



Asamblea General

Distr. general
25 de mayo de 2011
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

44º período de sesiones

Viena, 27 de junio a 8 de julio de 2011

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

Nota de la Secretaría

Adición

En la presente guía se enuncia una propuesta de texto para la Guía que acompañará a los artículos 16 a 22 del capítulo I (Disposiciones generales) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.



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

...

Parte II. Comentario artículo por artículo

...

Artículo 16. Garantía de la oferta¹

1. El propósito del presente artículo es establecer los requisitos en relación con la garantía de la oferta, definida en el artículo 2 t), en particular con su aceptabilidad por la entidad adjudicadora, las condiciones que deben cumplirse para que esa entidad pueda reclamar la suma por concepto de garantía de la oferta y las condiciones en las cuales la entidad adjudicadora devolverá o hará devolver el título de la garantía. Como se indica en el comentario sobre la definición de “garantía de la oferta” que figura en el artículo 2, en la versión inglesa de la Ley Modelo se habla de “tender security” (garantía de licitación) por ser el término usual en ese idioma, pero ello no significa que este tipo de garantía sea solo exigible en un proceso de licitación. Asimismo, de acuerdo con la definición no se incluye en el alcance de esta expresión la garantía de la ejecución del contrato adjudicado que pueda exigir la entidad adjudicadora (en relación con el artículo 38 k), por ejemplo). Es posible que esta garantía deba ser proporcionada por el proveedor o contratista que celebre el contrato adjudicable, en tanto que el requisito de dar una garantía de la oferta, cuando la exige la entidad adjudicadora, es aplicable a todos los proveedores o contratistas que presenten ofertas (véase el párrafo 1) del artículo).

2. La entidad adjudicadora puede sufrir alguna pérdida si un proveedor o contratista retirara su oferta o si no se celebrara el contrato adjudicado a un proveedor o contratista por culpa del mismo (por ejemplo, el gasto ocasionado por un nuevo proceso de contratación y las pérdidas causadas por la demora de la adquisición). En el artículo 16 se faculta a la entidad adjudicadora para exigir a todo participante en el proceso de contratación la presentación de una garantía que cubra esas pérdidas y disuada al proveedor o contratista de incumplir sus obligaciones.

3. La entidad adjudicadora no está obligada a exigir esa garantía en todos los procesos de contratación. Sin embargo, la garantía de oferta suele ser importante cuando se adquieren bienes u obras de elevado valor. Para contratos de escaso valor, salvo algunas excepciones, el riesgo y la pérdida probable de la entidad adjudicadora suelen ser bajos, por lo que estará menos justificado exigir una garantía de la oferta cuyo costo será normalmente reflejado por el oferente en el precio del contrato. La exigencia de una garantía en el contexto de un acuerdo marco debería ser tenida por una medida excepcional, dada la naturaleza de los

¹ Se solicita orientación para la Secretaría sobre si la práctica seguida en algunas jurisdicciones en lo relativo al empleo de garantías emitidas por vía electrónica afectará el contenido del comentario sobre este artículo, enunciado a continuación.

acuerdos marco². Si bien las prácticas pueden seguir evolucionando, en el momento de prepararse la presente Guía no se había acumulado una gran experiencia sobre la utilización de garantías de la oferta en subastas electrónicas inversas, y las prácticas seguidas eran sumamente diversas. Podría ser problemático adquirir esa experiencia en el contexto de las subastas electrónicas inversas dado que, por lo general, los bancos exigen un precio fijo para los documentos de garantía. También puede haber situaciones en las que no se justifique imponer la obligación de presentar garantías de la oferta, por ejemplo, en los procesos de solicitud de propuestas con diálogo, ya que ello no constituiría una solución viable para la cuestión de asegurar una participación suficiente de los proveedores o contratistas en el diálogo ni los obligaría con respecto a la evolución de sus propuestas durante la fase de diálogo (a diferencia de lo que ocurre en el caso de la mejor oferta final). (Véase el examen correspondiente en el comentario sobre las disposiciones pertinentes del artículo 48.) Incluso si en los dos casos a que se ha hecho referencia (la subasta electrónica directa y la solicitud de propuestas con diálogo) se solicitaran garantías de las ofertas, como se indica en el comentario sobre la definición de “garantía de la oferta” que figura en el artículo 2, la entidad adjudicadora no podrá exigir más de una garantía de la oferta en un único proceso de contratación en que se haya previsto presentar propuestas u ofertas revisadas³.

4. Se han incluido ciertas salvaguardias de que la garantía de la oferta solo será exigida con sentido de equidad y para la finalidad señalada, que no debe ser otra que la de obligar a los proveedores o contratistas a concertar el contrato que les pueda ser adjudicado en razón de su propia oferta y a dar una garantía de buen cumplimiento de ese contrato, de serles requerido.

5. El párrafo 1) c) trata de eliminar los obstáculos innecesarios que pudiera ocasionar a la participación de proveedores o contratistas extranjeros la exigencia de que la garantía requerida sea emitida en el Estado promulgante. Sin embargo, el texto de los subpárrafos i) y ii) ofrece cierta flexibilidad al respecto: en primer lugar, para la entidad adjudicadora en cuyo Estado sea contrario a derecho aceptar una garantía de la oferta que no haya sido emitida en el territorio del propio Estado; y, en segundo lugar, en casos de contratación nacional en los que la entidad adjudicadora exija en el pliego de condiciones, de conformidad con el párrafo 1) b), que la garantía de la oferta sea emitida por un otorgante de ese Estado.

6. La referencia a la confirmación de la garantía de la oferta que figura en el párrafo 1) d) tiene por objeto reconocer la práctica existente en algunos Estados de exigir una confirmación local de toda garantía de la oferta emitida en el extranjero. Sin embargo, con ello no se trata de alentar esta práctica, ya que la exigencia de una confirmación local puede constituir un obstáculo para la participación de proveedores o contratistas extranjeros en los procesos de contratación (por ejemplo, de serles difícil obtener una confirmación local antes de que venza el plazo para la presentación de la oferta, o de suponerles esa confirmación un costo adicional apreciable).

² Se solicita orientación para la Secretaría sobre si sería posible en la práctica obtener una garantía de la oferta a menos que en el acuerdo marco se defina la posible obligación de competir. Existen consideraciones similares en el contexto de las etapas de subasta electrónica inversa y mejor oferta final de los procesos de solicitud de propuestas con diálogo.

³ Como se señaló en el comentario sobre las disposiciones pertinentes del artículo 2, en el artículo 16 no se incluye esta prohibición.

7. El párrafo 2) trata de evitar toda duda o imprecisión acerca del momento a partir del cual la entidad adjudicadora no podrá reclamar el pago de la garantía de la oferta. Aun cuando la retención por el beneficiario de un título de garantía después de su fecha de expiración no debe considerarse como una prórroga de su validez, la exigencia de que se devuelva la garantía puede ser muy importante de haberse dado esa garantía en forma de un depósito en efectivo o algo similar. Esa precisión puede ser también útil por subsistir algunos ordenamientos en los que, contrariamente a lo que cabría esperar, la reclamación de los pagos sería atendida aun cuando hubiera ya expirado la garantía, de haberse producido el evento cubierto por la garantía con anterioridad a su expiración. Al igual que en el artículo 40 3), en el párrafo 2) d) se ha previsto que la entidad adjudicadora pueda imponer, mediante estipulación expresa en el pliego de condiciones, una excepción de la regla general de que la retirada o modificación de la oferta con anterioridad al término del plazo para su presentación no dará lugar a la pérdida de la garantía de la oferta⁴.

8. Habida cuenta del gasto que supone proporcionar una garantía de la oferta, que normalmente se reflejará en el precio del contrato, debería considerarse y alentarse, cuando proceda, el empleo de otras opciones. En algunas jurisdicciones, en lugar de la garantía de la oferta, se utiliza una declaración por la que se garantiza la oferta. Con arreglo a este tipo de declaración, el proveedor o contratista acepta que se le impongan ciertas sanciones, como pudiera ser su exclusión del proceso adjudicatorio de algún contrato ulterior, si incurre en alguna de las faltas u omisiones que suelen estar cubiertas por una garantía de la oferta. (Esas sanciones no deben incluir una descalificación total del proveedor o contratista, dado que dicha descalificación no estaría justificada por una mera falta comercial (véase el comentario pertinente sobre el artículo 9 en ... *supra*.) Las variantes ofrecidas tienen por objeto estimular la competencia comercial, al facilitar una mayor participación de pequeñas y medianas empresas, en particular, que pudieran abstenerse de participar por razón de las formalidades y gastos que supondría la presentación de una garantía de su oferta⁵.

Artículo 17. Procedimiento de precalificación

1. El propósito del artículo es enunciar los procedimientos correspondientes a la precalificación. La precalificación tiene por objeto determinar en una etapa temprana los proveedores o contratistas que reúnen las condiciones requeridas para cumplir el contrato. Este procedimiento puede ser particularmente útil para la contratación de bienes, obras o servicios de gran complejidad o elevado valor, y puede ser incluso aconsejable para la compra de bienes o de obras de carácter muy especializado aun cuando sean de valor relativamente bajo. Ello se debe a que en

⁴ Se solicita orientación para la Secretaría sobre la necesidad de añadir al comentario relativo a este artículo el examen de las cuestiones relacionadas con la prórroga del plazo de validez de la garantía de la oferta, además de añadirlo al comentario sobre el artículo 40.

⁵ Debería considerarse la necesidad de ampliar el examen de la naturaleza posiblemente onerosa de las garantías. En tal caso, se solicita orientación para la Secretaría, en particular respecto de las siguientes cuestiones sugeridas en el marco del Grupo de Trabajo: el efecto contraproducente de exigir a los contratistas o proveedores que la presenten, además de las cuestiones del reconocimiento mutuo y del derecho de la entidad adjudicadora a rechazar, en algunos casos, la garantía ofrecida.

estos casos la valoración y comparación de las ofertas y propuestas puede resultar una operación muy compleja, costosa y prolongada. Los proveedores y contratistas competentes se muestran en ocasiones reacios a participar en procesos de contratación de elevado valor, para los que sea costoso preparar una oferta, si estiman que son demasiados los competidores y corren el riesgo de tener que competir con ofertas presentadas por proveedores y contratistas que no son idóneos. El empleo del proceso de precalificación puede reducir el número de ofertas que la entidad adjudicadora evaluará y limitarla a las que son presentadas por proveedores o contratistas calificados. Por tanto, es un instrumento que permite facilitar la adquisición eficaz de objetos relativamente complejos.

2. De conformidad con el párrafo 1 del artículo, la precalificación es opcional y podrá utilizarse con independencia del método de contratación que se emplee. Debido a que se trata de una fase adicional y a las demoras que puede causar en la contratación, y debido también a que algunos proveedores y contratistas pueden mostrarse reacios a participar en procesos de contratación que entrañen una precalificación, dado el costo que ello supone, la precalificación debe utilizarse únicamente cuando sea estrictamente necesaria, en las situaciones descritas en el párrafo precedente.

3. El procedimiento de precalificación enunciado en el artículo 17 está sujeto a diversas salvaguardias importantes, entre ellas su supeditación a las limitaciones enunciadas en el artículo 9 (en particular respecto de la evaluación de la idoneidad, aplicable por igual a los procedimientos de precalificación) y a los trámites y condiciones enunciados en los párrafos 2) a 10) inclusive del artículo 17. La inclusión de este conjunto de salvaguardias procesales tiene por objeto garantizar que el procedimiento de precalificación se realiza de acuerdo con términos y condiciones objetivos que se revelan íntegramente a los proveedores y contratistas; también tienen por objeto garantizar un mínimo de transparencia para facilitar la interposición eventual de un recurso por todo contratista o proveedor que no haya sido precalificado y desee impugnar su descalificación.

4. La referencia a la gaceta oficial que figura en el párrafo 2) se interpretará según el principio de la equivalencia funcional entre los medios de información convencionales sobre papel y los medios electrónicos, por lo que abarcará toda gaceta oficial publicada por el Estado promulgante o por un grupo de Estados, como el Diario Oficial de la Unión Europea, de formato electrónico. Las cuestiones planteadas en el comentario sobre el artículo 5 respecto de la publicación de textos jurídicos y sobre el artículo 32 4) también son pertinentes en el contexto del párrafo 2).

5. El término “dirección” que figura en el párrafo 3) a) se refiere al lugar físico de registro así como a otros detalles pertinentes para establecer contacto (números de teléfono, dirección de correo electrónico, etc., según corresponda). Este término deberá interpretarse uniformemente en todo el texto de la Ley Modelo, tanto si hace referencia a la dirección de la entidad adjudicadora como si remite a la dirección de un proveedor o contratista.

6. Al igual que en otras disposiciones similares contenidas en la Ley Modelo, las indicaciones sobre la moneda de pago y el idioma o idiomas que figuran en el párrafo 3) podrán omitirse en la invitación a la precalificación y en los documentos de precalificación emitidos por la entidad adjudicadora en los casos de contratación

nacional si, dada las circunstancias, resultara innecesaria esa información. No obstante, en algunos Estados multilingües la indicación del idioma o los idiomas puede ser importante.

7. Si bien las disposiciones del artículo prevén la realización de gastos en concepto de documentos de precalificación, los costos de gestión (los honorarios de los consultores y los gastos de publicidad) no se recuperarán en virtud de esas disposiciones. Queda entendido que, como se indica en el párrafo 4) del artículo, los gastos deberían limitarse a los gastos mínimos para facilitar los documentos (y, en su caso, imprimirlos). Además, los Estados promulgantes deben observar que la mejor práctica es no cobrar por la facilitación de estos documentos⁶.

8. La palabra “lugar” que figura en el párrafo 5) d) se refiere no a la ubicación física, sino más bien a la publicación oficial, portal de Internet, etc. donde el Estado promulgante pone en conocimiento del público los textos auténticos y actualizados de sus leyes y reglamentos. Por tanto, las cuestiones que se plantean en el comentario sobre el artículo 5 acerca de garantizar un acceso apropiado a los textos jurídicos actualizados son también pertinentes en el contexto del párrafo 5) d) del artículo 17.

9. Las palabras “sin demora” que figuran en los párrafos 9) y 10) deben interpretarse en el sentido de que la citada comunicación a los proveedores o contratistas debe hacerse antes de la convocatoria. Esta es una garantía indispensable para asegurar la posibilidad de una revisión eficaz de las decisiones adoptadas por la entidad adjudicadora en el proceso de precalificación. Por la misma razón, en el artículo 10 se estipula que la entidad adjudicadora comunicará las razones que hayan motivado su decisión a todo proveedor o contratista que no haya sido precalificado.

10. Las disposiciones del artículo en materia de divulgación de la información a los proveedores o contratistas o al público en general están sujetas a lo dispuesto en el artículo 23, relativo a la confidencialidad (que contiene limitadas excepciones de la divulgación al público).

11. Debe diferenciarse la precalificación de la preselección, prevista en la Ley Modelo solo en el contexto del método de solicitud de propuestas con diálogo en relación con el artículo 48. En el caso de la precalificación, todos los proveedores o contratistas precalificados podrían eventualmente presentar ofertas. En el caso de la preselección, al comienzo del proceso se limita expresamente el número de proveedores o contratistas precalificados a los que se permitirá presentar ofertas, y en la invitación a la preselección se indica el número máximo de participantes permitidos. En los procesos de precalificación, los proveedores o contratistas calificados se determinan sobre la base de si cumplen o incumplen los criterios de calificación preestablecidos, en tanto que la preselección entraña procesos de selección adicionales, muy probablemente de carácter competitivo, cuando se excede el número máximo establecido de proveedores o contratistas precalificados a los que se permite presentar ofertas (por ejemplo, la preselección

⁶ La última oración refleja el criterio de algunos comentaristas como declaración de principios, pero otros consideran que la proposición no es práctica. Se solicita orientación para la Secretaría respecto de la orientación que ha de proporcionarse en cuanto al cobro por la facilitación de este tipo de documentos (así como por los derechos de registro).

puede incluir, luego de la aprobación del examen previsto, una clasificación de acuerdo con los criterios de calificación y la selección de los mejores de acuerdo con el máximo establecido). Esta medida se adopta pese a que mediante la formulación de requisitos de precalificación más rigurosos se podría, de hecho, limitar el número de proveedores o contratistas precalificados.

Artículo 18. Cancelación de la contratación

1. El propósito del artículo 18 es permitir que la entidad adjudicadora cancele la contratación. La entidad tiene el derecho incondicional de hacerlo en cualquier momento previo a la aceptación de la oferta ganadora. Después de la aceptación, solo podrá hacerlo si el proveedor o contratista cuya oferta sea aceptada no firma la escritura del contrato adjudicado al ser invitado a hacerlo, o no presenta la garantía de cumplimiento del contrato (véanse el párrafo 1) del artículo 18 y el artículo 21 8)). [Deben explicarse las razones de esta diferencia.]

2. Esta disposición es importante porque la entidad adjudicadora puede que proceda a cancelar el contrato por razones de interés público, por ejemplo, de haber adolecido el proceso de contratación de falta de competitividad o de sospecharse que ha habido colusión, de no necesitar ya la entidad adjudicadora el objeto del contrato, o de no poderse ya adjudicar el contrato por algún cambio de política oficial o por haberse retirado la financiación o si ninguna de las ofertas resulta ser conforme o idónea o los precios propuestos eran demasiado altos teniendo en cuenta el presupuesto disponible. Por tanto, en el artículo se reconoce que la mejor manera de servir el interés público puede ser permitir que la entidad adjudicadora cancele las contrataciones no deseables en lugar de disponerse que proceda a efectuarla.

3. Habida cuenta del derecho incondicional que se concede a la entidad adjudicadora de cancelar la contratación antes de la aceptación de la oferta ganadora, el artículo prevé salvaguardias contra el ejercicio indebido de este derecho. La primera salvaguardia figura en los requisitos de notificación previstos en el párrafo 2), cuyo objeto es fomentar la transparencia y la responsabilidad, así como una revisión eficaz. En virtud de ese párrafo, la decisión de cancelación junto con las razones que la hayan motivado deben comunicarse prontamente a todo proveedor o contratista que haya presentado una oferta, de manera que pueda impugnar esa decisión si así lo deseara. Aunque esta disposición no exige que la entidad adjudicadora justifique su decisión (en la inteligencia de que, como regla general, la entidad adjudicadora debe poder abandonar el proceso de contratación por motivos económicos, sociales o políticos que no está obligada a justificar), sí debe proporcionar una explicación breve de las razones de su decisión, de manera tal que sea suficiente para facilitar una revisión racional de la decisión. [Debe añadirse un ejemplo de las diferencias entre las razones y las justificaciones.] La Entidad adjudicadora no está obligada a presentar justificaciones pero no se le prohíbe hacerlo cuando decide que ello sería conveniente (por ejemplo, cuando desea demostrar que la decisión no fue irresponsable ni fue resultado de una conducta dilatoria). También podría decidir ofrecer aclaraciones (véanse los párrafos ... *supra*).

4. Otra salvaguardia es el requisito de que la entidad adjudicadora haga publicar un aviso de su decisión de cancelar la contratación de la misma manera y en el

mismo lugar en que se publicó la información original sobre la contratación. Esta medida es importante para permitir que el público supervise las prácticas de las entidades de contratación del Estado promulgante.

5. Algunas disposiciones de los párrafos 1) y 2) del artículo tratan sobre las ofertas presentadas pero aún no abiertas por la entidad adjudicadora (por ejemplo, cuando la decisión de cancelar se toma antes del plazo fijado para la presentación de las ofertas). Después de adoptada la decisión de cancelar la contratación, las propuestas aún no abiertas deben devolverse, tal como están, a los proveedores o contratistas que las hayan presentado. Este requisito evita el riesgo de que la información suministrada por los proveedores o contratistas en sus ofertas se utilice indebidamente, por ejemplo, poniéndola en conocimiento de los competidores. También tiene por objeto evitar el uso indebido de la discreción para cancelar contrataciones por motivos impropios o ilícitos, tales como después de haberse obtenido la información deseada sobre las condiciones del mercado o después de que la entidad adjudicadora haya conocido que un proveedor o contratista de su preferencia no ganará.

6. En muchas jurisdicciones, normalmente la decisión de cancelar una contratación no estaría sujeta a revisión, en particular por parte de órganos administrativos, a menos que incluyera prácticas abusivas. Sin embargo, la Ley Modelo no exime a ninguna decisión o medida adoptada por la entidad adjudicadora en el curso de la contratación de ser recurrida por la vía administrativa o por la vía judicial de conformidad con el capítulo VIII (aunque en el artículo 66 se incluye la advertencia de que en algunas jurisdicciones la entidad administrativa no podría conocer de este tipo de reclamaciones). El objetivo que persigue la Ley Modelo en el párrafo 3) del artículo 18 es limitar a circunstancias excepcionales la responsabilidad de la entidad adjudicadora por su decisión de cancelar la contratación. De conformidad con el párrafo 3), su responsabilidad se limita a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas cuando la cancelación sea imputable a una conducta dilatoria o irresponsable de la entidad adjudicadora.

7. Así pues, de conformidad con la Ley Modelo existe, y es posible ejercer, el derecho a impugnar la decisión por la que la entidad adjudicadora cancele la contratación, ahora bien, la responsabilidad en que pueda incurrir la entidad adjudicadora dependerá de las circunstancias objetivas de cada caso. Se considera que el párrafo 3) es importante en este sentido porque ofrece protección a la entidad adjudicadora frente a protestas injustificadas y, al mismo tiempo, salvaguardias contra una cancelación injustificada del proceso de contratación por la entidad adjudicadora. Con todo, se reconoce que, pese a las limitaciones de la responsabilidad estipuladas en el párrafo 3), la entidad adjudicadora, al cancelar la contratación, podría ser responsable en virtud de otras ramas del derecho. En particular, si bien los proveedores o contratistas presentan sus ofertas a su propio riesgo y sufragan los gastos inherentes, la cancelación podrá dar lugar a responsabilidad frente a los proveedores o contratistas cuyas propuestas hayan sido abiertas, incluso en circunstancias no previstas en el párrafo 3).

8. En algunos países el derecho administrativo tal vez restrinja esta facultad de la entidad adjudicadora, por ejemplo, prohibiendo ciertas medidas que pueden constituir abuso de una facultad discrecional o violación de algún principio fundamental de justicia. En cambio, en algunos otros países el derecho administrativo puede prever un derecho incondicional a cancelar el procedimiento

en cualquier etapa de la contratación, aun en el caso de que se haya aceptado una oferta, con independencia de las disposiciones de la Ley Modelo. La ley puede prever también otras medidas correctivas frente a decisiones administrativas impropias adoptadas por funcionarios públicos. En consecuencia, tal vez sea necesario que el Estado promulgante armonice las disposiciones del artículo con las disposiciones pertinentes de su legislación aplicable.

9. Debe establecerse la diferencia entre la cancelación de la contratación por la entidad adjudicadora con arreglo al artículo 18 y la orden de que se ponga fin al proceso con arreglo al artículo 66 9) f) de la Ley Modelo. En ambos casos las consecuencias son las mismas, a saber, la entidad adjudicadora no emprende ninguna otra acción ni toma ninguna otra decisión en el contexto de la cancelación o la finalización del proceso una vez que ella misma tome la decisión de cancelarlo o que la entidad administrativa ordene que se le ponga fin. Sin embargo, la entidad administrativa ordena la revocación del proceso de contratación en calidad de remedio, como resultado de un recurso interpuesto por vía administrativa o judicial.

Artículo 19. Rechazo de las ofertas anormalmente bajas

1. La finalidad del artículo es facultar a la entidad adjudicadora para rechazar toda propuesta cuyos precios sean anormalmente bajos y ello de lugar a dudas sobre la capacidad del proveedor o contratista que la haya presentado para cumplir el contrato. El contrato no obliga a la entidad adjudicadora a rechazar una oferta anormalmente baja⁷. El artículo es aplicable a cualquier proceso de contratación pública realizado en el marco de la Ley Modelo, inclusive los de subastas electrónicas inversas, en los que los riesgos de que se presenten ofertas anormalmente bajas pueden considerarse mayores que en otros procesos, particularmente cuando la técnica empleada sea nueva para el sistema pertinente⁸.

2. El artículo estipula salvaguardias que tienen por objeto proteger los intereses legítimos de ambas partes (los de las entidades adjudicadoras y los de los proveedores y contratistas). Por un lado, permite a la entidad adjudicadora ocuparse de las posibles ofertas anormalmente bajas antes de concertar un contrato. Desde la perspectiva de la entidad adjudicadora, una oferta anormalmente baja entraña el riesgo de que el contrato no pueda cumplirse o de que no pueda cumplirse al precio ofrecido, y de que se produzcan costos adicionales y demoras en el proyecto que den lugar a precios más altos y perturben el proceso de contratación. Es, pues, necesario que la entidad adjudicadora adopte medidas para evitar ese riesgo de incumplimiento.

3. Por otro lado, la entidad adjudicadora no puede rechazar automáticamente una oferta por el mero hecho de que su precio parezca anormalmente bajo. Si se confiriera ese derecho a las entidades adjudicadoras se daría pie a los abusos, ya que podrían rechazarse ofertas conceptuadas como anormalmente bajas sin justificación alguna o sobre la base de criterios puramente subjetivos. Ese riesgo es

⁷ Se solicita orientación para la Secretaría sobre las razones de que no se mencione en la Ley Modelo la obligación de rechazar una oferta anormalmente baja, para su inclusión en el comentario.

⁸ Se solicita orientación para la Secretaría sobre la conveniencia de mantener esta afirmación en el comentario sobre este artículo en lugar de en el comentario correspondiente al capítulo VI.

especialmente grave en la contratación pública internacional, en la que un precio anormalmente bajo en un país puede ser perfectamente normal en otro. Además, algunos precios pueden parecer anormalmente bajos si son inferiores al costo; sin embargo, podría ser lícito vender existencias antiguas por un precio inferior al de su costo, o fijar precios inferiores a los costos para mantener ocupada la mano de obra, a reserva de las reglamentaciones aplicables en materia de competencia⁹.

4. Por esas razones, el artículo protege a los proveedores y contratistas frente a la posibilidad de que las entidades adjudicadoras adopten decisiones arbitrarias o prácticas abusivas impidiendo que estas rechacen una oferta anormalmente baja, salvo en el caso de que hayan tomado medidas para sustanciar sus dudas sobre la capacidad del proveedor o contratista para cumplir el contrato. Esto, sin embargo, no impide que cualquier otra ley aplicable exija a la entidad adjudicadora que rechace la oferta anormalmente baja, por ejemplo, si concurren actos delictivos (como el blanqueo de capitales) o prácticas ilegales (como el incumplimiento de las obligaciones del salario mínimo o de la seguridad social).

5. En consecuencia, los apartados a) a c) del párrafo 1 del artículo especifican las medidas que deberá adoptar la entidad adjudicadora antes de poder rechazar la oferta anormalmente baja, a fin de garantizar que se siga el procedimiento debido y se respetan los derechos del proveedor o contratista interesado.

6. En primer lugar, deberá solicitarse por escrito al proveedor o contratista una declaración con los detalles de los elementos constitutivos de la oferta presentada que la entidad adjudicadora considere pertinentes para la justificación del precio propuesto. Entre esos detalles podrían figurar los siguientes: información, muestras y otros elementos que prueben la calidad del objeto de la contratación; los métodos y datos económicos del proceso de fabricación de los bienes, de los métodos de construcción o de la prestación de los servicios pertinentes; las soluciones técnicas elegidas o las condiciones excepcionalmente favorables en que se encuentre el proveedor o contratista para realizar las obras o para suministrar los bienes y prestar los servicios; o la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el proveedor o contratista. Por consiguiente, el precio propuesto siempre se analiza en el contexto de los otros elementos constitutivos de la oferta de que se trate¹⁰.

7. El Estado promulgante podrá decidir regular el tipo de información cuya presentación pueda solicitar la entidad adjudicadora a efectos de justificación del precio. En este contexto conviene señalar que la evaluación se hará para saber si el precio es realista (tomando como base elementos constitutivos de la oferta como los abordados en el párrafo anterior) y para ello se recurrirá a factores como las estimaciones anteriores a la oferta, los precios del mercado o los precios de contratos anteriores, si se dispone de ellos. Podría no ser adecuado solicitar información sobre los costos en que se han basado los proveedores o contratistas para determinar el precio en sí. Dado que la evaluación de los costos puede ser engorrosa y compleja, y como tampoco es posible realizarla en todos los casos,

⁹ Se solicita orientación para la Secretaría sobre la idoneidad de los ejemplos dados en este párrafo habida cuenta de los objetivos de la Ley Modelo, en particular a fin de promover la competencia.

¹⁰ Se solicita orientación para la Secretaría acerca de la coherencia entre este párrafo y el siguiente en relación con la evaluación de los costos.

la capacidad de las entidades adjudicadoras para evaluar los precios sobre la base del costo puede ser limitada. En algunos ordenamientos la ley puede prohibir a las entidades adjudicadoras solicitar información sobre la estructura de costos debido al riesgo de que esa información sea mal utilizada.

8. En segundo lugar, la entidad adjudicadora debería tener en cuenta la respuesta dada por el proveedor o contratista en la evaluación del precio. La negativa del proveedor o contratista a facilitar la información solicitada por la entidad adjudicadora no dará a esta un derecho automático a rechazar la oferta anormalmente baja.

9. En tercer lugar, y si, después del procedimiento de justificación del precio, la entidad adjudicadora sigue abrigando dudas acerca de la capacidad del proveedor o contratista para cumplir el contrato adjudicable, deberá hacer constar esas reservas y las razones en que se fundan en el expediente del proceso de contratación, de conformidad con el apartado c) del párrafo 1 del artículo. Esta disposición se ha incluido en el texto con el fin de asegurar que toda decisión de rechazo de una oferta anormalmente baja se adopte con criterios objetivos y que, antes de que se adopte tal medida, se registre debidamente toda la información relativa a esa decisión, en aras de la rendición de cuentas y de la transparencia y objetividad del proceso.

10. La entidad adjudicadora solo podrá rechazar la oferta anormalmente baja una vez que haya adoptado las medidas descritas en los apartados a) a c) del párrafo 1. La decisión sobre el rechazo de la oferta anormalmente baja deberá hacerse constar en el expediente del proceso de contratación y comunicarse sin demora al proveedor o contratista afectado, de conformidad con el párrafo 2) del artículo. La decisión podrá ser recurrida de conformidad con las disposiciones del capítulo VIII de la Ley Modelo.

11. Los Estados promulgantes deberían ser conscientes de que, además de las medidas previstas en el presente artículo, cabe adoptar otras medidas con las que se puedan prevenir eficazmente los riesgos de incumplimiento que pudieran dimanar de ofertas anormalmente bajas. La evaluación exhaustiva de la idoneidad de los proveedores y el examen y la evaluación exhaustiva de sus ofertas pueden desempeñar una función particularmente importante en este contexto. Estas medidas dependen a su vez de que se formulen adecuadamente los requisitos de calificación y se redacte de forma precisa la descripción del objeto del contrato. Las entidades adjudicadoras deberían recibir instrucciones adecuadas al respecto y ser conscientes de la necesidad de reunir información exacta y amplia sobre la idoneidad de los proveedores o contratistas, inclusive sobre sus respectivos historiales, y de prestar la debida atención, en la evaluación, a todos los aspectos de las ofertas presentadas, y no únicamente al precio (también, por ejemplo, a los costos de mantenimiento y de sustitución, cuando proceda). Estas medidas pueden resultar eficaces a la hora de determinar los riesgos de incumplimiento.

12. Otras medidas que cabría adoptar consistirían en i) dar a conocer los efectos perjudiciales de las ofertas anormalmente bajas; ii) proporcionar capacitación, recursos suficientes e información a los funcionarios encargados de la contratación pública, concretamente sobre los precios de referencia o del mercado; y iii) prever tiempo suficiente para cada etapa del proceso de contratación. A fin de disuadir a los proveedores y contratistas de la presentación de ofertas anormalmente bajas y promover una actuación responsable por parte de ellos, tal vez sería conveniente que

las entidades adjudicadoras especificaran en el pliego de condiciones, o en otros documentos equivalentes, que las ofertas presentadas podrán rechazarse si son anormalmente bajas y si hacen dudar a la entidad adjudicadora sobre la capacidad del proveedor o contratista para ejecutar el contrato adjudicable.

Artículo 20. Exclusión de un proveedor o contratista del procedimiento de contratación por haber ofrecido algún incentivo o por gozar de alguna ventaja competitiva desleal o adolecer de algún conflicto de intereses

1. La finalidad del artículo es proporcionar una lista exhaustiva de las razones para la exclusión de un proveedor o contratista del proceso de contratación, que no estén vinculadas con el contenido de la oferta presentada ni con la idoneidad del proveedor o contratista. Esas razones son haber ofrecido el proveedor o contratista algún incentivo, o gozar de alguna ventaja competitiva desleal o adolecer de algún conflicto de intereses. En las disposiciones del artículo no se utiliza la palabra “corrupción” (término que no tiene una definición internacional aceptada) y se hace referencia a situaciones (ofrecimiento de incentivos, ventaja competitiva desleal y conflictos de intereses) que requieren que se excluya al proveedor o contratista del proceso de contratación. Estas situaciones se suelen citar como ejemplos de actos de corrupción y, en consecuencia, el artículo constituye una importante medida de lucha contra la corrupción en la contratación pública.

2. Se pretende que este artículo se ajuste a las normas internacionales contra las prácticas de corrupción y declare ilegal toda práctica de esa índole independientemente de la forma que revista y de cómo esté definida. Pueden hallarse normas de este género en instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción o en documentos publicados por organizaciones internacionales como la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y los bancos multilaterales de desarrollo. Estas normas pueden evolucionar con el tiempo. Habida cuenta de que en el artículo 3 de la Ley Modelo se ponen de relieve los compromisos internacionales de los Estados promulgantes, se alienta a estos a que en el momento de la promulgación de la Ley Modelo consideren aplicables las normas internacionales de lucha contra las prácticas corruptas. Algunas de dichas normas serán vinculantes para el Estado promulgante si este es parte en el instrumento internacional de que se trate.

3. Sin embargo, no debe considerarse que el artículo, o que la Ley Modelo en su totalidad, contengan medidas exhaustivas de lucha contra la corrupción en la contratación pública. Aunque los procedimientos y las salvaguardias de la Ley Modelo han sido pensados para favorecer la transparencia y la objetividad del proceso de contratación, y de este modo reducir la corrupción, no cabe esperar que una ley sobre la contratación sea capaz de erradicar totalmente por sí sola las prácticas corruptas en las contrataciones públicas de un Estado promulgante. Las entidades adjudicadoras no cuentan con medios para abordar todas las cuestiones relacionadas con la corrupción en la contratación pública y no debe esperarse que lo hagan. El Estado promulgante debe disponer de un sistema eficaz de sanciones contra la corrupción de sus funcionarios públicos, que sería aplicable

también al proceso de contratación, así como a cualquier empleado de una entidad adjudicadora o a sus proveedores y contratistas¹¹.

4. La expresión “haber ofrecido algún incentivo” se explica en detalle en el párrafo 1) a) del artículo y puede describirse en términos generales como todo intento de los proveedores o contratistas de influir sobre la entidad adjudicadora. El Estado promulgante determinará lo que constituye ventaja competitiva desleal o conflicto de intereses a los efectos de la aplicación del párrafo 1) b). Las disposiciones del artículo se refieren únicamente a conflictos de interés para el proveedor o el contratista. Los conflictos de interés para la entidad adjudicadora están sujetos a reglamentación por separado, por ejemplo, con arreglo al artículo 25 del código de conducta de los funcionarios encargados de las contrataciones. A fin de evitar las ventajas competitivas desleales o los conflictos de intereses, las normas aplicables del Estado promulgante deberían, por ejemplo, prohibir que los consultores que participen en la redacción del pliego de condiciones intervengan en el proceso de contratación cuando se utilicen dichos documentos. También deberían reglamentar la participación de filiales en el mismo proceso de contratación. No obstante, se espera que algunos aspectos relacionados con estos conceptos tal vez estén reglamentados en otras ramas del derecho del Estado promulgante, tales como la legislación contra el monopolio.

5. Aunque los conceptos “ventaja competitiva desleal” y “conflicto de intereses” aparecen en el mismo subpárrafo, cada uno puede surgir de manera independiente. Cabría esperar que se produjera una ventaja competitiva desleal derivada de un conflicto de intereses (por ejemplo, si el mismo abogado representara a las dos partes en el caso). Sin embargo, no siempre ocurre necesariamente así y la ventaja competitiva desleal puede producirse en otras circunstancias¹².

6. Las disposiciones del artículo no obstan para la imposición de otras sanciones, como la exclusión (véanse los párrafos ... *supra*), al proveedor o contratista. Ahora bien, la aplicación de sanciones con arreglo a otras ramas del derecho, como, por ejemplo, una condena penal, no sería requisito previo para la exclusión del proveedor o contratista en virtud de este artículo. Así pues, como protección contra la aplicación indebida del artículo 20, deberán recogerse en el expediente del proceso de contratación la decisión de excluir al proveedor o contratista y las razones que la motivaron, las cuales se comunicarán sin demora al presunto transgresor para facilitar, según proceda, la interposición de un recurso eficaz¹³.

¹¹ En el Grupo de Trabajo se sugirió reflejar en la Guía que en el contexto de la contratación pública tal vez resulte imposible determinar un hecho de corrupción por oposición a un soborno, ya que el primero podría consistir en una cadena de actos cometidos durante un período y no un único acto. Se solicita orientación para la Secretaría con respecto a la conveniencia de incluir esta u otras declaraciones en la Guía a fin de describir ejemplos pertinentes.

¹² Se solicita orientación para la Secretaría sobre los ejemplos de lo que constituirá una ventaja competitiva desleal, para su inclusión en la Guía. La sugerencia formulada en el Grupo de Trabajo fue hacer referencia en este contexto a la consolidación de determinados negocios o a una relación comercial anterior que pudiera ser excesivamente amplia.

¹³ Se sugirió en el Grupo de Trabajo que debería explicarse en la Guía la posibilidad de mitigar los riesgos de un rechazo injustificado alentando el diálogo entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista afectado para examinar los posibles conflictos de interés, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 19, que regula los procedimientos para investigar las ofertas anormalmente bajas. Se solicita orientación pertinente para la Secretaría habida cuenta

7. Como se señaló anteriormente, la aplicación del artículo está sujeta a otras ramas del derecho de un Estado promulgante en que se regulen las cuestiones de la lucha contra la corrupción. Es necesaria la armonización entre estas disposiciones para evitar que se produzca una confusión innecesaria, incoherencias y percepciones incorrectas de las políticas de un Estado promulgante contra la corrupción.

(Para un examen más amplio de las cuestiones pertinentes, véase el comentario sobre el artículo 25, relativo a los códigos de conducta.)

Artículo 21. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato

1. El propósito del artículo 21 es enunciar reglas detalladas aplicables a: i) la aceptación de la oferta ganadora; ii) la salvaguardia en forma de moratoria para permitir que los proveedores o contratistas impugnen la decisión de la entidad adjudicadora de adjudicar el contrato o concertar el acuerdo marco antes de la entrada en vigor del contrato o del acuerdo; y iii) la entrada en vigor del contrato adjudicado. Complementan este artículo los requisitos contenidos en la Ley Modelo en el sentido de que la información sobre estas cuestiones debe darse a conocer a los proveedores y contratistas al comienzo del proceso de contratación. Por ejemplo, en aras de la transparencia, es importante que los proveedores y contratistas conozcan por adelantado la forma en que entrará en vigor el contrato adjudicado. Por consiguiente, en el artículo 38 (subpárrafo v)), se requiere que en el pliego de condiciones figure información acerca de la duración del período de moratoria aplicable y, de no haberlo, una declaración a tal efecto y las razones del caso. En el mismo artículo se requiere (subpárrafo w)), además, que en el pliego de condiciones se indique cualquier formalidad que sea requerida, una vez aceptada la oferta ganadora, para la validez del contrato adjudicado. De conformidad con el artículo 21, esas formalidades pueden incluir la firma de un contrato escrito y la aprobación de otra autoridad.

2. En el párrafo 1) se estipula que, en general, la entidad adjudicadora aceptará la oferta declarada ganadora, lo que quiere decir que el contrato adjudicado o el acuerdo marco se adjudicará al proveedor o contratista que haya presentado dicha oferta ganadora, reflejando así los términos y condiciones de la oferta. (No existe una definición única de oferta ganadora. Los artículos que reglamentan los procedimientos de los diversos métodos de contratación definen el término en el contexto de cada método.) Las excepciones de la norma general enunciada en el párrafo 1) figuran en los subpárrafos a) a d) (la descalificación del proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora, la cancelación del procedimiento, el rechazo de la oferta declarada ganadora por ser considerada anormalmente baja en virtud del artículo 19, o la exclusión del proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora por haber ofrecido algún incentivo o por gozar de alguna ventaja competitiva desleal o adolecer de algún conflicto de intereses, de conformidad con lo expuesto en el artículo 20).

de las posibles prácticas abusivas y de que, en virtud de los resultados del mencionado diálogo, tal vez resultaría más fácil evitar la aplicación de este artículo.

3. El motivo para que no se acepte la oferta declarada ganadora enunciado en el subpárrafo a) (la descalificación) debe comprenderse a la luz de lo dispuesto en el artículo 9 1), en el que se permite evaluar la idoneidad exigible de todo proveedor o contratista en cualquier etapa del proceso de contratación, el artículo 9 8) d), en el que se permite a la entidad adjudicadora exigir de un proveedor o contratista precalificado que vuelva a probar su idoneidad, y los artículos 42 6) y 7) y 56 2), en los que se reglamenta, concretamente, la evaluación de la idoneidad del proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora.
4. Queda entendido que la lista de excepciones que figura en los apartados a) a d) del párrafo 1 no es exhaustiva: se refiere solamente a los motivos que puede invocar la entidad adjudicadora. Podrían surgir otros motivos como resultado de la interposición de un recurso, por ejemplo, en los casos en que la instancia administrativa, con arreglo al artículo 66, ordena que se ponga fin al proceso de contratación o pide a la entidad adjudicadora que reconsidere su decisión o prohíbe a la entidad adjudicadora que decida ilícitamente. Estos motivos no deben confundirse con los que justifican la adjudicación del contrato a la siguiente oferta que reúna las condiciones exigibles para ser declarada ganadora de conformidad con el artículo 21 8): en este último caso el motivo aparecerá después que se haya aceptado la oferta ganadora y no en la etapa en que la entidad adjudicadora decide si la oferta ganadora debe aceptarse.
5. El párrafo 2) reglamenta la aplicación de la moratoria, que se define en el artículo 2) q) como “un plazo a partir del envío del aviso requerido por el artículo 21 2) de la presente Ley durante el cual la entidad adjudicadora no podrá aceptar la oferta ganadora y durante el cual los proveedores o contratistas podrán recurrir, en virtud del capítulo VIII de la presente Ley, contra la decisión así notificada”. Así pues, el propósito fundamental de la moratoria es proporcionar una oportunidad para subsanar toda irregularidad que se descubra antes de la entrada en vigor del contrato adjudicado o de la conclusión del acuerdo marco, y de esa manera evitar la necesidad de anular un contrato o un acuerdo marco que haya entrado en vigor.
6. El aviso de la moratoria se envía a todos los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, incluidos aquellos a los que se tiene la intención de adjudicar el contrato o el acuerdo marco. Este aviso no debe confundirse con el aviso de aceptación de la oferta ganadora, que, de conformidad con el párrafo 4) del artículo, se envía solamente al proveedor o contratista que haya presentado esa oferta. La información contenida en el aviso a que se hace referencia en el párrafo 2) incluye la enunciada en sus subpárrafos a) a c). Las disposiciones del artículo 23, relativo a la confidencialidad, indicarán si alguna de la información sobre la oferta ganadora prevista en el subpárrafo b) debe reservarse por motivos de confidencialidad. Aunque al establecerse las características y las ventajas relativas de la oferta ganadora podría surgir la necesidad de preservar la confidencialidad de la información delicada desde el punto de vista comercial, es muy importante que los proveedores o contratistas que participen en el proceso de contratación reciban suficiente información sobre el proceso de evaluación de las ofertas para que puedan aprovechar eficazmente el período de la moratoria.
7. Debido a que la moratoria empezará a correr a partir del envío del aviso previsto, a fin de asegurar la transparencia, la integridad y el tratamiento justo y equitativo de todos los proveedores y contratistas en el proceso de contratación

pública, el artículo requiere que se envíe simultáneamente el aviso a todo proveedor o contratista interesado (esta obligación se expresa en el requisito “dará pronto aviso a todo proveedor o contratista”). Las disposiciones del artículo requieren que se envíen avisos individuales a cada proveedor o contratista interesado. Por ejemplo, no sería suficiente colocar un aviso en el sitio web.

8. Las disposiciones no incluyen ningún requisito por el que la entidad adjudicadora deba notificar a los proveedores o contratistas cuyas ofertas no resultaron ganadoras los motivos de esto. Sería engorroso proporcionar a cada proveedor o contratista una declaración completa de los motivos por los cuales no resultaron ganadores. Tampoco se prevé la información obligatoria, puesto que los procedimientos de información varían sustancialmente no solo de una jurisdicción a otra sino también de una contratación a otra, y las disposiciones sobre este tipo de información no son fáciles de ejecutar. No obstante, la presentación de información a solicitud del proveedor o contratista interesado representa una buena práctica y el Estado promulgante debe alentarla. (En los párrafos ... de la parte I de la Guía figura un análisis general sobre la presentación de información.)

9. Las disposiciones del párrafo 2) también requieren que la entidad adjudicadora especifique en el aviso la duración de la moratoria. Esta duración será la misma que se indica en el pliego de condiciones al comienzo del proceso de contratación. Es importante que se proporcione dicha información al comienzo del proceso en vista del efecto que podría tener sobre la decisión de los proveedores o contratistas de participar en este. Proporcionar esta información en el aviso previsto en el párrafo 2) es importante no solo como recordatorio, sino también en aras de la precisión; puesto que la moratoria empieza a correr desde que se envía el aviso, en este se especificarán las fechas de comienzo y terminación de la moratoria y de esta manera se reflejará la duración total de esta, indicada en el pliego de condiciones.

10. El hecho de que los proveedores y contratistas, por una parte, y la entidad adjudicadora por otra parte, conozcan con certeza las fechas de comienzo y terminación de la moratoria tiene una importancia decisiva para garantizar tanto que los proveedores y contratistas puedan adoptar toda medida justificada, como que la entidad adjudicadora pueda adjudicar el contrato sin correr el riesgo de trastornos. La fecha de envío del aviso crea el mayor nivel de certidumbre y en la Ley Modelo se especifica que es el momento en que comienza la moratoria. Este mismo enfoque se aplica con respecto a otros tipos de aviso enviados con arreglo a este artículo (véanse los párrafos ... *infra*). En el párrafo 9) del artículo se explica el significado de “expedido”.

11. La Ley Modelo deja a la discreción de la entidad adjudicadora determinar la duración exacta de la moratoria en cada proceso de contratación de acuerdo con las circunstancias de cada caso, en particular del medio de comunicación utilizado y de si la contratación es de carácter nacional o internacional. A fin de asegurar un trato igual, tal vez sea necesario conceder más tiempo, por ejemplo, para que un aviso enviado por correo ordinario llegue a proveedores o contratistas en el extranjero.

12. La discreción de la entidad adjudicadora para determinar la duración de la moratoria no es ilimitada. Está sujeta al mínimo que ha de establecer el Estado promulgante [por ley] [y que podrá ser modificado por el reglamento de

la contratación pública] [o el reglamento de la contratación pública]¹⁴. Deben tenerse en cuenta varias consideraciones al fijar la duración mínima de la moratoria, entre ellas la repercusión que tendría sobre los objetivos generales de la Ley Modelo en lo relativo a la transparencia, la responsabilidad y la eficiencia del proceso de contratación y al trato equitativo que debe darse a los proveedores o contratistas. Si bien las repercusiones que tendría una moratoria prolongada en los gastos serían tenidas en cuenta por los proveedores o contratistas en el precio de su oferta y al decidir si habrían de participar o no, el período deberá ser suficientemente largo para que puedan presentarse recursos contra el proceso. Sin embargo, los Estados promulgantes deben observar que puede ser inapropiado establecer períodos excesivamente largos en el contexto de algunos métodos y procesos de contratación, como la subasta electrónica inversa y los acuerdos marco abiertos, que presuponen una pronta adjudicación y en los cuales la cantidad y la complejidad de las cuestiones que podrían impugnarse son limitadas¹⁵. Debe tenerse presente que el objetivo principal de la moratoria es dar a los proveedores o contratistas suficiente tiempo para decidir si han de protestar la decisión que se propone tomar la entidad adjudicadora de aceptar la oferta ganadora. Por consiguiente, se supone que la moratoria sea un período relativamente corto. Una vez que se haya interpuesto un recurso, se aplicarán las disposiciones del capítulo VIII de la Ley Modelo, relativo a las vías de recurso, en las que se aborda la suspensión del proceso de contratación y otros remedios apropiados.

13. En el párrafo 3) se enuncian las exenciones de la aplicación de la moratoria. La primera exención se refiere a los contratos adjudicados en virtud de acuerdos marco que no prevean una segunda etapa competitiva¹⁶. Cabe destacar que la exención no es aplicable a la concertación de un acuerdo marco propiamente dicho: cualquiera que sea el tipo de acuerdo marco adjudicado, será aplicable la moratoria. Tampoco será aplicable la exención a contratos adjudicados en relación con acuerdos marco que incluyan una segunda etapa competitiva, incluso si se trata de acuerdos marco abiertos.

14. La segunda exención es aplicable a la adjudicación de contratos de bajo precio. [El Estado promulgante debe considerar la posibilidad de armonizar el umbral previsto en el párrafo 3) b) con el fijado en otras disposiciones de la Ley Modelo relativas al escaso valor de un contrato adjudicable, como las que justifican una exención del requisito de dar aviso público de la adjudicación del contrato (artículo 22 2) del actual proyecto) y el recurso a un proceso de contratación por el método de la solicitud de cotizaciones (artículo 28 2)].¹⁷

15. La tercera exención viene justificada por ciertas consideraciones de interés público urgente. Cabe señalar que, con arreglo al artículo 64 3) de la Ley Modelo, la entidad adjudicadora puede invocar también consideraciones de interés público urgente para justificar que las autoridades competentes levanten una prohibición

¹⁴ La redacción depende de la redacción definitiva del párrafo 2) c) de la Ley Modelo.

¹⁵ En el lugar apropiado de la Guía debe reflejarse la observación de que los Estados promulgantes, al establecer períodos de corta duración, deben indicarlos en días hábiles; en otros casos pueden indicarlos en días naturales.

¹⁶ Se solicita orientación para la Secretaría sobre las razones de esta exención. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/687, párr. 96) no son concluyentes a este respecto.

¹⁷ Tal vez deba reconsiderarse el texto entre corchetes si se toma la decisión de que todos los umbrales se fijarán en el reglamento de la contratación pública y no en la propia Ley Modelo.

contra la concertación de un contrato adjudicable o un acuerdo marco mientras se encuentre pendiente un recurso¹⁸.

16. El propósito del párrafo 4) es determinar en qué momento debe enviarse el aviso de aceptación de la oferta ganadora al proveedor o contratista que la haya presentado. Como se indica en el párrafo, pueden existir varios escenarios. En primer lugar, cuando se aplica una moratoria y al término de ésta no se encuentra pendiente ningún recurso o apelación. En tal caso, la entidad adjudicadora envía el aviso tan pronto expire la moratoria. En segundo lugar, cuando se aplica una moratoria y al término de ésta todavía se encuentra pendiente un recurso o apelación. En este caso (de conformidad con el artículo 64 de la Ley Modelo) se prohíbe a la entidad adjudicadora enviar el aviso de aceptación mientras no reciba de las autoridades competentes una orden o autorización para hacerlo. En tercer lugar, de no haberse aplicado una moratoria, la entidad adjudicadora deberá enviar el aviso de aceptación tan pronto se determine la oferta ganadora, a menos que el tribunal u otra entidad designada por el Estado promulgante ordene otra cosa.

17. La Ley Modelo ha previsto diversos métodos para la entrada en vigor del contrato adjudicado, al reconocer que tal vez difieran las preferencias de los Estados promulgantes a este respecto y que en un mismo Estado tal vez se empleen diversos métodos según las circunstancias.

18. De conformidad con uno de los métodos (enunciados en el párrafo 5)), de no indicarse otra cosa en el pliego de condiciones, el contrato adjudicado entrará en vigor al expedirse el aviso de aceptación al proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora. La razón de vincular el inicio de la validez del contrato adjudicado a la expedición en vez de a la recepción del aviso de aceptación no es sino la idoneidad de la primera solución a las circunstancias peculiares del proceso de contratación. Para comprometer a un proveedor o contratista a concertar un contrato adjudicado, así como para obligarle a firmarlo, la entidad adjudicadora ha de dar aviso de su aceptación de la oferta durante el plazo de validez de la misma. Conforme a la regla de la "recepción" aun cuando el aviso haya sido debidamente expedido, de demorarse, perderse o extraviarse durante su transmisión, sin culpa alguna de la entidad adjudicadora, pero de modo que no sea recibido dentro del plazo de validez de la oferta, la entidad adjudicadora perdería todo derecho a obligar al proveedor o contratista. Conforme a la regla de la "expedición", la entidad adjudicadora no perderá ese derecho. En el supuesto de demora, pérdida o extravío del aviso, el proveedor o el contratista pudieran enterarse de la aceptación de su oferta con posterioridad a la expiración del plazo de validez de la misma, pero en la mayoría de los casos las consecuencias de esto serán menos graves que la pérdida por la entidad adjudicadora de su derecho a obligar con su aceptación al proveedor o contratista.

19. Conforme al segundo método (enunciado en el párrafo 6)), la entrada en vigor del contrato adjudicado dependerá de la firma por el proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora de un contrato escrito que sea conforme a los términos de esa oferta. Esto solo será posible si se requiere en el pliego de condiciones. No debe considerarse que el contrato escrito sea una norma exigible en todos los procesos de contratación. Se exhorta a los Estados promulgantes a que

¹⁸ Se solicita orientación para la Secretaría con respecto a las consideraciones idóneas, que pueden diferir, para justificar una exención en virtud de esta disposición y con arreglo al artículo 64 3).

indiquen en el reglamento de la contratación pública el tipo de circunstancias en las que podría requerirse un contrato escrito, teniendo en cuenta que la ejecución de este tipo de contrato puede ser particularmente engorrosa para los proveedores o contratistas extranjeros, y que indiquen también las circunstancias en las que el Estado promulgante impone medidas por las que se demuestre la autoridad de la firma competente.

20. Conforme al tercer método de entrada en vigor (enunciado en el párrafo 7)), el contrato adjudicado entrará en vigor al ser aprobado por otra autoridad. En los Estados en que se incorpore esta disposición, se podrá detallar en el reglamento de la contratación pública el tipo de circunstancias en las que se requerirá la aprobación (por ejemplo, de sobrepasar el contrato determinado valor). En el párrafo 7) se reitera la función que ha de desempeñar el pliego de condiciones en orden a la notificación a los proveedores y contratistas, al comienzo del proceso de contratación, de las formalidades requeridas para la entrada en vigor del contrato adjudicado. La exigencia de que el pliego de condiciones indique el plazo que se estime necesario para obtener esa aprobación, y la regla de que la no obtención de esa aprobación en el plazo estimado no prorrogará el plazo de validez de la oferta ganadora ni de la garantía de oferta, tienen por objeto salvaguardar los derechos y las obligaciones de los proveedores y contratistas. Con ello se trata de evitar, en particular, la posibilidad de que el proveedor o contratista seleccionado quede comprometido con la entidad adjudicadora por un plazo posiblemente indefinido, sin seguridad alguna de que el contrato acabará entrando en vigor.

21. Para promover los objetivos de las buenas prácticas de contratación pública, en el párrafo 8) se dispone expresamente que si el proveedor o contratista cuya oferta haya sido seleccionada no firma el contrato adjudicado, de conformidad con el párrafo 6), la entidad adjudicadora podrá optar por cancelar el contrato o decidir que lo adjudicará a la siguiente oferta que conserve su validez. Esa oferta se determinará de conformidad con las disposiciones normalmente aplicables a la selección de la oferta ganadora en el contexto de un determinado método o técnica de contratación. La discreción que se otorga a la entidad adjudicadora para cancelar la contratación en tales casos tiene por objeto mitigar el riesgo de colusión entre los proveedores o contratistas. [Se ampliará la orientación sobre la utilidad de esta disposición en la Ley Modelo.]

Artículo 22. Anuncio público de los contratos adjudicados y de todo acuerdo marco concertado

1. Para favorecer la transparencia del proceso de contratación y el control eventual para el público en general del empleo dado a los fondos públicos por la entidad adjudicadora, en el artículo 22 se exige que se publique sin demora un aviso del contrato adjudicado o del acuerdo marco concertado. Se trata de una obligación distinta de la del aviso sobre el contrato adjudicado (o sobre el acuerdo marco concertado, según proceda) que ha de darse con arreglo al artículo 21 10) a los proveedores y contratistas que hayan presentado ofertas en el proceso de contratación de que se trate, e independiente del requisitos del artículo 24 2) de que la información de esa índole consignada en el expediente esté a disposición del público en general. La Ley Modelo no especifica cómo habrá de publicarse ese anuncio, pero se sugiere en el párrafo 3) que el Estado promulgante aclare este

particular en el reglamento de la contratación pública. Véanse los criterios mínimos para la publicación de este tipo de información en la orientación sobre el artículo 5 (véanse los párrafos ... *supra*), que es pertinente en este contexto.

2. A fin de evitar el gasto excesivo que pudiera suponer esa publicación para la entidad adjudicadora de ser aplicable el requisito a todo contrato adjudicado por bajo que sea su valor, [en el párrafo 2) se faculta al Estado promulgante para fijar un límite monetario por debajo del cual ese requisito no sería aplicable. Sin embargo, al deberse quizá modificar periódicamente este límite monetario por razón, por ejemplo, de la inflación, convendría tal vez enunciarlo en el reglamento de la contratación pública, que será sin duda más fácil de enmendar que una ley]¹⁹. De conformidad con el párrafo 2) se publicarán periódicamente, al menos una vez al año, avisos de todo contrato que se adjudique.

3. Si bien la exención de la publicación que figura en el párrafo 2) se refiere a los contratos de escaso valor adjudicados con arreglo a un acuerdo marco, es muy improbable que abarque a los acuerdos marco propiamente dichos, puesto que el valor acumulado de los contratos que se adjudiquen con arreglo a un acuerdo marco probablemente excedería la cuantía mínima fijada.

¹⁹ Es posible que deba modificarse la redacción del texto que figura entre corchetes, lo cual dependerá de la decisión de la Comisión acerca del lugar en que deben indicarse los umbrales.