



Asamblea General

Distr. limitada
15 de febrero de 2006
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
Noveno período de sesiones
Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública y el tratamiento de las ofertas anormalmente bajas

Nota de la Secretaría

Adición

Índice

[*Los capítulos I y II A a G se publican en el documento A/CN.9/WG.I/WP.43*]

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
II. Proyectos de disposición encaminados a permitir y regular el empleo de la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo	1-6	2
...		
H. Empleo de la garantía de la oferta en la presentación de ofertas por vía electrónica y en las subastas electrónicas inversas (artículo 32 de la Ley Modelo, A/CN.9/590, párrafos 49 y 100, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafo 13)	1-4	2
I. Examen, evaluación y comparación de las ofertas (artículo 34 de la Ley Modelo, A/CN.9/590, párrafo 101, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafos 14 a 17)	5-6	3
III. Ofertas anormalmente bajas (véase A/CN.9/590, párrafos 106 a 111, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafos 21 a 29)	7-13	3
A. Adiciones propuestas al artículo 34 de la Ley Modelo	9-12	4
Comentario	9-12	4
B. Adiciones propuestas al texto de la Guía para la incorporación eventual de la Ley Modelo al derecho interno relativo al artículo 34 de la Ley Modelo	13	5



II. Proyectos de disposición encaminados a permitir y regular el empleo de la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo

...

H. Empleo de la garantía de la oferta en la presentación de ofertas por vía electrónica y en las subastas electrónicas inversas (artículo 32 de la Ley Modelo, A/CN.9/590, párrafos 49 y 100, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafo 13)

1. En el octavo período de sesiones, se observó que tal vez hubiera que reglamentar de forma concreta la cuestión de las garantías de la oferta, a la luz de la experiencia de ciertas delegaciones y observadores de que las garantías de la oferta seguían siendo documentos sobre papel y de que su presentación simultánea con ofertas electrónicas podía no ser posible. Se indicó que se habían rechazado ofertas por no haberse facilitado las correspondientes garantías cuando eran requeridas en esas circunstancias (en la práctica la falta de garantías de la oferta puede causar el rechazo automático de una oferta en las primeras etapas del proceso de contratación). Se pidió a la Secretaría que proporcionara al Grupo de Trabajo más información y propuestas sobre esta cuestión en su siguiente período de sesiones, por ejemplo, sobre si existía alguna práctica conforme a la cual se concediera un breve plazo para la presentación de garantías una vez presentada la oferta¹.

2. Los resultados del estudio de la Secretaría muestran que las verificaciones de las garantías de la oferta otorgadas en efectivo (transferencias bancarias) no deberían plantear problemas, ya que una entidad adjudicadora podría comprobar la recepción de los fondos transferidos a una cuenta designada simultáneamente con la recepción de las ofertas electrónicas. Respecto de otros tipos de garantías de la oferta, especialistas en el sector bancario informaron a la Secretaría de que es una práctica bastante habitual transmitir por vía electrónica especies bancarias (como cartas de crédito o garantías bancarias), por ejemplo entre bancos por el SWIFT, pero que las entidades adjudicadoras públicas todavía insisten en recibir las garantías de la oferta en papel². Sin embargo, la situación podría modificarse conforme los adelantos tecnológicos y la evolución de las prácticas de contratación pública despierten más confianza en las formas no tangibles de garantía de la oferta.

3. En el caso de algunas técnicas de compra electrónica, como la subasta electrónica inversa en que el precio es el único criterio de adjudicación y el sistema dinámico de adquisición, no es corriente que se pida una garantía de la oferta, ya que esas técnicas se utilizan principalmente para adquirir productos “en existencia”. En cuanto a la adquisición de productos más complejos, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión en un contexto más amplio, habida cuenta de que quizá sea necesario que no sólo las garantías de la oferta, sino también otras partes de los documentos de licitación se presenten por un medio distinto de la vía electrónica. Por ejemplo, la transmisión electrónica de planos complejos o su consulta electrónica posterior pueden causar dificultades si no se dispone de programas informáticos adecuados.

4. La cuestión podría abordarse en el contexto de las disposiciones relativas a la forma de las comunicaciones (artículo 9 del texto actual) y al contenido del pliego de condiciones (artículo 27 del texto actual). En particular, en el pliego de condiciones podrían preverse excepciones respecto de la presentación de las partes de los documentos de licitación que no puedan presentarse en la forma general estipulada. De hecho, en el inciso l) del artículo 27 y en el artículo 32 de la Ley Modelo ya se prevé un tratamiento especial de las garantías de la oferta en el pliego de condiciones. Junto con las “normas de accesibilidad”, esas disposiciones podrían ofrecer suficiente flexibilidad a la entidad adjudicadora y suficientes salvaguardias a los proveedores o contratistas en situaciones en que sea imposible transmitir la garantía de la oferta por vía electrónica simultáneamente con la presentación electrónica del resto de la oferta.

I. Examen, evaluación y comparación de las ofertas (artículo 34 de la Ley Modelo, A/CN.9/590, párrafo 101, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafos 14 a 17)

5. El Grupo de Trabajo pidió que se enmendara el texto que figuraba después del párrafo 15 en el documento A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, de modo que se impidiera la modificación de una oferta que no reuniera los requisitos con miras a hacerla aceptable:

“No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de la oferta presentada, como pudiera ser una modificación del precio o una modificación que tienda a hacer conforme una oferta que no lo sea, salvo respecto de los elementos constitutivos de [las ofertas/la licitación] que hayan de presentarse en una subasta electrónica inversa con arreglo a [los artículos 47 bis y 47 ter].”

6. También en este caso, la ubicación y el enunciado de esa disposición deberían reflejar los tipos de método de contratación en que se permite el empleo de la subasta electrónica inversa.

III. Ofertas anormalmente bajas (véase A/CN.9/590, párrafos 106 a 111, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafos 21 a 29)

7. En su octavo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que habría que incluir en la Ley Modelo algunas disposiciones mínimas sobre las ofertas anormalmente bajas, que se complementarían en la Guía con un análisis detallado. Lo más importante es examinar las salvaguardias necesarias para prevenir las decisiones arbitrarias y las prácticas abusivas cuando haya precios de ofertas que parezcan ser anormalmente bajos (es decir, evitar el rechazo sin justificación de las ofertas anormalmente baja)³.

8. El Grupo de Trabajo pidió asimismo que se tuvieran en cuenta los criterios siguientes: i) habría que permitir a las entidades adjudicadoras rechazar las ofertas anormalmente bajas, pero no obligarlas a hacerlo; ii) no debería darse la posibilidad de evaluar los precios de las ofertas sobre la base del costo en lugar del precio,

porque la evaluación de los costos es engorrosa y complicada; iii) cuando se sospeche que una oferta es anormalmente baja, únicamente la entidad adjudicadora debería poder actuar y no un tercero, y la evaluación de la oferta debería llevarse a cabo de forma completamente objetiva; y iv) es importante poder reaccionar ante las posibles ofertas anormalmente bajas antes de que se celebre el contrato pertinente, puesto que las medidas adoptadas posteriormente podrían propiciar precios aún superiores y perturbar el proceso de contratación.

A. Adiciones propuestas al artículo 34 de la Ley Modelo

“Artículo 34. Examen, evaluación y comparación de las ofertas

...

4) a) bis Cuando el precio de la oferta sea anormalmente bajo en proporción con los bienes, las obras o los servicios que han de adquirirse, y:

i) La entidad adjudicadora haya solicitado por escrito, de conformidad con el artículo 34 1) a), que se le den detalles de todo elemento constitutivo de la oferta o las ofertas que lleven a pensar [que el (los) precio(s) correspondientes son anormalmente bajos en relación con los bienes, las obras o los servicios que han de adquirirse/que suscite inquietud acerca de la aptitud del (de los) ofertante(s) para cumplir el contrato];

ii) La entidad adjudicadora haya tenido en cuenta la información facilitada, pero siga [considerando que el (los) precio(s) de la oferta o las ofertas son anormalmente bajos/signa abrigando esa inquietud]; y

iii) La entidad adjudicadora haya consignado en el expediente del proceso de adjudicación, que se ha de llevar con arreglo al artículo 11, [su evaluación de que el precio de la oferta es anormalmente bajo/la inquietud que abriga acerca de la aptitud del (de los) ofertante(s) para cumplir el contrato] y los motivos que den lugar a ello, así como toda comunicación intercambiada entre la entidad adjudicadora y el (los) ofertante(s) al respecto;

la entidad adjudicadora podrá, antes de la determinación de la oferta ganadora conforme al artículo 34 4) b), rechazar ofertas cuyo precio sea anormalmente bajo.”

Comentario

9. El proyecto de adición que precede fue revisado tomando en consideración las indicaciones del Grupo de Trabajo de que la cuestión de la calificación no debería confundirse con la evaluación de las ofertas⁴ y de que el texto debería disponer que, antes de rechazar una oferta por considerar su precio anormalmente bajo, la entidad adjudicadora debería aplicar un procedimiento de investigación del precio.

10. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si las ofertas de que se trate han de ser rechazada por no conformarse a los requisitos (en cuyo caso las disposiciones deberían trasladarse al párrafo 3) del artículo 34, y sería imperativo

rechazar una oferta anormalmente baja), si han de aceptarse por reunir los requisitos para posteriormente rechazarlas por ser anormalmente bajas (en cuyo caso las disposiciones deberían trasladarse al párrafo 4) del artículo 34, como se estipula más arriba), o si se justifica incorporar un cierto grado de flexibilidad (por ejemplo, incluyendo un nuevo párrafo, como artículo 34 3) bis).

11. El Grupo de Trabajo ha pedido también que se suprima el segundo elemento (“por lo que suscite inquietud respecto de la aptitud del ofertante para cumplir el contrato”⁵) de la frase de la parte introductoria del proyecto de texto que tuvo a la vista en su octavo período de sesiones que introducía el procedimiento de justificación del precio en los siguientes términos:

“Cuando el precio de la oferta sea anormalmente bajo en relación a los bienes, las obras o los servicios que sean objeto del contrato adjudicado, por lo que suscite inquietud respecto de la aptitud del ofertante para cumplir el contrato, ”

12. Como esa frase se repite en el resto del proyecto de texto revisado, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si corresponde suprimirla del todo⁶. Al analizar esta cuestión, tal vez convenga que recuerde sus observaciones de que “la clave de la cuestión [es el] riesgo de incumplimiento,”⁷ y de que “un precio bajo no sería necesariamente, de por sí, un indicio de que pudiera haber un riesgo de incumplimiento”⁸ y determine, por lo tanto, si debería expresarse claramente que el riesgo de incumplimiento es la cuestión central.

B. Adiciones propuestas al texto de la Guía para la incorporación eventual de la Ley Modelo al derecho interno relativo al artículo 34 de la Ley Modelo

13. En cuanto al texto propuesto respecto de la Guía para la incorporación eventual de la Ley Modelo al derecho interno, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las siguientes adiciones hechas al proyecto de texto que el Grupo de Trabajo tuvo a la vista en su octavo período de sesiones a fin de recoger las consideraciones que se expresaron en ese momento⁹:

“1) bis Podrá pedirse una aclaración conforme al párrafo [1) a)], entre otras cosas, en todo supuesto en el que la entidad adjudicadora sospeche que se ha ofrecido un precio anormalmente bajo, tal vez debido a algún malentendido respecto del pliego de condiciones o a algún otro error. Se presumirá que el precio de una oferta es anormalmente bajo si parece irreal, es decir, si el precio parece ser inferior al costo presumible, o si se estima que no será viable cumplir el contrato al precio ofrecido con el margen de ganancia que sea normal. Desde la perspectiva de la entidad adjudicadora todo precio anormalmente bajo supone un riesgo de que el contrato no se cumpla, o de que no se cumpla en el marco del precio ofrecido, por lo que cabe prever que el proyecto entrañe gastos o demoras adicionales. La entidad adjudicadora debe por ello tomar medidas para evitar que se corra ese riesgo de incumplimiento. Es importante observar que el precio de una oferta puede ser bajo, pero no anormalmente bajo, en particular en el ámbito de la contratación pública internacional, pues lo que pudiera parecer un precio anormalmente bajo en un país podría ser totalmente normal en otro, y la venta de existencias viejas por debajo de su costo o a precio de costo con el fin de mantener la mano de obra

ocupada es legítima. Además, la presentación de una oferta anormalmente baja puede estar vinculada a actos delictivos (por ejemplo, el blanqueo de dinero) o a prácticas ilegales (como el incumplimiento de las normas sobre los salarios mínimos y las obligaciones de seguridad social).

...

1) quater La entidad adjudicadora deberá tener en cuenta la respuesta obtenida al evaluar las ofertas. Los Estados promulgantes [tal vez deseen/desearán velar por que haya transparencia y claridad, por que se instituyan procedimientos y salvaguardias adecuados para impedir las decisiones arbitrarias y las prácticas abusivas y por que la evaluación de las ofertas anormalmente bajas por parte de la entidad adjudicadora sea totalmente objetiva. Es importante puntualizar que lo que ha de evaluarse es la viabilidad del precio (utilizando factores comparativos como las estimaciones previas a la licitación, los precios de mercado y los contratos anteriores cuando se disponga de ellos), no los costos implícitos que habrán utilizado los proveedores y contratistas para determinar el precio. El motivo para evaluar el precio, no el costo, radica en que la evaluación de los costos, además de ser engorrosa y complicada, no siempre es posible.”

[el resto del proyecto de texto que figura en el párrafo 28 del documento A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1 no se ha modificado]

Notas

¹ A/CN.9/590, párrafo 49.

² Esta información procede de un Estado con legislación avanzada en materia de comercio, operaciones bancarias y contratación pública por vía electrónica.

³ A/CN.9/590, párrafos 107 y 109.

⁴ Al respecto, se ha suprimido la adición al artículo 34 4) b) examinada por el Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafo 23). Véase A/CN.9/590, párrafo 110.

⁵ A/CN.9/590, párrafo 110.

⁶ En su séptimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió que en las disposiciones se adoptara el enfoque de: “[facultar] a la entidad adjudicadora para rechazar una oferta si su precio era anormalmente bajo y suscitaba cierta inquietud justificada de que el ofertante tal vez no estuviera en condiciones de cumplir el contrato. Se observó que, en esos casos, todo rechazo estaría supeditado a dos condiciones: en primer lugar, la de que se hubiera dado al ofertante la oportunidad de explicar su precio por algún procedimiento justificativo del mismo, y, en segundo lugar, que se motivara el rechazo de la oferta y se consignaran los motivos aducidos en el expediente del proceso de adjudicación, a fin de que todo recurso que se presentara contra dicho rechazo pudiera ser examinado a la luz de los motivos alegados para efectuarlo.” Véase A/CN.9/575, párrafo 79.

⁷ A/CN.9/575, párrafo 68.

⁸ A/CN.9/575, párrafo 69.

⁹ A/CN.9/590, párrafos 106 a 108, observaciones sobre el proyecto de texto que figura en el párrafo 28 del documento A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1.