Naciones Unidas A/CN.9/575

Asamblea General

Distr. general
12 de abril de 2005
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
38º período de sesiones
Viena, 4 a 15 de julio de 2005

Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su séptimo período de sesiones

(Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005)

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1	3
II.	Organización del período de sesiones	2-7	3
III.	Deliberaciones y decisiones	8-9	4
IV.	Examen de las propuestas presentadas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios	10-82	5
	A. Comunicación y publicación por vía electrónica de información concerniente a la contratación pública	10-33	5
	1. Observaciones generales	10-14	5
	2. Noción de "electrónico" y otros términos (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 17 a 22, y A/CN.9/WG.34/Add.2, *artículo 2: Definiciones*)	15-23	7
	3. Publicación electrónica de textos jurídicos y demás información (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 24 a 30 y 42 a 47, A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 8 a 17, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículos 5, Acceso del público a los textos normativos, 14, Anuncio público de las adjudicaciones de contratos, 24, Procedimientos de convocatoria a licitación o a precalificación, 37, Anuncio de que se solicitan propuestas, 47, Procedimiento de licitación restringida, y 48, Solicitud de propuestas*)	24-28	9
	4. Publicación de los contratos próximamente adjudicables (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 31 a 41, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículo 5 bis, Anuncio de los contratos adjudicables*)	29-31	11

V.05-83414 (S) 100505 110505

	5. Forma de las comunicaciones (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 18 a 43, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículos 7, Precalificación, 9, Forma de las comunicaciones, 10, Documentos probatorios presentados por proveedores y contratistas, 25, Contenido de la convocatoria a licitación o a precalificación, 26, Entrega del pliego de condiciones, 28, Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones, 30, Presentación de las ofertas, 37, Anuncio en que se solicitan propuestas, y 40, Aclaraciones y modificaciones de la solicitud de propuestas*)	32-33	11
B.	Otros aspectos derivados de la utilización de medios electrónicos de comunicación en la contratación pública	34-50	12
	1. Condiciones para la equivalencia funcional entre las ofertas presentadas por vía electrónica y las consignadas sobre papel (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párr. 33, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículo 30, Presentación de ofertas*)	34-42	12
	a) Medidas de seguridad en las comunicaciones y en la tramitación de las ofertas	34	12
	b) La apertura de las ofertas	35-42	12
	2. Valor jurídico de los documentos electrónicos utilizados en el proceso de contratación pública o derivados de éste (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 44 a 58, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículos 11, Expediente del proceso de contratación, y 36, Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato*)	43-50	14
	a) Expediente del proceso de contratación	43-47	14
	b) Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato	48-50	15
C.	Subasta electrónica (inversa) (A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1)	51-67	16
D.	Ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.36)	68-82	20

I. Introducción

1. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión encomendó a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) la elaboración de propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI de 1994 sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la "Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública" o "Ley Modelo", A/49/17 y Corr. 1, anexo 1). Se dio al Grupo de Trabajo un mandato flexible para determinar las cuestiones que deberían abordarse en sus deliberaciones, entre ellas, la aplicación de nuevas prácticas de contratación pública, en particular las emanadas de la utilización de las comunicaciones electrónicas (A/59/17, párrafo 82). El Grupo de Trabajo inició la elaboración de propuestas para la revisión de la Ley Modelo en su sexto período de sesiones, celebrado en Viena del 30 de agosto al 3 de septiembre de 2004 (A/CN.9/568). En esa ocasión decidió encomendar a la Secretaría la preparación de textos y estudios en que se reflejaran sus deliberaciones para examinarlos más adelante. Decidió también que en su período de sesiones siguiente proseguiría el examen a fondo de los temas expuestos en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.31 y 32 en orden sucesivo (A/CN.9/568, párrafo 10).

II. Organización del período de sesiones

2. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su séptimo período de sesiones en Nueva York del 4 al 8 de abril de 2005. Asistieron a las sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Austria, Belarús, Canadá, Chile, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, Irán (República Islámica del), Jordania, Kenya, Madagascar, México, Nigeria, Pakistán, Qatar, República Checa, República de Corea, Serbia y Montenegro, Singapur, Sri Lanka, Suecia, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda y Venezuela.

3. Asistieron observadores de los siguientes Estados: Brunei Darussalam, Cuba, Filipinas, Finlandia, Indonesia, Kuwait, Myanmar y República Dominicana.

4. También estuvieron presentes observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Fondo Monetario Internacional (FMI), Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO); Programa de las Naciones Unidas y Secretaría de las Naciones Unidas

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Agencia Espacial Europea, Banco Africano de Desarrollo, Comisión Europea, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo y Organización Mundial del Comercio (OMC);

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión*: Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Asociación Internacional de Abogados e Instituto de Estudios Internacionales.

5. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes personas para integrar la Mesa:

Presidente: Sr. Stephen R. Karangizi (Uganda)

Relator: Sr. Phua Wee Chuan (Singapur).

6. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.I/WP.33);

b) Una nota de la Secretaría en la que se enuncian cuestiones suscitadas por la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.34 y Add.1 y 2);

c) Una nota de la Secretaría en la que se presenta un estudio comparado de la experiencia adquirida en el empleo de la subasta electrónica (inversa) en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1);

d) Una nota de la Secretaría en la que se presenta un estudio comparado de las ofertas anormalmente bajas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.36).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Examen de propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe del Grupo de Trabajo.

III. Deliberaciones y decisiones

8. En su séptimo período de sesiones el Grupo de Trabajo siguió elaborando propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Como base de sus deliberaciones utilizó las notas preparadas por la Secretaría a que se hace referencia en el párrafo 6 *supra* (A/CN.9/WG.I/WP.34 y 35 y sus adiciones y A/CN.9/WG.I/WP.36).

9. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara sugerencias de redacción en que se tuvieran en cuenta las deliberaciones sostenidas a la sazón acerca de la publicación y comunicación por vía electrónica de la información concerniente a la contratación pública, otros aspectos suscitados por la utilización de medios electrónicos de comunicación en el proceso de contratación pública, entre ellos, los controles pertinentes, las subastas electrónicas inversas y las ofertas anormalmente bajas, y le presentara esas sugerencias en su octavo período de sesiones. El Grupo de Trabajo entendía que el examen de esos temas debía quedar concluido en su período de sesiones siguiente y decidió también que, si había tiempo suficiente en esa ocasión, abordaría el tema de los acuerdos marco. Al respecto, recordó que en su sexto período de sesiones, al examinar esa cuestión, había encomendado a la Secretaría la preparación de una nota al respecto

(A/CN.9/568, párrafo 78). El Grupo de Trabajo también escuchó sugerencias en el sentido de asignar prioridad, en lo sucesivo, a los siguientes aspectos: las listas de proveedores; las vías de recurso y las medidas ejecutorias; la evaluación y comparación de las ofertas (incluida la promoción de la política industrial, social y ambiental en la contratación pública); la organización del proceso de contratación pública, y la contratación de servicios.

IV. Examen de las propuestas presentadas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

A. Comunicación y publicación por vía electrónica de información concerniente a la contratación pública

1. Observaciones generales

10. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.34 y Add.1 y 2). Se recordó que, al adaptar el régimen de la Ley Modelo a ciertas prácticas recién introducidas en la contratación pública, particularmente el uso cada vez mayor de la vía electrónica para el intercambio de comunicaciones, había de prestarse atención a toda enmienda que fuera necesaria a fin de eliminar los obstáculos que pudieran existir para recurrir a esa vía. Al respecto, se reiteró apoyo al criterio adoptado por el Grupo de Trabajo en su sexto período de sesiones en el sentido de que la Ley Modelo debía promover el empleo de la tecnología informática y de la vía electrónica al servicio de la contratación pública (A/CN.9/568, párrafo 18). Se insistió también en la conveniencia de simplificar el texto y dotarle de la máxima precisión posible. El Grupo de Trabajo mencionó asimismo la importancia que tendrían los cambios que se introdujeran en el texto de la Ley Modelo para aquellos países que ya la habían adoptado como pauta inspiradora de su propio régimen de la contratación pública.

11. En lo que concierne a la política y a los principios legislativos generales para abordar el empleo de la vía electrónica al servicio de la contratación pública, el Grupo de Trabajo decidió insertar en la Ley Modelo, de ser necesario, disposiciones que se inspiraran en los textos reguladores del comercio electrónico preparados por la propia CNUDMI (véase también A/CN.9/WG.I/WP.34, párrafo 13), pero que debería enmendarlos para tener en cuenta todo rasgo peculiar de la contratación pública. El Grupo de Trabajo también recordó la decisión que había adoptado en su sexto período de sesiones en el sentido de que en el texto de la Ley Modelo debían figurar declaraciones explícitas apropiadas de los principios rectores aplicables, pero que no dejaría de ser útil que se impartiera orientación complementaria adecuada en la Guía para su incorporación al derecho interno (A/CN.9/568, párrafo 24).

12. Se convino en que la Secretaría insertara una disposición al respecto en la primera parte de la Ley Modelo - más concretamente, un nuevo artículo 4 bis - por la que se promulgaran los principios generales de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica que deberían observarse en los diversos trámites que se llevaran a cabo en el curso del proceso de adjudicación de un contrato, entre ellos,

el anuncio de los contratos adjudicables y la publicación de la información concerniente a la contratación, el intercambio de comunicaciones entre, por ejemplo, la entidad adjudicadora y los proveedores, la apertura de las ofertas y el desarrollo de toda conferencia que se hubiera de celebrar con anterioridad a la presentación de ofertas. Mediante esa disposición general se eliminaría todo obstáculo que pudiera haber en la Ley Modelo a la utilización de la vía electrónica para el intercambio de comunicaciones al servicio de la contratación pública, así como toda ambigüedad al respecto que pudiera haber en su texto, y se estimularía el recurso a dicha vía modificando todas las frases en que se aludiera a algún documento consignado exclusivamente sobre papel, por ejemplo, aquéllas en que figuraran los términos o expresiones "escrito", "sobre sellado", "firma" o "formación de un expediente", aunque procurando evitar que toda nueva formulación de esas disposiciones resultara excesivamente prescriptiva o hiciera que el texto de la Ley Modelo resultara más complejo.

13. El Grupo de Trabajo convino en proseguir sus deliberaciones en un futuro período de sesiones teniendo en cuenta las dos variantes siguientes de un nuevo artículo 4 bis de la Ley Modelo:

Variante A

"Artículo 4 bis. Equivalencia funcional de todos los métodos de comunicación, publicación, intercambio o archivo de información o documentos

[Toda disposición] [Todo requisito] de la presente Ley en que se establezca que:

a) debe presentarse un escrito;

b) un escrito debe presentarse firmado;

c) un escrito debe presentarse en un sobre sellado;

d) un escrito debe publicarse, presentarse o ponerse a disposición de los interesados;

e) se debe abrir o llevar un expediente;

f) determinadas personas deben reunirse; y

g) se ha de proceder a la apertura de ofertas

o todo otro requisito que entrañe una presencia física o la presentación de un escrito en papel

puede cumplirse mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o comparables [, como podrían ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax] [, siempre y cuando el Estado promulgante o la entidad adjudicadora se asegure de que la utilización de esos medios:

a) [no constituye un obstáculo para el proceso de contratación] [entraña recurrir a medios de comunicación que están al alcance de todos];

b) promueve la economía y la eficiencia del proceso de contratación; y

c) no dé lugar a discriminación alguna entre los posibles proveedores o contratistas, ni limite sustancialmente la competencia de alguna otra manera.]"

Variante B

"Toda disposición de la presente ley referente a un escrito, un expediente o una reunión se interpretará en el sentido de que admite la utilización de medios electrónicos, ópticos o comparables [, como podrían ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax] [, siempre y cuando el Estado promulgante o la entidad adjudicadora se asegure de que la utilización de esos medios:

a) [no constituye un obstáculo para el proceso de contratación] [entraña recurrir a medios de comunicación que están al alcance de todos];

b) promueve la economía y la eficiencia del proceso de contratación; y

c) no dé lugar a discriminación alguna entre los posibles proveedores o contratistas, ni limite sustancialmente la competencia de alguna otra manera.]"

(se incluirá la lista que figura en la Variante A en la Guía para la incorporación del régimen de la Ley Modelo al derecho interno).

14. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que hiciera los ajustes necesarios en las dos variantes para garantizar que las "normas de accesibilidad" se apliquen a todo medio de publicación y comunicación que se utilice.

2. Noción de "electrónico" y otros términos (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 17 a 22, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículo 2, Definiciones*)

15. Refiriéndose al párrafo 22 del documento A/CN.9/WG.I/WP.34, el Grupo de Trabajo consideró las posibles adiciones a la sección de definiciones de la Ley Modelo que figuran en las enmiendas propuestas para el artículo 2 de la Ley Modelo, en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

16. La primera posible adición examinada fue una definición del término "electrónico", formulada de la siguiente manera: "por 'electrónico' se entenderá toda tecnología dotada de una función electrónica, óptica, magnética o de índole análoga que pueda utilizarse para enviar, recibir o archivar información, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax," (se inspira en elementos tomados de la definición de "mensaje de datos" que figura en el artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, A/51/17, anexo I). Algunas delegaciones y observadores cuestionaron la propiedad o idoneidad de la definición propuesta, considerando que tal vez procediera definir, en su lugar, el término "vía electrónica" (comunicaciones electrónicas) por considerarlo de mayor utilidad legislativa que el adjetivo "electrónico" por sí solo.

17. En cuanto al lenguaje de la definición propuesta, se sugirió, a la luz del desarrollo continuo de la tecnología, que tal vez procediera sustituir el término "análoga" por "comparable" y explicar en la Guía para la incorporación al derecho interno las razones para hacerlo.

18. La segunda posible adición examinada fue una definición de "sistema electrónico de información accesible al público" formulada en los siguientes términos (se tomaron elementos de la definición de "sistema de información" que figura en el artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUMDI sobre Comercio Electrónico, A/51/17, anexo I): "por 'sistema electrónico de información accesible al público' se entenderá un sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma comunicaciones electrónicas que sean generalmente accesibles a las personas que empleen dispositivos electrónicos". Algunas delegaciones y observadores cuestionaron la necesidad de la definición propuesta, particularmente si la definición de "electrónico" o de "vía electrónica" era suficientemente amplia y si se introducían los cambios correspondientes en las enmiendas propuestas para otros artículos de la Ley Modelo.

19. En lo referente al texto de la definición propuesta, se sugirió sustituir las palabras "comunicaciones electrónicas" por "comunicaciones y datos electrónicos" y las palabras "las personas que empleen" por "toda persona que emplee".

20. El Grupo de trabajo escuchó sugerencias de delegados y observadores acerca de otras definiciones que se deberían incluir en el texto revisado de la Ley Modelo, entre ellas las de "escrito" y "medios electrónicos", que se podrían formular en términos parecidos a los de las definiciones dadas en las Directivas de la Unión Europea sobre licitación de 31 de marzo de 2004 (Directiva 2004/17/CE y Directiva 2004/18/CE). Se sugirió además que la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno debería promover el uso de una terminología homogénea por parte de los Estados promulgantes, que fuera compatible con la de toda otra norma jurídica relativa a esas cuestiones.

21. Desde otro ángulo, se expresó el parecer de que toda disposición de la Ley Modelo destinada a promover la publicidad y accesibilidad de la información pertinente debía estar formulada en términos tecnológicamente neutros, por lo que debería evitarse la utilización de un lenguaje expresamente destinado al empleo de la vía electrónica. Al mismo tiempo, se dijo que, en algunos casos y en algunos países, podía ser procedente utilizar un lenguaje expresamente destinado al empleo de la vía electrónica. Se sugirió que, al revisar la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo se esforzara por equilibrar, por una parte, la conveniencia de que toda regla se formulara en términos tecnológicamente neutros y la necesidad paralela de garantizar la equivalencia funcional de los diversos medios o vías de comunicación utilizados y, por la otra, la promoción de la vía electrónica, pero señalando los problemas que pueden dimanar del empleo de dicha vía y sugiriendo la manera de resolver dichos problemas.

22. El Grupo de Trabajo celebró consultas oficiosas en relación con las sugerencias relativas a la formulación de las definiciones propuestas para el artículo 2 de la Ley Modelo y convino en que ese tema debía examinarse en un futuro período de sesiones teniendo en cuenta las siguientes variantes propuestas:

Variante A

"Por 'medios electrónicos' de comunicación, publicación, intercambio o archivo de información o documentos se entenderá todo método utilizado para generar, intercambiar, enviar, recibir o archivar información o documentos por medios electrónicos, ópticos o comparables, como podrían ser, entre otros, el

intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

Por 'medios electrónicos' para convocar personas con un fin previsto en la presente Ley se entenderá todo método utilizado para convocar personas por el cual éstas puedan seguir las actuaciones y participar en ellas por medios electrónicos de comunicación."

Variante B

"Por 'medios electrónicos' de comunicación, publicación, intercambio o archivo de información o documentos y para la celebración de reuniones se entenderá todo método utilizado para generar, intercambiar, enviar, recibir o archivar información o documentos por medios electrónicos, ópticos o comparables, como podrían ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax."

Variante C

Esta variante consiste en no incluir definición alguna de "medios electrónicos", por considerarse que eso sería superfluo a la luz del artículo 4 bis propuesto (véanse los párrafos 10 a 14 *supra*).

23. Se pidió a la Secretaría que tuviese en cuenta esas propuestas al preparar la documentación necesaria para reanudar las deliberaciones en un futuro período de sesiones del Grupo de Trabajo.

3. Publicación electrónica de textos jurídicos y demás información (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 24 a 30 y 42 a 47, A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 8 a 17, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículos 5, Acceso del público a los textos normativos, 14, Anuncio público de las adjudicaciones de contratos, 24, Procedimientos de convocatoria a licitación o a precalificación, 37, Anuncio en que se solicitan propuestas, 47, Procedimiento de licitación restringida, y 48, Solicitud de propuestas*)

24. Se convino en que debería ampliarse el alcance del artículo 5 para que abarcara también la accesibilidad a toda información concerniente a la adjudicación del contrato cuya publicación fuera preceptiva, incluso los textos jurídicos. El Grupo de Trabajo observó que la Secretaría estudiaba actualmente la práctica aplicada en los regímenes internos de la contratación pública para determinar la información adicional pertinente para los posibles proveedores cuya publicación no fuera actualmente obligatoria en virtud de la Ley Modelo y que pudiera incorporarse al ámbito de aplicación del artículo 5 (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrafos 29 y 30). El Grupo de Trabajo convino en volver sobre este asunto cuando dispusiera de los resultados de ese estudio.

25. Se convino también en que la Ley Modelo debía enunciar el principio general de que la entidad adjudicadora debería tener derecho a elegir la vía de publicación utilizada en virtud del artículo 5, es decir, podría elegir la publicación sobre papel o por medios electrónicos, o de las dos maneras, sin tener que justificar la elección que hiciera, con tal de que la vía elegida cumpliera ciertas "normas de accesibilidad". El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que elaborara un proyecto

de normas de accesibilidad para examinarlo en un futuro período de sesiones. Las normas deberían estar basadas en el texto propuesto de párrafo 3 del artículo 24 que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. En ese párrafo se dispondría que el método de publicación elegido:

a) No obstaculizara el acceso al proceso de adjudicación;

b) Estuviera justificado en función de las metas de economía y eficiencia del proceso de adjudicación;

c) No diera lugar a discriminación alguna entre los posibles proveedores o contratistas, ni limitara sustancialmente la competencia de alguna otra manera.

26. Se convino en que los principios generales que se incorporaran a la versión revisada del artículo 5 serían aplicables a la publicación de toda otra información que estuviera actualmente regulada en algún otro artículo de la Ley Modelo, por ejemplo, las convocatorias a licitación y a precalificación (artículos 24, 37, 46, 47 y 48 de la Ley Modelo, como se indica en los párrafos 42 a 45 del documento A/CN.9/WG.I/WP.34 y en los párrafos 8 a 17 del documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1) y la adjudicación de contratos (artículo 14 de la Ley Modelo, como se indica en los párrafos 46 y 47 del documento A/CN.9/WG.I/WP.34), o de toda otra información cuya publicación estuviera prevista en la versión revisada de la Ley Modelo, como pudiera ser la publicación de todo contrato próximamente adjudicable (véase la sección 4 *infra*).

27. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que sometiera a su consideración algunas formulaciones en que se reflejaran las cuestiones anteriormente examinadas y le presentara un informe sobre los resultados del estudio que le había encomendado, como se indica en el párrafo 24 *supra*.

28. El Grupo de Trabajo convino en que, en un futuro período de sesiones, cuando reanudara sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 5, tendría en cuenta el siguiente texto:

> "Artículo 5. Acceso del público a la información concerniente a la adjudicación del contrato
>
> 1) El texto de la presente Ley y el reglamento de la contratación pública, así como todas las decisiones y directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos cuya adjudicación se rija por la presente Ley, y todas las enmiendas de esos textos, así como todos los demás documentos y demás información que se hayan de publicar [o que se vengan publicando en virtud de la presente Ley], se pondrán sin demora a disposición del público y se actualizarán sistemáticamente.
>
> [2) Toda otra información que un Estado promulgante o una entidad adjudicadora decida publicar, por ejemplo, la relativa a todo contrato próximamente adjudicable, control interno o directriz interna, se pondrá sin demora a disposición del público y se actualizará sistemáticamente.]"

4. Publicación de los contratos próximamente adjudicables (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 31 a 41, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículo 5 bis, Anuncio de los contratos adjudicables*)

29. Pese a que se suscitaron dudas acerca de si la publicación de información sobre todo contrato próximamente adjudicable constituía la práctica más recomendable y si, por ende, la Ley Modelo debía promover dicha práctica, en el Grupo de Trabajo prevaleció el parecer de que la publicación de todo contrato próximamente adjudicable contribuiría a la transparencia del proceso de adjudicación, a la eficiencia de la fase de planificación y a la apertura del mercado de la contratación pública, especialmente en el campo de las licitaciones internacionales, por lo que debía ser fomentada. Ahora bien, se convino asimismo en que esa publicación debía ser optativa y no imperativa. El Grupo de Trabajo tomó nota de las inquietudes expresadas sobre el impacto tal vez negativo que pudiera tener la publicación obligatoria, por ejemplo, restando flexibilidad al proceso presupuestario del Estado, que constituía una prerrogativa tradicional del poder legislativo. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo expresó su preferencia por la variante B del artículo 5 bis propuesto, titulado Anuncio de los contratos adjudicables, que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, cuyo texto es el siguiente:

> "Dentro del [*el Estado promulgante especificará el plazo*] a partir del comienzo del ejercicio fiscal, las entidades adjudicadoras podrán publicar un anuncio de sus necesidades previstas de contratación para el siguiente [*el Estado promulgante especificará el período*]."

30. Se expresaron pareceres divergentes acerca de la necesidad de que se insertara en la Ley Modelo una disposición sobre la publicación optativa de un anuncio de los contratos próximamente adjudicables, en contraste con la conveniencia de que se hablara de las ventajas de dicha publicación en la Guía para su incorporación al derecho interno. A favor de que se insertara esa disposición en el propio texto de la Ley Modelo se adujo que esa cuestión, que no había sido tratada en la Ley Modelo, podría pasar inadvertida si se trataba únicamente en la Guía, lo que cabría lamentar, habida cuenta de la importancia que revestía para el proceso de adjudicación y de las ventajas que reportaría esa publicación.

31. Se sugirió que en las enmiendas propuestas se dejara claro que la entidad adjudicadora no estaría obligada a publicar información sobre los contratos próximamente adjudicables. El Grupo de Trabajo convino en volver sobre ese asunto una vez que se conocieran los resultados del estudio mencionado en el párrafo 24 *supra*.

5. Forma de las comunicaciones (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 18 a 43, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículos 7, Precalificación, 9, Forma de las comunicaciones, 10, Documentos probatorios presentados por proveedores y contratistas, 25, Contenido de la convocatoria a licitación o a precalificación, 26, Entrega del pliego de condiciones, 28, Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones, 30, Presentación de las ofertas, 37, Anuncio en que se solicitan propuestas, y 40, Aclaraciones y modificaciones de la solicitud de propuestas*)

32. El Grupo de Trabajo convino en revisar la Ley Modelo a fin de incorporar en el artículo 9 el principio general concerniente a la forma de las comunicaciones, que

sería aplicable a todo tipo de comunicación regulada en la Ley Modelo y, concretamente, a la presentación, aclaración y modificación del pliego de condiciones y a la presentación de ofertas. Se convino en que este principio se formulara en términos similares a los propuestos para el artículo 5 (véase la sección 3 *supra*), facultando a la entidad adjudicadora para escoger la forma de las comunicaciones sin tener que justificar su elección, con tal de que la forma elegida cumpliera las "normas de accesibilidad" que se definirían con arreglo a los criterios enunciados en el párrafo 25 *supra.*

33. El Grupo de Trabajo convino en que los proveedores no deberían estar facultados para elegir la forma de sus comunicaciones con la entidad adjudicadora, por lo que deberían enmendarse las disposiciones de la Ley Modelo y de la Guía para su incorporación al derecho interno que les otorgaran expresa o implícitamente ese derecho, por ejemplo, los artículos 9.3 y 30.5 b). Se convino asimismo en que, al hacerlo, la Secretaría debería obrar con cautela a fin de no eliminar ninguna salvaguardia que se hubiera enunciado en esas disposiciones contra toda práctica discriminatoria o, de algún modo, excluyente en la que pudiera incurrir la entidad adjudicadora. Se sugirió que al definir las normas de accesibilidad mencionadas en los párrafos 25 y 32 *supra* y al revisar la Guía se tuvieran plenamente en cuenta esas inquietudes. Además, el Grupo de Trabajo decidió que en un futuro período de sesiones determinaría el lugar de la Ley Modelo en que figurarían las definiciones de esas normas.

B. Otros aspectos derivados de la utilización de medios electrónicos de comunicación en la contratación pública

1. Condiciones para la equivalencia funcional entre las ofertas presentadas por vía electrónica y las consignadas sobre papel (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párr. 33, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículo 30, Presentación de las ofertas*)

a) Medidas de seguridad en las comunicaciones y en la tramitación de las ofertas

34. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de las medidas de seguridad en las comunicaciones y en la tramitación de las ofertas y el texto propuesto como artículo 30 bis de la Ley Modelo que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Observó que en el texto propuesto se abordaban, entre otras cosas, cuestiones relativas a la autenticidad de las comunicaciones, la integridad de los datos, la fecha y hora de las comunicaciones electrónicas y la confidencialidad de esas comunicaciones. Conforme a su decisión anterior de que esas cuestiones se debían abordar en el régimen del comercio electrónico y no en el régimen de la contratación pública propiamente dicho, el Grupo de Trabajo decidió que ese texto no se introdujera en la revisión de la Ley Modelo. De todos modos, observó que era necesario impartir en la Guía orientación pertinente (incluso sobre la conveniencia de que existiera reglamentación al respecto en los Estados promulgantes).

b) La apertura de las ofertas

35. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la cuestión de la apertura de las ofertas. Recordando su decisión anterior de que se diera a la entidad adjudicadora la opción

de estipular que las ofertas se presentaran por vía electrónica con arreglo al artículo 30 de la Ley Modelo (véase la sección 5 *supra*), el Grupo de Trabajo abordó las disposiciones relativas a la apertura de las ofertas que figuran en el artículo 33 de la Ley Modelo. Se recordó que el párrafo 1) del artículo 33 dispone que las ofertas "se abrirán en la fecha y la hora indicadas en el pliego de condiciones como plazo para la presentación de ofertas [...], en el lugar y con las formalidades indicados en el pliego de condiciones" y que el párrafo 2) del mismo artículo dispone que "la entidad adjudicadora autorizará a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas a asistir al acto de apertura o a hacerse representar en él".

36. El Grupo de Trabajo observó que, si bien el párrafo 1) parecía ser suficientemente amplio como para abarcar todos los sistemas de apertura de ofertas, en el párrafo 2) se sugería la presencia física de los proveedores y contratistas en determinado lugar a determinada hora. Observó también que algunos países habían introducido disposiciones que permitían la apertura de ofertas mediante un sistema electrónico de información que abría automáticamente las ofertas en la fecha y hora previstas en el pliego de condiciones y transmitía también en forma automática la información que se solía anunciar públicamente en el acto de apertura. Por consiguiente, consideró la posibilidad de que en la Ley Modelo se previera la apertura de ofertas por vía electrónica.

37. Al respecto, el Grupo de Trabajo estudió la siguiente propuesta de adición al artículo 33 de la Ley Modelo, que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, encaminada a facultar a las entidades adjudicadoras para utilizar las comunicaciones electrónicas en sustitución del acto de apertura de las ofertas en presencia de los proveedores y los contratistas:

> "4) Cuando el proceso de contratación se lleve a cabo exclusivamente por vía electrónica de conformidad con el párrafo 1) ter del artículo 9 y los incisos k) del párrafo 1) y f) del párrafo 2) del artículo 25 o [insértense las disposiciones relativas a las subastas inversas y otros procedimientos totalmente automatizados, si las hubiera], se considerará que se ha permitido a los proveedores o contratistas estar presentes en el acto de la apertura de las ofertas si están autorizados a seguir esa apertura a través de los medios electrónicos de comunicación [, como, por ejemplo, el intercambio en línea de mensajes electrónicos, videoconferencias o alguna otra tecnología similar,] utilizados por la entidad adjudicadora, a condición de que todos los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas tengan acceso a los medios técnicos y de otra índole requeridos y que los medios de comunicación utilizados por esa entidad no entrañen ningún obstáculo irrazonable a la participación en la sesión."

38. Se indicó que esa disposición abordaba únicamente el proceso de contratación pública llevado a cabo por vía electrónica, y no aquel en que se presentaban ofertas sobre papel y por vía electrónica. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo decidió que se suprimiera el término "exclusivamente" del texto propuesto.

39. Por otra parte, y a la luz de las normas generales de accesibilidad que había decidido incluir en la Ley Modelo, así como de las disposiciones generales que había pedido a la Secretaría que redactara al respecto (véanse los párrafos 25 y 32 *supra*), el Grupo de Trabajo determinó que la reserva que se hacía al final del texto propuesto ("a condición de que todos los proveedores o contratistas que hayan

presentado ofertas tengan acceso a los medios técnicos y de otra índole requeridos y que los medios de comunicación utilizados por esa entidad no entrañen ningún obstáculo irrazonable a la participación en la sesión") era redundante y no debía incluirse.

40. El Grupo de Trabajo también indicó que el texto que figuraba entre corchetes (["", como, por ejemplo, el intercambio en línea de mensajes electrónicos, videoconferencias o alguna otra tecnología similar"]) podría resultar redundante una vez que se concluyera el examen de la parte de la Ley Modelo dedicada a las definiciones. Por esa razón, no deseó incluir ese texto en el proyecto de disposición en ese momento.

41. Por último, se indicó la necesidad de disponer expresamente que se consideraría que la disposición cumplía los requisitos previstos en el párrafo 2) del artículo 33 (la presencia física de los proveedores).

42. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que le presentara proyectos de texto en que se reflejaran las cuestiones mencionadas anteriormente para examinarlos en un futuro período de sesiones.

2. Valor jurídico de los documentos electrónicos utilizados en el proceso de contratación pública, o derivados de éste (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 44 a 58, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add. 2, *artículos 11, Expediente del proceso de contratación, y 36, Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato)*

a) Expediente del proceso de contratación

43. El Grupo de Trabajo recordó que en el artículo 11 de la Ley Modelo se disponía que la entidad adjudicadora llevara un expediente del proceso de contratación en que constara, por lo menos, determinada información mínima, y que ésta se pusiera a disposición de los interesados. Ahora bien, también se indicó que la propia Ley Modelo no prescribía el formato del expediente y, en consecuencia, no impedía que la entidad adjudicadora llevara el expediente en forma electrónica.

44. El Grupo de Trabajo pasó a considerar la posibilidad de enmendar el artículo 11 con objeto de disponer la forma en que se debía llevar el expediente y procedimientos para llevar expedientes electrónicos y acceder a ellos, especialmente medidas para garantizar la integridad, accesibilidad y confidencialidad de la información.

45. Con arreglo a sus anteriores decisiones respecto de la utilización de medios electrónicos para comunicar o, en este caso, archivar esa información (A/CN.9/568, párrafos 23 y 37), el Grupo de Trabajo consideró la posibilidad de incluir en la Ley Modelo un párrafo que abordara las condiciones necesarias en el caso de que el expediente se llevara en forma electrónica. Al respecto, examinó el texto propuesto como párrafo 5) del artículo 11, que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Concluyó que esas cuestiones deberían abordarse en disposiciones generales relativas a las comunicaciones electrónicas y la difusión de información, y que tratar en ese artículo el formato del expediente podía ser contraproducente, ya que podía debilitar la reglamentación relativa al contenido de éste. De todos modos, reconoció que el artículo 11 abordaba la cuestión del archivo de información, y no la difusión de ésta y, por consiguiente, pidió a la Secretaría que considerara la manera de incluir ese concepto más amplio en las normas de

accesibilidad que le había solicitado que redactara (véanse los párrafos 25 y 32 *supra*).

46. Por otra parte, se observó que las medidas encaminadas a garantizar la integridad, accesibilidad y confidencialidad de la información se aplicarían a cualquier método que se utilizara para llevar el expediente de la contratación, razón por la cual se debía añadir al texto del artículo 11 el párrafo 6 propuesto, que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, aunque modificándolo para hacer referencia a todos los métodos de archivo de información. El texto propuesto para el párrafo 6 era el siguiente:

> "La reglamentación de contratación pública podrá establecer procedimientos para llevar los expedientes electrónicos, así como para acceder a ellos, incluidas medidas para garantizar la integridad, accesibilidad y, cuando proceda, la confidencialidad de la información."

47. En consecuencia, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que modificara la formulación del proyecto de disposición con objeto de que se aplicara a todos los métodos de archivo de información.

b) Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato

48. En lo que concierne a la aceptación de las ofertas y la entrada en vigor de un contrato, el Grupo de Trabajo observó que en los incisos a) y b) del párrafo 2) del artículo 36 de la Ley Modelo se dispone que en el pliego de condiciones se puede exigir que el proveedor o el contratista cuya oferta haya sido aceptada "firme un contrato escrito" en los términos de la oferta. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo consideró la posibilidad de que:

a) La Ley Modelo permitiera expresamente ejecutar contratos por medios electrónicos y, en ese caso, de que también se refiriera a la posibilidad de que el Estado promulgante prescribiera procedimientos para firmar o autenticar los contratos concertados por vía electrónica; o

b) La cuestión se remitiera a otra legislación de los Estados promulgantes, en cuyo caso se podrían señalar brevemente en la Guía las cuestiones pertinentes.

49. Al respecto, el Grupo de Trabajo examinó la adición propuesta en relación con el artículo 36, que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, según la cual se añadiría un nuevo párrafo 7 a ese artículo en los siguientes términos:

> "7) Cuando un contrato por escrito adjudicado tenga que ser firmado en virtud del presente artículo, este requisito se cumplirá mediante la utilización de comunicaciones electrónicas o documentos firmados con una firma electrónica que satisfaga todo requisito establecido por la entidad adjudicadora."

50. El Grupo de Trabajo observó que la disposición propuesta podía duplicar o incluso contradecir las leyes que regulan el comercio electrónico y podía resultar superflua, de todos modos, si se establecían las normas de accesibilidad que había pedido a la Secretaría que redactara (véanse los párrafos 25 y 32 *supra*). Al respecto, se observó también que se había decido no adoptar más disposiciones relativas a las comunicaciones electrónicas que pudieran estar reguladas en otras leyes, a menos que una disposición de esa índole se hiciera necesaria estrictamente

en el contexto de la contratación pública. En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió que no era necesario incluir el texto propuesto, si bien indicó que podía ser útil abordar en la Guía las cuestiones planteadas, como se indicó en el párrafo 34 *supra*.

C. Subasta electrónica (inversa) (A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1)

51. El Grupo de Trabajo se valió de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1) para el examen de este tema. Se le informó de que la subasta electrónica inversa (SEI) podía definirse como una subasta dinámica directa realizada en línea entre una entidad compradora y cierto número de proveedores que competían entre sí para obtener el contrato presentando ofertas de precio progresivamente descendente durante el plazo establecido para la subasta.

52. El Grupo de Trabajo reconoció que la SEI era un método de contratación pública al que se estaba recurriendo cada vez más en los países en que el comercio electrónico ya había pasado a ser la norma, pero se observó también que la reglamentación de la SEI y la utilización de este método de contratación diferían mucho de un país a otro. Se dijo también que otras organizaciones internacionales, como la Organización Mundial del Comercio y los bancos multilaterales de desarrollo, ya venían examinando posibles medidas de reglamentación de la SEI, y que en las directivas de licitación más recientes de la Unión Europea ya se había previsto la subasta electrónica inversa. Se insistió en la necesidad de armonizar toda reglamentación que emanara de las diversas organizaciones interesadas.

53. Diversas delegaciones y observadores informaron al Grupo de Trabajo de la experiencia más reciente en la práctica de la SEI y de que dicho método de contratación había contribuido a mejorar la rentabilidad, la eficiencia en función de los recursos disponibles y la transparencia del proceso de adjudicación de contratos públicos. Un observador también señaló las economías realizadas en la negociación de la operación comercial entre la entidad adjudicadora y los proveedores y ciertas economías internas de la propia entidad adjudicadora (por ejemplo, en concepto de gastos de personal).

54. Ahora bien, se observó asimismo que la subasta electrónica inversa había suscitado ciertas inquietudes, mencionándose en particular que: a) la SEI no garantizaba la seriedad financiera y la conformidad con el pliego de condiciones de la oferta de precio más bajo, ni la continuidad en subsiguientes SEI de las economías obtenidas; b) dicho método podía ocultar ciertos costos que contrarrestaran todo ahorro obtenido en el curso de la subasta, a saber, ciertos costos de oportunidad o de sustitución imputables al hecho de que no participara en la SEI algún proveedor potencial y ciertos costos variables de explotación o de mantenimiento, igualmente ocultos, en el caso de un contrato de obras o de servicios; c) podía fomentar la presentación de ofertas imprudentes, lo que entrañaba un mayor riesgo de que se presentaran ofertas anormalmente bajas; d) no reflejaba adecuadamente, tal vez, ciertos factores ajenos al precio, como la calidad de ejecución y la relación proveedor-comprador; e) podía dar lugar a conflictos de intereses entre los agentes del mercado, por ejemplo, entre las empresas de programas informáticos y comercializadores o “agentes del mercado electrónico” y ciertos organismos centralizados de compras públicas que cobraban comisiones;

f) era más vulnerable que otros métodos de contratación tradicionales a ciertas prácticas de colusión difíciles de detectar por la entidad adjudicadora, en particular en la adjudicación de proyectos para los que el número de concursantes acostumbrara a ser pequeño, o en subastas repetitivas en las que solía participar el mismo grupo de concursantes; y g) podía repercutir adversamente en el mercado, en especial si se prestaba a ciertas prácticas de competencia desleal y restaba aliciente para la innovación técnica y otras prácticas innovadoras.

55. Se observaron también los comentarios que se habían formulado en el sentido de que las economías señaladas no persistían a mediano o a largo plazo. Se informó, además, de que el método de la SEI podría disuadir a las pequeñas y medianas empresas de participar en el proceso de adjudicación, e incluso excluirlas, por lo que podría entrar en conflicto con otros objetivos de la política económica oficial y contribuir a menoscabar futuros ahorros y mejoras de la eficiencia a largo plazo, al debilitar la competencia en el mercado.

56. Se observó, por otra parte, que algunos de los principios de la contratación pública enunciados en la Ley Modelo, entre ellos la prohibición de que se revelara información sobre otras ofertas, así como de que se abriera negociación alguna o se tratara de obtener rebajas al irse a cerrar el trato, podían resultar incompatibles con ciertos rasgos inherentes a la SEI, por lo que se invitó al Grupo de Trabajo a que formulara su postura general al respecto.

57. Se reconoció que algunas de las inquietudes expresadas anteriormente, aun cuando se tratara de rasgos inherentes a la SEI, podían resolverse mediante una reglamentación encaminada a promover la transparencia, por ejemplo, imponiendo ciertas condiciones para el desarrollo de la subasta. Se insistió en que el Grupo de Trabajo debía centrar su atención en los riesgos de colusión que entrañaba la SEI, teniendo en cuenta las consideraciones formuladas por otras organizaciones internacionales al respecto.

58. Se observó que se venían utilizando dos modalidades de SEI: una en la que se le consideraba un método autónomo de contratación pública, y otra en la que constituía una etapa optativa de algún otro método de contratación que se estuviera aplicando. Además, había dos categorías básicas de SEI: la que se basaba únicamente en el criterio del precio más bajo, y la que permitía introducir algún otro criterio de valoración. En ocasiones, esos criterios de valoración adicionales eran cuantificados mediante una fórmula matemática a fin de que los concursantes pudieran ser puntuados antes de comenzar la subasta y en el curso de ésta. Se observó que, si bien recurrir a esas fórmulas podía ser provechoso, al eliminar ciertos riesgos de evaluación subjetiva en el curso de la subasta, dichos métodos de cuantificación podían no resultar tan fiables como era de desear.

59. El Grupo de Trabajo observó los numerosos comentarios que se habían formulado en el sentido de que la SEI daba más resultado cuando se trataba de bienes o de servicios que se podían especificar en términos claros y respecto de los cuales todo criterio de valoración ajeno al precio fuera fácilmente cuantificable, por lo que existía una tendencia general en la práctica internacional a recurrir únicamente a la SEI para la adjudicación de contratos de bienes normalizados o para la contratación de servicios de índole poco compleja. Se citaron como ejemplos de artículos que cabía adjudicar por una SEI el combustible, ciertos bienes de equipo informático normalizados, los suministros de oficina y ciertos materiales de

construcción básicos. Si bien se observó que la SEI no se solía utilizar para la adjudicación de contratos de obras, el Grupo de Trabajo consideró que no debería excluirse automáticamente de esa clase de contratación, ya que las principales cuestiones que había que considerar eran si el pliego de condiciones podía redactarse con precisión y si los criterios de valoración utilizables en la subasta eran fácil y objetivamente cuantificables.

60. El Grupo de Trabajo recordó su opinión anterior de que, con las debidas salvaguardias, cabía recurrir a la SEI sin comprometer ninguno de los principios de la Ley Modelo y para mayor provecho tanto de la entidad adjudicadora como de los proveedores (A/CN.9/568, párrafo 54). Ahora bien, se expresaron pareceres divergentes sobre si procedía insertar en el texto de la Ley Modelo disposiciones que la regularan expresamente. Algunas delegaciones consideraron que esa decisión sería prematura, habida cuenta de la experiencia limitada de que se disponía en materia de utilización y reglamentación de la SEI. Prevaleció, no obstante, el parecer de que, a la luz del creciente uso de ese método y de las metas gemelas de la CNUDMI de armonizar y promover las mejores prácticas, en la revisión de la Ley Modelo se deberían enunciar, ciertamente, algunas reglas concernientes al empleo de la SEI.

61. Se sugirió que, si bien cabría enunciar en la Ley Modelo una regla general habilitante del método de la SEI y en la que se enunciaran los principios básicos para su empleo, cabría abordar en mayor detalle la utilización de la SEI en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, mencionando toda ventaja o desventaja frecuentemente observada en dicho método y la manera de contrarrestar las desventajas. Algunos delegados y observadores señalaron la importancia de que la CNUDMI impartiera directrices para lograr una mayor homogeneidad en la reglamentación pertinente de los diversos países. Se expresó inquietud de que, a falta de esas directrices, se introdujeran prácticas que fueran contrarias a los principios en que se inspiraba la Ley Modelo o incompatibles con éstos.

62. En lo concerniente al contenido de las normas generales habilitantes, se observó que un factor clave serían las condiciones enunciadas para el empleo de la SEI (y las limitaciones que se impusieran), por ejemplo, las indicadas en el párrafo 59 *supra* y examinadas más en detalle en los párrafos 20 a 25 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35. En lo que respecta a las condiciones, el Grupo de Trabajo convino en que la Ley Modelo limitara la posibilidad de recurrir a una SEI a la adjudicación de contratos para el suministro de bienes, obras o servicios que fueran claramente definibles y cuyos criterios de valoración ajenos al precio fueran cuantificables. Se observó que lo dicho en los párrafos 8 y 20 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35 podría sentar las bases para definir el ámbito de aplicación de la SEI.

63. Algunas delegaciones expresaron el parecer de que, de conformidad con el principio de neutralidad tecnológica encaminado a poner a todos los proveedores en pie de igualdad (véase el párrafo 12 *supra*), el Grupo de Trabajo no debería limitarse a regular la SEI, sino que debería prever asimismo la subasta inversa en su forma tradicional o no electrónica. Se observó que dichas subastas (junto con la SEI) podían servir de fundamento para la definición de un método de contratación pública plenamente dinámico. El Grupo de Trabajo reconoció que en algunos países de cierta región se venía utilizando la subasta inversa en su forma tradicional como

método de contratación pública. Sin embargo, se expresaron graves dudas de que la subasta inversa tradicional constituyera la mejor práctica que la Ley Modelo debía promover.

64. Se observó, además, que el principio de neutralidad tecnológica estaba supeditado a los principios básicos en que se inspiraba el régimen de la Ley Modelo y al respecto se señaló que la subasta inversa en su forma tradicional planteaba ciertos riesgos de irregularidades en el proceso de adjudicación, entre ellos, el riesgo de colusión entre los concursantes, la notificación indebida de precios y otras prácticas corruptas, y que era probable que las ofertas no se pudieran preparar libremente, ya que en una subasta inversa tradicional no era posible salvaguardar la anonimidad de los concursantes. Se observó, asimismo, que el requisito de la presencia física de los concursantes en toda subasta inversa tradicional favorecía indudablemente a los que se hallaban en las cercanías de la sede de la subasta, lo que elevaba el riesgo de colusión. Pese a que se señaló que la salvaguardia del anonimato era únicamente una de las garantías de la integridad del proceso de adjudicación, y no constituía de por sí una garantía contra el riesgo de colusión, en general se convino en que ese riesgo era menor en una SEI que en otras formas más tradicionales de subasta inversa.

65. Se recordó que en su sexto período de sesiones el Grupo de Trabajo había tomado nota tanto del contexto en el que había surgido la cuestión de la subasta electrónica inversa (es decir, los avances tecnológicos que habían dado lugar a que naciera ese método de contratación) como de las objeciones de política general en que se había inspirado la decisión inicial de la CNUDMI de que no se regulara la subasta inversa en la Ley Modelo. En ese período de sesiones el Grupo de Trabajo había decidido, por consiguiente, que la versión revisada de la Ley Modelo abordara únicamente el método de la subasta electrónica inversa (A/CN.9/568, párrafo 48). Pese a las objeciones expresadas contra la inclusión de disposiciones aplicables a otras modalidades de subasta inversa que no fueran la de formato electrónico, el Grupo de Trabajo convino en aplazar su decisión definitiva sobre ese asunto hasta el momento en que tuviera ante sí los proyectos de disposición por los que se regulara el empleo de la SEI.

66. En lo que respecta a las modalidades de empleo de la SEI en el proceso de contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.35, párrafos 26 y 27), es decir, a la posibilidad de considerar a la SEI un método de contratación autónomo o una fase optativa en el marco de algún otro método de contratación pública, hubo acuerdo general en que los proyectos de disposición que se prepararan debían partir de la hipótesis de que la SEI se utilizaría como método de contratación autónomo.

67. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de los párrafos 28 a 34 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35 y del documento A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 y encomendó a la Secretaría la tarea de preparar una disposición de índole general por la que se autorizara el empleo de la SEI como método de contratación optativo. Se insistió en la necesidad de que el Grupo de Trabajo examinara algunos aspectos más detallados de la SEI, entre ellos, las condiciones para el empleo de dicho método y sus modalidades de empleo, a fin de poder concluir el examen de la disposición habilitante de la SEI y de los principios generales que se habían de observar al emplearla. Se expresó también el parecer de que en el enfoque que se adoptara para la preparación de toda disposición de la Ley Modelo concerniente a la SEI se debería tener en cuenta el enfoque adoptado sobre este mismo tema por los Estados

parte en el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio, que a la sazón se estaba revisando.

D. Ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.36)

68. El Grupo de Trabajo se valió de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.36) para el examen de este tema. Recordó que en 1989 se había informado al entonces Grupo de Trabajo sobre la Contratación Pública de que toda oferta anormalmente baja (OAB) suponía un riesgo de que "el ofertante no pudiera cumplir el contrato al precio ofrecido ... o que lo haría utilizando una mano de obra o materiales de calidad inferior a lo normal o trabajando a pérdida, ... una oferta anormalmente baja podía además ser indicio de colusión entre los ofertantes" (A/CN.9/WG.V/WP.22). El Grupo de Trabajo destacó a la sazón que la clave de la cuestión radicaba en ese riesgo de incumplimiento o de vicios en el cumplimiento del contrato y observó además que la presentación de ofertas anormalmente bajas podría poner en peligro las metas de la Ley Modelo, en particular las metas de economía y eficiencia en la contratación pública, de fomento de la competencia entre proveedores y contratistas y de que se otorgara un trato justo y equitativo a todos los proveedores y contratistas.

69. Al respecto, el Grupo de Trabajo observó que la Ley Modelo abordaba esa cuestión en función del precio y no de los costos, y se indicó que ese sistema basado en el precio constituía, de hecho, el único sistema viable. Por consiguiente, una entidad adjudicadora se vería obligada a evaluar el riesgo de incumplimiento o de vicios en el cumplimiento del contrato en función del precio como guía para determinar los costos, y el análisis resultante no dejaría de ser meramente estimativo. Se recordó asimismo que un precio bajo no sería necesariamente, de por sí, un indicio de que pudiera haber un riesgo de incumplimiento.

70. El Grupo de Trabajo observó que una OAB podía ser imputable a diversas razones, entre ellas, la ambigüedad o imprecisión de las especificaciones, todo error en la evaluación de la documentación de la oferta, poco tiempo para preparar las ofertas, todo error del proveedor en la evaluación de sus propios costos y toda oferta inintencional o impremeditada de un precio inferior al costo durante la subasta, y que cualquiera de esas razones podía dar lugar a que se presentara involuntariamente una oferta de esa índole. Por otra parte, se reconoció también que todo comportamiento desleal en el mercado, por ejemplo, la fijación de precios irreales de la que se habla en el párrafo 12 del documento A/CN.9/WG.I/WP.36, podía asimismo dar lugar a que se presentara una OAB deliberadamente (si bien todo comportamiento desleal en el mercado solía ser objeto de sanciones previstas en la normativa aplicable en materia de competencia leal o incluso de sanciones penales). Se informó también al Grupo de Trabajo de que la Asamblea General de las Naciones Unidas había aprobado un "Conjunto de principios y normas equitativas convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas" (A/RES/35/63, de 5 de diciembre de 1980). Se observó, además, que un proveedor podía presentar una OAB deliberadamente cuando procuraba obtener el contrato a cualquier precio, por ejemplo, si intentaba obtener crédito con miras a evitar la insolvencia de su empresa.

71. El Grupo de Trabajo observó que todo riesgo de incumplimiento dimanante del hecho de que se hubiera aceptado una OAB podía tener consecuencias sumamente nocivas a lo largo de la fase de ejecución del contrato y que las soluciones disponibles en dicha etapa, entre las que cabía citar la rescisión del contrato o la búsqueda de alguna garantía adicional, eran soluciones a las que sólo se podía recurrir en casos extremos (véase también el párrafo 15 del documento A/CN.9/WG.I/WP.36). Así pues, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que la Ley Modelo debía centrarse en la pronta determinación de toda posible OAB a fin de evitar que se presentara esa clase de ofertas.

72. El Grupo de Trabajo tomó nota de los resultados del estudio comparado de los regímenes legales de ámbito nacional o internacional que se aplicaban a las ofertas anormalmente bajas, cuyos detalles figuran en los párrafos 26 a 61 del documento A/CN.9/WG.I/WP.36. Observó, en resumen, que existía escasa legislación por la que se prohibiera directamente la presentación de una OAB propiamente dicha, si bien se solía recurrir a diversas técnicas analíticas (en función del precio o de los riesgos) para determinar si una oferta era anormalmente baja y reaccionar en consecuencia en forma oportuna. Al respecto, se insistió en que la finalidad de dichos análisis solía ser determinar si el precio presentado era "realista" o viable a la luz de los precios del mercado, así como, siempre que se dispusiera de datos al respecto, a la luz de los costos. Se observó, además, que muchos regímenes facultaban a la entidad adjudicadora para investigar toda supuesta oferta anormalmente baja y exigían, de hecho, que se hiciera esa investigación antes de que se rechazara una OAB por su condición de tal, conforme a un procedimiento que se denominaba de justificación del precio ofrecido. Por ejemplo, el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea disponía que una entidad adjudicadora debía exigir que se le presentaran por escrito los pormenores de los elementos constitutivos del precio de la oferta antes de poderla rechazar como presunta OAB.

73. Se informó asimismo al Grupo de Trabajo de que la legislación de algunos países había previsto los riesgos de la oferta anormalmente baja al disponer que todo proveedor sería responsable de la oferta que presentara. Es decir, que cabría siempre exigir del proveedor que concertara el contrato al precio estipulado en la oferta inicial y se rechazaría toda solicitud injustificada de que se modificara la suma indicada en la oferta. De ese modo, el proveedor asumiría el riesgo inherente a la presentación de una oferta anormalmente baja.

74. El Grupo de Trabajo recordó que la Ley Modelo no se ocupaba expresamente de las OAB, por lo que la entidad adjudicadora no estaría facultada para rechazar una de esas ofertas ni siquiera en el supuesto de que hubiera determinado que lo era, si bien podría rechazar a todo proveedor que no estuviera calificado o toda oferta que se considerara incompatible con las condiciones prescritas, a tenor de lo dispuesto en sus artículos 6 y 34, respectivamente. Al respecto, se observó que el artículo 6 de la Ley Modelo disponía que se habían de evaluar las calificaciones del proveedor a la luz de criterios como los de su competencia profesional, de gestión y técnica y a la luz de la suficiencia de sus recursos y solvencia financiera, así como del hecho de que ningún miembro de su personal directivo fuera objeto de una investigación o de un procesamiento penal. A tenor del párrafo 3 del artículo 34 de la Ley Modelo, la entidad adjudicadora deberá rechazar toda oferta que no sea conforme con las condiciones prescritas o cuando el proveedor que la haya presentado no resulte idóneo.

75. Pese a que se reconoció que dichas disposiciones tal vez permitieran responder de algún modo a las OAB, se observó que en ellas no se ofrecía a la entidad adjudicadora la posibilidad de investigar una presunta OAB mediante el denominado procedimiento de justificación del precio. Al respecto, el Grupo de Trabajo observó que el inciso a) del párrafo 1 del artículo 34 de la Ley Modelo facultaba a la entidad adjudicadora para reclamar la aclaración de una oferta, si bien, a tenor de la Guía para su incorporación al derecho interno, dicha disposición "no se refería al supuesto de un precio de oferta anormalmente bajo que se sospechara que pudiera ser resultado de algún malentendido o de algún otro error no manifiesto de la oferta" (párrafo 23 del documento A/CN.9/WG.I/WP.36, en que se cita el documento A/CN.9/375).

76. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo determinó que la Ley Modelo debería ser enmendada con objeto de facultar a la entidad adjudicadora para investigar toda presunta OAB por medio de un procedimiento de justificación del precio. También expresó el parecer de que debería impartirse orientación adicional en la Guía para la incorporación del régimen de la Ley Modelo al derecho interno.

77. Al respecto, se dijo que la Ley Modelo debería ocuparse de las OAB, independientemente de que fueran o no intencionales, pero que toda OAB intencional o premeditada debería ser regulada en la normativa aplicable en materia de competencia leal y, llegado el caso, debería ser objeto de alguna sanción penal. Se expresó también el parecer de que era importante no introducir factores subjetivos en la evaluación de toda presunta OAB, por lo que debía evitarse que toda revisión propuesta del texto actual del artículo 34 de la Ley Modelo mermara en algo la objetividad en que se inspiraba dicho artículo.

78. El Grupo de Trabajo expresó el parecer de que tal vez no fuera necesario definir una noción de oferta anormalmente baja en el texto de la Ley Modelo y observó que en las nuevas directivas de la Unión Europea no se había definido ese concepto.

79. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que formulara proyectos de texto teniendo en cuenta una propuesta anterior del propio Grupo de Trabajo de que cabría añadir una nueva disposición en el artículo 34 de la Ley Modelo, tal vez como apartado e) del párrafo 3, o en algún otro lugar, a efectos 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. El Grupo de Trabajo pidió además a la Secretaría que examinara el artículo XIII.4 del ACP (en que se reconoce el derecho de la entidad adjudicadora de cerciorarse, solicitando información a los proveedores, de que éstos reúnen las condiciones requeridas para participar en el proceso de adjudicación y serán capaces de cumplir las condiciones prescritas en el contrato) y toda revisión propuesta con objeto de tener en cuenta el criterio establecido en esas disposiciones.

80. El Grupo de Trabajo también tomó nota de la sugerencia enunciada en el párrafo 80 del documento A/CN.9/WG.I/WP.36 de que cabía enmendar el inciso b) del párrafo 4 del artículo 34 de la Ley Modelo para disponer que sólo se declararía ganadora la oferta presentada por un proveedor que hubiera sido considerado plenamente capaz o apto para ejecutar el contrato y cuya oferta fuera la más económica de las ofertas que hubieran sido declaradas conformes con el pliego de condiciones. El Grupo de Trabajo estimó que no bastaría con esta sola disposición para regular todas las cuestiones concernientes a las OAB.

81. El Grupo de Trabajo pidió también a la Secretaría que preparara un proyecto de disposición que facultara a la entidad adjudicadora para abrir un procedimiento de justificación del precio, además de eliminar el comentario de la Guía relativo al inciso a) del párrafo 1 del artículo 34 de la Ley Modelo, que impedía que se utilizara esa disposición para procurar justificar el precio cuando se presentara una presunta OAB. El Grupo de Trabajo no llegó a una conclusión firme sobre el lugar en que convendría ubicar dicha disposición, pero convino en volver a examinar la cuestión una vez que se le hubieran presentado los proyectos de disposición revisados.

82. El Grupo de Trabajo convino, en general, en que las cuestiones enunciadas en el párrafo 76 del documento A/CN.9/WG.I/WP.36 podrían servir de base para la preparación de unas directrices adicionales al respecto que cabría insertar en la Guía, y que las disposiciones actuales de la Ley Modelo concernientes a la evaluación de las ofertas y de las calificaciones de los concursantes podrían ampliarse en la Guía con miras a facilitar la tarea de determinar si una oferta era anormalmente baja, así como la evaluación del riesgo de incumplimiento que esas ofertas entrañaban y la determinación de toda medida subsiguiente que hubiera de adoptarse para abordar esas cuestiones.