁹ Por ende, PRFF condicionó su propuesta financiera a un arreglo de costo variable para

⁸ Apéndice de *Revisión Judicial*, pág. 1594.

⁹ Apéndice de *Revisión Judicial*, pág. 1600.

la ATM y argumentó las razones por las que ello le beneficiaba. Como cuestión de hecho, enfaticó cómo esto serviría para distribuir los riesgos entre sí y la ATM durante la Fase 2:

2. Conditions

- a. As a condition of its Financial Proposal PRFF proposes a true up/down at the end of each year during Phase II. The business case for this condition may be summarized as follows:
- o No one knows the true cost of MTA's operations;
 - o MTA's current fleet is never 100% operational;
 - o Even MTA's Audited Financial Statements lack clarity and do not contain sufficient detail to use as an accurate baseline predictor of either cost or revenues;
 - o Revenues from local government/ATI have been decreasing;
 - o Federal support is speculative at best after 2022;
 - o There is no realistic ability to raise rates beyond current proposed non-Municipal Resident increases, which even the RFP concedes are maximized;
 - o Either way MTA will control any future fare increases and the Private Operator will have little control over farebox revenues, except for growing ridership through service improvements;
 - o There will likely be an immediate loss of ridership from a fare increase after
o Re-building ridership, even with service improvements, will take 3-5 years and will also be dependent upon stimulation of the tourism economies of the Municipal Islands - if the Islands lack sufficient service business, tourists, local and foreign, will simply spend their leisure dollars elsewhere;
 - o Both the Private Operator and government will have a better idea

of what the true cost of a new, efficient, system will be after 3 years of operation;

- o If the Private Operator is successful in implementing efficiencies after a reasonable period of time, meaning Phase I, then the government will benefit from a true down;
- o The Private Operator should also be allowed to share in any upside by an increase in its fee via a percentage-based sharing of gross farebox and ancillary revenues;
- o MTA is a quasi-public utility. It is a public common carrier and its rates, or fares, as well as its terms of service are regulated by MTA and FTA, rather than purely by what the market will bear;
- o In traditional utility ratemaking - a regulatory environment in which Mr. Hagopian has operated other ferry services -the utility is allowed to recover its cost of service, plus a fixed, reasonable return on investment as its profit;
- o The difference with a true public utility is that whenever the utility is unable to recover its cost of service in rates, a new rate filing is made with the regulator, the reasonableness of the utility's costs are tested and proved, and typically a rate increase follows (a rate reduction may also occur whenever the cost of service decreases for a traditional utility - for example when fuel costs decrease);
- o Whereas, with MTA there is no realistic opportunity to raise rates beyond the non-Municipal Resident increases that the Private Operator is required by the RFP to impose up-front. However, most variable costs will increase over time. Therefore, the net subsidy model is simply unworkable long term. Instead, the subsidy should more closely reflect a public utility model, with an annual true up/down in Phase II taking the place of fare increases, in order for the Private Operator to recover its cost of service and earn a reasonable return;

o Accordingly, PRFF's Financial Proposal assumes and is conditioned upon an annual true up/down in Phase II, in order to fairly allocate the risk between the partnering parties. (Énfasis suplido).

b. PRFF's Financial Plan assumes that the non-Municipal Island Resident fare increases required by the RFP to take effect soon after Commercial Close. Therefore, since MTA has ultimate control over fare increases such these, it is a condition of PRFF's Financial Proposal that MTA shall defend and indemnify PRFF against any claims, damages and judgments arising out of those fare increases.¹⁰

En palabras más simples, la propuesta financiera de PRFF incumplió con proveer certeza a la ATM de que, conforme el RFP: (a) se minimizarían los gastos de los fondos públicos; y (b) que PRFF asumiría la totalidad de los costos y riesgos del proyecto durante la Fase 2. Por el contrario, PRFF predijo un aumento en los costos, aunque no los precisó, y condicionó su propuesta a un sistema que asegurara sus ganancias y disminuyera sus costos y riesgos, los cuales tendrían que ser asumidos por la ATM. De nuevo, ello iba en contravención con el propósito expreso del RFP.

A su vez, a pesar de que presentó las razones empresariales por las que presentó tal propuesta, PRFF falló en detallar la razonabilidad matemática de los costos; demostrar su habilidad para facilitar la disminución de las contribuciones de la ATM; y en explicar cómo funcionaría su propuesta de costo variable. De hecho, ni detalló cuáles costos estaba sujetos al sistema variable. Además, si bien PRFF describió el efecto de su propuesta variable en su recurso de *Revisión Judicial*, ello no formó parte de la

¹⁰ Apéndice de *Revisión Judicial*, págs. 1602-1604.

propuesta financiera que presentó ante la AAPP durante el procedimiento de adjudicación del RFP.¹¹

Según el Art. 9 (c) de la Ley Núm. 29-2009, *supra*, uno de los criterios que guían el proceso de evaluación de propuestas son los cargos que propone cobrar el Proponente y las condiciones bajo las cuales se ajustarían dichos cargos. Asimismo, la Sección 5.8 (vi) del Reglamento para la Litigación, Evaluación, Selección, Negociación y Adjudicación de Contratos de Alianzas Público-Privadas Participativas bajo la Ley Núm. 29-2009, según enmendada, Reglamento Núm. 8968 de 3 de mayo de 2017 (Reglamento 8968), exige que el plan financiero incluya "suficientes detalles para permitir un análisis que revele si el financiamiento propuesto es viable."

Toda vez que la propuesta de PRFF se limitó a condicionar su plan financiero al sistema de costos variables, sin especificar los costos y cómo operaría tal sistema, no se puede concluir que PRFF cumplió con tales criterios evaluativos. En fin, un estudio del RFP y la propuesta de PRFF revela, con claridad, que esta última se desvió del propósito y los requerimientos que estableció la AAPP.¹²

¹¹ En su solicitud de *Recurso Judicial*, pág. 19, PRFF explica que "anticipó y propuso que para cada año de la Fase 2 del Contrato, se calcularían los gastos incurridos por estas partidas variables y (i) de determinarse que se excedían de las sumas estimadas, le serían reembolsados; o por el contrario, (ii) de determinarse que eran menores a las sumas estimadas, le serían deducidos de la partida fija propuesta a ser pagada por la ATM." Esta explicación no surge de su propuesta.

¹² De hecho, llama la atención que, al replicar a los planteamientos de la ATM y la AAPP, PRFF argumenta que "el que la propuesta económica de PRFF no fuera de la satisfacción de la AAPP o no estuviese a tono con los intereses de la agencia no la hacían incompleta." Véase, *Oposición a Moción de Desestimación y Réplica a Oposición a Solicitud de Revisión*, pág. 6. (Énfasis suplido). Entiéndase, acepta que su propuesta no satisfizo a AAPP --lo que, en efecto, está recocado como fundamento para su rechazo dentro de la discreción de la agencia--, o estuvo a tono con los intereses del ente que emitió el RFP y los del Estado.

Ahora, en segundo lugar, PRFF sostiene que era imposible presentar una cuantía fija debido al posible aumento de costos futuros. Lo cierto es que así lo hizo HMS en su propuesta financiera y en la Forma I - *Public Funds Request Amount*.¹³

Sin embargo, en tercer lugar, PRFF señala que la AAPP y HMS negociaron una cantidad variable --no fija-- en el *Contrato*. Por lo cual, razona que no adjudicarle el RFP fue arbitrario, pues ambas propuestas terminaron siendo equivalentes.

Según surge de la Sección 5.2 del *Contrato*, la AAPP y HMS negociaron que la compensación durante la Fase 2 sería fija:

Phase 2 Fixed Fee. Subject to and in accordance with this Agreement, during Phase 2 of the Contract Term, the Authority shall pay the Operator a fixed annual fee in the amount set forth in Section 1 of Appendix D, subject to any mutually approved Modifications (the "Phase 2 Fixed Fee"). During Phase 2 of the Contract Term, equal quarterly installments of the annual Phase 2 Fixed Fee shall be deposited quarterly by the Authority in the Operating Account in advance, such deposit constituting the Quarterly Deposit Amount agreed to for Phase 2. The amount required to be deposited shall be sufficient to comply with Section 5.11(e).

The initial deposit of such Quarterly Deposit Amount shall be made on or before the fifteenth (15th) day preceding Phase 2 Commencement Date, and shall continue thereafter on or before each Quarterly Deposit Date, in an amount sufficient to cover the Phase 2 Fixed Fee applicable to the period ending on the last day of the month of the immediately succeeding Quarterly Deposit Date in accordance with the Phase 2 Fixed Fee budget in Section 1 of Appendix D. The Phase 2 Fixed Fee shall be paid monthly in advance by the Authority to the Operator on each Monthly Payment Date, in an amount equal to one twelfth (1/12th) of the corresponding annual Phase 2 Final Fee budget set forth in Section 1 of Appendix D. The Phase 2 Fixed Fee is the consideration paid by the Authority for the Operators performance of the Work, other

¹³ Apéndice de *Revisión Judicial*, págs. 1522-1525.

than Ancillary Activities or Special Services.¹⁴

Es decir, conforme se advirtió en el *Aviso de Adjudicación*, la AAPP tenía interés en pactar --y así lo hizo-- que la ATM pagara una cuantía fija al operador privado por el desempeño de los servicios de transporte marítimo. Ahora, esta disposición reconoce que tal cuantía fija puede estar sujeta a ciertas modificaciones así pactadas entre la AAPP y HMS.

Al respecto, PRFF llama la atención de este Tribunal a la Sección 5.12 del *Contrato*, intitulada *Adjustment to Compensation*, la cual dispone:

(a) The compensation payable to the Operator during Phase 2 shall be adjusted upward or downward, as applicable, to account for any increase or decrease in the following items:

(i) Insurance Premiums.

A. In any Contract Year that the cost of the annual insurance premiums corresponding to the insurance coverage specified in Section 24.1 and Appendix U exceeds the "Operator Insurance Cost Ceiling" for such year as specified in the lower box of Section 2(a) of Appendix D, such excess shall be an additional compensation payable to the Operator for such Contract Year; provided, however, that no adjustment shall be made with respect to an increase in insurance premium attributable to a negligent act or omission of the Operator;

B. In any Contract Year that the cost of such annual insurance premium is less than the Operator's "Base Cost of Insurance" specified in the upper box of Section 2(a) of Appendix D, the amount by which the "Base Cost of Insurance" exceeds the actual cost of insurance shall be deducted from the Phase 2 Fixed Fee for such Contract Year; and

¹⁴ Apéndice de Revisión Judicial, págs. 2416-2419.

C. The amount of the additional compensation payable to the Operator and the deduction from the Phase 2 Fixed Fee, as applicable, shall be calculated and documented by the Operator. The required amount shall be paid to the Operator or deducted from the Phase 2 Fixed Fee payment, as applicable, on the month following the month in which the annual insurance premium is paid.

(ii) Price of Fuel. Subject to Section 48.12, if during any Contract Year the price (including Taxes thereon) of fuel (other than fuel utilized exclusively and directly for providing Special Services or utilized exclusively and directly in performing any other Ancillary Activity that requires fuel for its performance) is in excess of the "Operator Fuel Price Ceiling" specified in the lower box appearing, in Section 2(b) of Appendix D or is below the "Operator Base Price of Fuel" specified in the upper box appearing in Section 2(b) of Appendix D, the following adjustment shall be made:

A. For any individual purchase of fuel made by the Operator during any Contract Year in which the price per gallon paid by the Operator exceeds the "Operator Fuel Price Ceiling" specified in the lower box appearing in Section 2(b) of Appendix D, the Operator shall be entitled to compensation in an amount equal to the difference between: (i) the price per gallon paid times the number of gallons purchased, and (ii) the Fuel Price Ceiling times the number of gallons purchased. For any individual purchase of fuel made by the Operator for a price per gallon that is lower than the "Operator Base Price of Fuel" specified in the upper box appearing in Section 2(b) of Appendix D, the Authority shall be entitled to a reduction in the Phase 2 Fixed Fee payable to the Operator in an amount equal to the difference between: (i) the Base Price of Fuel multiplied by the number of gallons purchased, and (ii) the price per gallon paid multiplied

by the number of gallons purchased.

- B. At the end of each Contract Year the Operator shall calculate and report to the Authority the dollar amount of adjustments covered by clause A above and the dollar amount of adjustments covered by clause B above.
- C. The total amount of adjustments in favor of the Authority under clause (B) above shall be deducted from the total amount of adjustment payable by the Authority to the Operator under clause (A) above and the net amount shall be paid to the party to whom it is owed in accordance with Section 5.12(b) and (c) below.
- D. The prices paid by the Operator and the number of gallons purchased shall be documented by the Operator. Evidence of the applicable adjustment shall be submitted annually to the Authority within sixty (60) days after the end of each Contract Year.
- (b) If the adjustment required under 5.12(a) is in favor of the Operator, the Operator shall submit an invoice therefor accompanied by all supporting documentation with sufficient detail to permit the Authority to verify its accuracy. Payment of such invoices shall be made by the Authority within forty-five (45) days from the date the invoice and supporting documentation satisfactory in form and substance to the Authority is delivered to the Authority.
- (c) If the adjustment is in favor of the Authority, the Authority shall submit an invoice therefor. Payment of such invoices shall be made by the Operator within forty-five (45) days from the date the invoice (stating the amount and concept therefor) is delivered to the Operator.
- (d) The Operator's independent accounting firm that audits its annual financial statements shall be required to confirm the accuracy of the adjustments calculated by the Operator.
- (e) Notwithstanding the foregoing, for purposes of the adjustment referred to

in: (i) Section 5.12(a)(i), any increase in insurance premiums that is reasonably attributable to an act or omission of the Operator shall be excluded from such adjustment and the Operator shall be solely responsible for the payment of such increase; and (ii) Section 5.12(a)(ii), in calculating the amount of the adjustment required to be made, all the fuel utilized in connection with Ancillary Activities shall be excluded.¹⁵ (Énfasis suplido).

En efecto, la AAPP y HMS pactaron un sistema variable de pago que incide sobre la cuantía fija ya establecida. Más, es importante destacar que: (a) ello se limita a dos potenciales variaciones en costos; y (b) estos tienen condiciones específicas que delimitan, drásticamente, su ocurrencia. Nótese, el *Contrato* restringe el potencial de variación en el costo a lo relacionado con el combustible --lo cual el RFP estableció que estaba sujeto a negociación¹⁶--, y a las primas de seguro. En ambos se estableció un tope económico, por lo que la cuantía fija que la ATM tendría que pagar cambiaría solo si se excedía de ese máximo. A su vez, se excluyó de la cuantía por combustible el exceso del tope que se utilice en actividades auxiliares. Finalmente, si ocurre un aumento en las primas del seguro a causa de HMS, la ATM no responde. En suma, se trata de un costo variable que solo entraría en juego en circunstancias sumamente específicas. Ello no convierte la propuesta de HMS en una de costo variable,

¹⁵ Apéndice de *Revisión Judicial*, págs. 2424-2426.

¹⁶ De hecho, la sección 2.3.9 del RFP indica: "Unless the MTA otherwise agrees in negotiations with the Preferred Proposer, procurement of fuel to operate the Ferry Services will be the responsibility of the Private Operator and the Private Operator shall bear all costs of fuel necessary to operate the Ferry Services. The Private Operator shall propose a plan to reduce fuel usage without compromising the operating schedule." Apéndice de *Revisión Judicial*, pág. 1397. Es decir, el asunto del combustible podía estar sujeto a negociaciones con el proponente seleccionado, más, durante el procedimiento evaluativo, esto tenía que estar comprendido en los costos que asumiría el operador privado. Así lo hizo HMS.

pues, fuera de estas circunstancias específicas, la HMS continuaba con el peso de todos los costos y los riesgos.

En cambio, en su recurso de *Revisión Judicial*, PFRR indica que se tenía que considerar una serie de condiciones altamente volátiles e impredecibles que hacían necesaria un sistema de costo variable. Entre estas, menciona el costo de seguros y los combustibles, pero añade la reparación y el mantenimiento de las embarcaciones y otros que no lista de forma exhaustiva pero que afirma son dependientes de los cambios en el mercado. Como cuestión de hecho, tampoco condicionó el costo variable en su propuesta a alcanzar algún tope o a excluir cuantías u otras circunstancias, sino que su propuesta de costo variable era anual y aplicable a todos los costos operacionales. Entiéndase, el *Contrato* y la propuesta financiera de PRFF no son iguales.¹⁷

Por lo cual, este Tribunal no puede concluir que las disposiciones contractuales igualaron las propuestas de PRFF y HMS. Primero, ello ocurrió durante la etapa de negociaciones contractuales, una vez terminada la etapa evaluativa y adjudicativa del RFP. El Art. 9 (f) de la Ley Núm. 29-2009, *supra*, permite a la AAPP negociar los términos y condiciones del contrato después de seleccionar una propuesta, incluso "en la medida en que dichos términos y condiciones no hayan sido parte de los requisitos especificados en la solicitud de propuestas a base de los cuales los Proponentes tenían que someter

¹⁷ No obstante, al objetar este *Contrato*, PRFF argumenta que la AAPP escogió una propuesta que no era de costo fijo y negoció con HMS "un contrato distinto al contemplado en el RFP, cuyos términos variables son similares a los contemplados en la propuesta de PRFF." Véase, *Oposición a Moción de Desestimación y Réplica a Oposición a Solicitud de Revisión*, pág. 11. (Énfasis suplido). De nuevo, independientemente de las variaciones limitadas al costo en el *Contrato*, ello no lo equiparó a la propuesta financiera de PRFF. Más, llama la atención que PRFF reconoce de forma tácita que su propuesta era distinta a la que contempló el RFP.

sus propuestas." (Énfasis suplido). En efecto, se negociaron términos y condiciones que no formaron parte de las exigencias del RFP y se encontraban fuera del alcance de las propuestas que las partes tenían que presentar.

Segundo, las únicas dos modificaciones condicionadas que se pactaron sobre el costo fijo no convirtieron el *Contrato* en una aceptación tácita del plan financiero que propuso PRFF. Un estudio de estas disposiciones, a la luz de la propuesta de PRFF, demuestra que no se trató de un plan equivalente en cuantía o en alcance. Recuérdese, PRFF no propuso un costo fijo, no limitó, ni especificó, los costos que a su entender ameritaban el costo variable, ni condicionó estas modificaciones de forma alguna. Si bien PFRR sostiene que la AAPP pudo haber negociado tales disposiciones, de modo que le diera la oportunidad de llegar a un pacto similar, ello es parte del ejercicio discrecional de la agencia administrativa y no demuestra favoritismo a favor de HMS.

De otro lado, en su segundo señalamiento de error, PRFF arguye que la AAPP erró en rechazar su propuesta bajo el fundamento de que no cumplió con presentar una fianza conforme a los requisitos específicos del RFP.

Tal asunto está regulado por la Sección 4.3 del RFP. En específico, el RFP requería "Proposal Security in the form of one or more Proposal letters of credit or one or more Proposal bonds in the total amount of the greater between: (i) 5% of the Phase 1 Capital Contribution and (ii) \$5,000,000." Ello, con el fin de asegurar las obligaciones del proponente bajo el RFP. Tal carta de crédito "shall be in the form of Form G

(Form of Letter of Credit) (with such non-material alterations to the form as may be agreed to by P3A in writing, in its sole discretion, prior to the Proposal Due Date) ("Proposal Letter of Credit") issued by an Eligible LC Issuer."¹⁸ Este requerimiento está avalado por el Art. 9 (b) de la Ley Núm. 29-2009, *supra*.¹⁹

No hay controversia sobre el hecho de que PRFF no cumplió con estas disposiciones. Esto, pues, PRFF presentó un *Letter of Credit* por \$50,000.00 del Banco Popular, entidad que no es un "Eligible LC Issuer".²⁰

Como cuestión de derecho, el Foro Judicial Máximo ha dispuesto que "la omisión de incluir la suma afianzada en el documento de fianza no constituyó un mero tecnicismo o informalidad sino un defecto sustancial pues impedía considerar el documento de fianza [...] como una garantía de proposición aceptable." *Aut. Carreteras v. CD Builders, Inc.*, 177 DPR 398, 414 (2009). Es decir, tal omisión no puede obviarse y es dispositiva sobre la adjudicación de una subasta. Más, conforme la Sección 4.3.4 del RFP, la AAPP se reservó el derecho a "waive deficiencies, informalities and irregularities in Proposals, accept and review a non -conforming Proposal, or seek clarifications or modifications to a Proposal".²¹

Al amparo de esto, la AAPP aparentó renunciar al incumplimiento de la fianza durante el proceso de evaluación:

¹⁸ Apéndice de *Revisión Judicial*, págs. 1407-1408.

¹⁹ Esta disposición establece que: "La Autoridad impondrá requisitos de fianza, cartas de crédito o colateral similar como requisito previo a la participación en el proceso con el propósito de asegurar el cumplimiento del Proponente con los requisitos de proceso, su firma del Contrato de Alianza, en caso de ser seleccionado y demás condiciones según disponga la Autoridad por reglamento o en la solicitud de propuesta. También por reglamento o en la solicitud de propuesta se determinarán la cuantía de la fianza y las circunstancias bajo las cuales el Proponente perderá tal fianza."

²⁰ Apéndice de *Revisión Judicial*, págs. 1606-1607.

²¹ Apéndice de *Revisión Judicial*, pág. 1410.

Pursuant to the discretion conferred to the Partnership Committee by the P3 Act and the Regulation, the Partnership Committee unanimously voted in the referendum to waive the Proposal Security pass/fail requirement and allow the evaluation of the proposal submitted by PRFF to be considered despite the fact that PRFF had not submitted a Proposal Security that complied with the Financial Evaluation Criteria. The Partnership Committee determined that if the Proposal submitted by PRFF were selected, PRFF would then be required to provide a Proposal Security that satisfied the RFP requirement.²² (Énfasis suplido).

Según tal determinación, la AAPP permitió este defecto con el fin de que PRFF permaneciera en el procedimiento de adjudicación. Al respecto, es necesario denotar que tal concesión soslaya el argumento de PRFF de que la AAPP manifestó abiertamente su favoritismo con HMS.

Ahora, aun si se acepta que la AAPP renunció a rechazar la propuesta de PRFF por el incumplimiento con los requerimientos de la fianza, esto, de por sí, no amerita la anulación del procedimiento. Se reitera, la AAPP no rechazó la propuesta --únicamente-- por lo relacionado a la presentación de una fianza en contravención de las disposiciones del RFP. Recuérdese, la AAPP también fundamentó su determinación en la deficiencia de la propuesta financiera de PRFF:

Pursuant to Section 5.5 of the RFP, failure to provide a compliant bid bond was sufficient to disqualify PRIFFF from the process. In order to preserve the competitive nature of the process, however, the Partnership Committee decided not to immediately disqualify PRFF's Proposal solely on such grounds and proceeded to evaluate the merits of its Proposal. After such evaluation, the Partnership Committee concluded that PRFF' s failure to provide a fixed amount of compensation for Phase 2 of the Partnership Contract constituted a material non-compliance with a key objective of the RFP and made it impossible for the Partnership Committee to compare PRFF' s

²² Apéndice de Revisión Judicial, pág. 2176.

financial proposal with the financial proposal submitted by HMS.

In addition to complying with the requirement that it submit a fixed amount of compensation for Phase 2 of the Partnership Contract and, thus, its willingness to assume the financial and operating risks required by the RFP, HMS' was chosen as the preferred Proponent because its Technical Proposal was given a higher score (25 out of 30) than. PRFF's Technical Proposal, which received a score of 15. This higher score is attributable to the Partnership Committee's evaluation of HMS' strength and the attributes of HMSI's Proposal, namely: (i) HMS demonstrated that it is qualified to fulfill the needs of the Ferry System; (ii) HMS has 20 years of experience operating ferry services of similar size and scope throughout the United States; (iii) demonstrated an understanding of pricing strategy to segment riders into various pricing categories and increase revenues with non-farebox revenues, such as concessions, advertisements and private events; (iv) HMS demonstrated its experience with safety matters; and (v) HMS demonstrated a structured process to deliver ferry services with increased operational efficiency and service levels based on its extensive prior experience.²³

Tal determinación se alinea con el análisis que este Tribunal efectuó durante la discusión del señalamiento de error anterior.

Por otro lado, en su tercer señalamiento de error, PRFR alega que la AAPP cambió, sin aviso previo, el método de evaluación de la propuesta técnica. Razona que ello conllevó una falta de uniformidad y lógica en la asignación de puntuaciones de los factores. Concluye, además, que presentó la propuesta con el mejor valor para la ATM, por lo que, conforme el RFP, el procedimiento tenía que adjudicarse a su favor.

Por su parte, la AAPP indica que los factores que se utilizaron para evaluar la propuesta se detallaron en

²³ Apéndice de Revisión Judicial, pág. 3181.

el RFP. Sostiene que la PRFF protesta que no se detallara como se efectuó el procedimiento valorativo.

Lo relacionado a la evaluación de las propuestas se encuentra en la Sección 5 del RFP. Conforme a esta, la parte técnica tenía un valor de 30 puntos y la parte financiera de 70. Según la Sección 5.2 del RFP, la determinación del mejor valor aparente se determinaría usando la fórmula: "Total Proposal Score = Technical Score + Financial Score".²⁴

El aspecto técnico se evaluaría de forma cualitativa bajo los siguientes factores:

Factor 1: Ridership and Revenues (5 points)

- a. Proposers should demonstrate and understanding of the price-responsiveness and growth potential for the following market segmentations:
 - i. Commuter versus leisure passengers,
 - ii. Municipal Island residents, non-Municipal Island residents, San Juan residents and non- Puerto Rico residents.
- b. Proposers must demonstrate an understanding of the price responsiveness of the abovementioned market segments.
- c. Proposers should have demonstrated experience with non-farebox revenue initiatives (concessions, advertising/branding, or charters).

Factor 2: Proposed Approach to Providing Ferry Services (15 points)

Service Objective: The Private Operator will provide high -quality necessary and appropriate services for all customers of the Metro and Islands services in a safe and responsible manner. Though there are many factors that are important in meeting this objective, the Proposal should focus on the following areas:

- Quality Professional Service
- Type and Quality of Vessel(s)

²⁴ Apéndice de Revisión Judicial, pág. 1413.

- Reservations, Ticketing, and Customer Information

Subfactor 2(a). Vessels and Vessel Maintenance (5 Points)

The Private Operator will be required to ensure vessels are available to provide the scheduled service. The vessels in service should have vehicle/cargo and passenger capacities equal to or greater than the vessels currently in service.

If additional vessels are proposed to be added to the existing fleet, they should be described using following Vessel Specification Form.

Subfactor 2(b). Delivery of Vehicle/Cargo and Passenger Services (5 points)

The Private Operator will be required to manage vessel and terminal operations in a safe, efficient, and courteous manner. The Operations Plan will provide details of the processes and procedures to be followed to ensure safety and efficiency.

Subfactor 2(c). Reservations, Ticketing and Marketing (2 points)

It is important that the Private Operator implement an efficient reservation and ticketing system to improve customer service and service efficiency.

Subfactor 2(d). Federal Grant Management (3 points)

The MTA will assist in pursuing grant funding to support capital improvements. The Private Operator will be responsible for executing those improvements and ensuring compliance with all associated regulations.

Factor 3: Past Experience and Related Background (10 points)

Service Objective: The Private Operator will have extensive experience providing vehicle/cargo and passenger ferry services and will provide a team of experienced professionals to lead the Metro and Islands Services.

Subfactor 3(a): Operational Experience (4 points)

The Private Operator will have extensive experience operating vehicle/cargo and passenger ferries.

Subfactor 3(b): Qualifications and Employee Training (2 points)

The Private Operator will demonstrate the use of effective employee training and certification programs.

Subfactor 3(c): Offeror's Marine Casualty History (3 points)

The Private Operator will demonstrate a commitment to safety and learning from past experience.

The safety of an Offeror's vessel(s) and operations is of paramount importance. This subfactor addresses an operator's history and is intended to elicit information to assist in evaluating operational safety. Please note the Government may verify any information you provide in response to this subfactor through among other sources, the U.S. Coast Guard (USCG), e.g., by consulting the following website: <http://cgmix.uscg.mil/PSIX/Default.aspx>.

Subfactor 3(d): Grant Management (1 point)

The Grant Manager proposed by the Private Operator should have significant experience delivering public sector procurement programs using federal and other capital grants.²⁵

De otra parte, el aspecto financiero se evaluaría usando la Forma I - *Public Funds Ammounts* y la fórmula: "Proposer's Financial Score = Present Value of Lowest Proposer's Public Funds Amount / Present Value of Proposer's Public Funds Amount".²⁶

Como se sabe, la Sección 5.6 del Reglamento 8968 requiere que la AAPP exponga "los criterios de evaluación mínimos aplicables, incluyendo los criterios de selección y/o ponderación para adjudicar un Contrato de Alianza, que serán utilizados al evaluar a los Proponentes". (Énfasis suplido). Conforme se indicó en la sección II (B) de esta *Sentencia*, el ordenamiento que controla, similarmente, exige un desglose de los factores que se van a considerar en la evaluación para la adjudicación.

²⁵ Apéndice de *Revisión Judicial*, págs. 1414-1415.

²⁶ Apéndice de *Revisión Judicial*, pág.1416.

Este Tribunal no tiene duda de que el RFP cumplió adecuadamente con avisar los factores que se considerarían y los valores que le serían asignados. Sin embargo, PRFF parece protestar que no se le notificó del procedimiento deliberativo matemático que se utilizó para analizar los factores y asignarle el valor que se anunció.

Al respecto, es importante significar que la Sección 2.18 del Reglamento 8968 dispone que los criterios de evaluación son aquellos que la AAPP, "a su discreción", utilizará "para evaluar, clasificar, seleccionar y recomendar Propuestas para el rechazo o adjudicación de las mismas." (Énfasis suplido). A su vez, el Art. 9 (e) de la Ley Núm. 29-2009, *supra*, dispone que se la AAPP "aprobará la propuesta o las propuestas que, en su discreción, mejor cumpla(n) con los criterios establecidos en esta Ley y por la Autoridad, según se desprendan del reglamento o la solicitud de propuestas aplicable, y determinará si proceden negociaciones ulteriores o no." (Énfasis suplido). Es decir, el estatuto y su reglamento reconocen que la AAPP tiene un grado de discreción alto al momento de decidir los criterios bajo los cuales rechazará o aceptará una propuesta y, en particular, cuál propuesta cumple mejor con estos. Por lo cual, el procedimiento deliberativo que concluye en la asignación de los valores a aquellos factores que se habían anunciado se encuentra dentro de un marco discrecional reconocido ampliamente a favor de la AAPP.

Finalmente, con respecto a cuál propuesta presentó el mejor valor, según las *Form I - Public Funds Request Amount* que presentaron los proponentes, HMS indicó que

el "Present Value of Total Public Funds Amount" era de \$351,429,158.00.²⁷ Por su parte, PRFF²⁸ indicó la suma de \$336,290,000.00.²⁹ Más, se debe recordar que esta cantidad, así propuesta por PRFF, estaba condicionada al esquema de costo variable por todos los costos y riesgos de la Fase 2. A juicio de este Tribunal, ello no permite precisar cómo, en efecto, la propuesta de PRFF presentaba el mejor valor. Además, cuando se trata de procedimientos de adjudicación en asuntos especializados, no se escoge una propuesta --únicamente-- en términos matemáticos. Tal determinación no es tan inflexible que exige la adjudicación automática al precio más bajo, sino que permite consideraciones ulteriores de interés público que pueden convertir tal propuesta en una menos económica. Ante la imprecisión de los costos y los riesgos en los que PRFF condicionó su propuesta, la AAPP tuvo que tomar consideraciones ulteriores para determinar cual propuesta era la más conveniente para los intereses de la ATM y, a tales fines, escogió la de HMS.

De nuevo, el alcance de la revisión judicial bajo la Ley Núm. 29-2009 solo permite que este Tribunal revoque la adjudicación de la AAPP --exclusivamente-- por error manifiesto, fraude o arbitrariedad. Este Tribunal estudió con detenimiento el apéndice extenso del caso, así como los alegatos de las

²⁷ Apéndice de *Revisión Judicial*, pág. 1525.

²⁸ Apéndice de *Revisión Judicial*, pág. 1605.

²⁹ Si bien PRFF argumenta que su propuesta representaba una diferencia de \$47,000,000.00 en valor actual, aunque no explica cómo, un cálculo matemático revela una diferencia porcentual de 4.4%, la cual no es significativa dentro del marco contractual gubernamental.

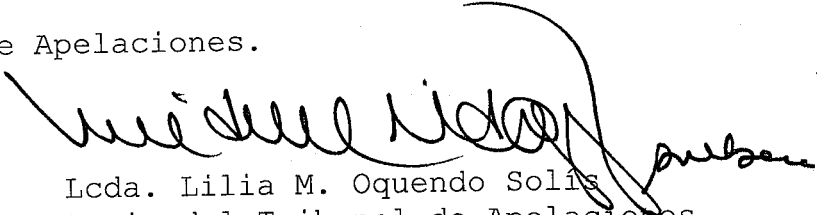
partes, y no encuentra cómo, bajo el estándar de revisión que manda, revocar la adjudicación.

IV.

Por los fundamentos expuestos, se declaran SIN LUGAR las mociones de desestimación y se confirma la determinación de la AAPP.

Notifíquese inmediatamente.

Lo acordó el Tribunal y certifica la Secretaria del Tribunal de Apelaciones.


Lcda. Lilia M. Oquendo Solís
Secretaria del Tribunal de Apelaciones