



Asamblea General

Distr. general
21 de abril 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 la incorporación al derecho interno que acompañará a la nueva versión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

Nota de la Secretaría

Adición

La presente adición contiene el texto propuesto para el capítulo de la Guía que acompañará al capítulo III (Licitación abierta) de la versión revisada 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

...

CAPÍTULO III. LICITACIÓN ABIERTA

Conforme a la Ley Modelo, las disposiciones sobre licitación abierta son aplicables, con pocas excepciones, a los procedimientos de licitación en dos etapas y de licitación restringida. Por tanto, la orientación que se ofrece acerca de este capítulo se puede aplicar a esos métodos de contratación, según proceda.

Artículo 35. Procedimientos de convocatoria de licitación

El artículo 35 remite a lo dispuesto en el artículo 32, que regula la convocatoria a licitación abierta, licitación en dos etapas y subastas electrónicas inversas cuando se utilizan como método de contratación autónoma. En ese artículo se prevé una convocatoria internacional abierta como regla supletoria. La finalidad de las excepciones a la convocatoria internacional mencionadas en el artículo 32 4), como se explica en la orientación sobre este artículo, es proporcionar flexibilidad para las contrataciones de ámbito nacional y poco valor.

Artículo 36. Contenido de la convocatoria a licitación

En aras de una mayor eficiencia y transparencia, el artículo 36 dispone que en las convocatorias a licitación se incluya la información requerida para que los proveedores o contratistas puedan saber si el objeto del contrato es de un tipo que ellos pueden suministrar y, de ser así, sepan además lo que han de hacer para participar en el proceso de licitación abierta. Los requisitos de información especificados son el mínimo necesario, por lo que no suponen ningún impedimento para que la entidad adjudicadora incluya cualquier dato adicional que considere oportuno. La entidad adjudicadora puede decidir no incluir indicaciones sobre la moneda de pago ni sobre el idioma o idiomas del pliego de condiciones en caso de contratación nacional si, dadas las circunstancias, resultara innecesario; no obstante, en algunos estados multilingües la indicación del idioma o los idiomas puede ser importante.

Artículo 37. Entrega del pliego de condiciones

1. El pliego de condiciones es el medio por el que se comunica a los proveedores o contratistas la información necesaria para preparar sus ofertas y se les informa de las reglas y procedimientos a los que se ajustará el proceso de licitación abierta. El artículo 37 se ha incluido para garantizar que el pliego de condiciones sea entregado a todo proveedor o contratista que haya expresado interés por participar en el proceso de licitación abierta y que cumpla los trámites establecidos por la entidad adjudicadora. Estos trámites deben enunciarse en la convocatoria a licitación de conformidad con el artículo 36 y pueden relacionarse con asuntos tales como los medios de obtener el pliego de condiciones, el lugar donde podrá obtenerse, el precio que se ha de pagar por dicho pliego, los medios y moneda de pago, así como con otro asunto más esencial al que se refiere el apartado d) del artículo 36, a saber, que la participación en el proceso de adjudicación dado puede limitarse conforme al artículo 8 (con la consecuencia de que los proveedores o contratistas excluidos de participar en el proceso de adjudicación no podrán obtener el pliego de condiciones).

2. La disposición relativa al precio que se cobrará por el pliego de condiciones tiene el fin de que la entidad adjudicadora pueda recuperar los gastos de impresión y distribución, por ejemplo, pero sin llegar a cobrar un precio excesivo que pueda disuadir a proveedores o contratistas idóneos de participar en un proceso de licitación abierta. Los costos de gestión (inclusive los honorarios de los consultores y los gastos de publicidad) no se recuperarán mediante esta disposición. Los costos deberían limitarse a los gastos efectivamente contraídos por proporcionar el pliego de condiciones).

Artículo 38. Contenido del pliego de condiciones

1. En el artículo 38 se enumera la información que, como mínimo, debe figurar en el pliego de condiciones. Esta información, considerada mínima, permite a los proveedores y contratistas presentar ofertas que respondan a las necesidades de la entidad adjudicadora y cerciorarse de que dicha entidad estará en condiciones de comparar las ofertas con objetividad y equidad. Muchos de los datos enumerados en el artículo 38 son objeto de otras disposiciones de la Ley Modelo, por ejemplo del artículo 9, relativo a las condiciones exigibles, el artículo 10, referente a la descripción del objeto del contrato adjudicable y a las cláusulas y condiciones de ese contrato (o del acuerdo marco) y el artículo 11, que trata de los criterios de evaluación. La enumeración en este artículo de todos los datos que deben figurar en el pliego de condiciones, incluso todos los datos que, en virtud de otras disposiciones de la Ley Modelo, deben figurar taxativamente, no deja de ser útil porque permite a las entidades adjudicadoras servirse del artículo como “lista de referencia” para preparar el pliego de condiciones. No obstante, la entidad adjudicadora ha de estudiar caso por caso la necesidad de consignar toda la información enumerada: es posible que parte de esa información (como la indicada en los apartados i), j) y s)) carezca de interés en una contratación pública nacional o, como sucede con la información mencionada en el apartado g) cuando no se permita la presentación de ofertas parciales.

2. Se han incluido en la lista del artículo 38 ciertos datos relativos al objeto del contrato adjudicable y a las cláusulas y condiciones del contrato (apartados b) a f) y w)). Estas disposiciones se incluyen con el fin de proporcionar a todos los posibles proveedores o contratistas información suficiente sobre los requisitos de la entidad adjudicadora relativos a proveedores o contratistas, el objeto del contrato adjudicable, las cláusulas y condiciones de entrega y otras cláusulas y condiciones del contrato (o del acuerdo marco). Tal información es esencial para que los proveedores o contratistas puedan determinar su idoneidad, posibilidades y capacidad para ejecutar el contrato adjudicable en cuestión. Aunque en el apartado d) se prescribe en general especificar la cantidad exacta de los bienes, la entidad adjudicadora, cuando recurra a un proceso de licitación para otorgar acuerdos marco, al iniciar el proceso solo estará en condiciones de especificar una cantidad estimada y estará facultada para obrar así a tenor de las disposiciones del capítulo VII de la Ley Modelo (véase más orientación en los párrafos ... *infra*). La mención de “formulario del contrato” en el apartado e) está relacionada con las formalidades a que se refiere el apartado w) de este artículo: si bien conforme a dicho apartado la entidad adjudicadora puede especificar que el contrato se concertará por escrito, con arreglo al apartado e) esa entidad tendrá que especificar además, cuando proceda, si ha de firmarse un contrato contenido en un formulario normalizado (en el que consten, por ejemplo, las cláusulas y condiciones de entrega, el plazo normal de garantía y el calendario normal de pagos, etc.).

3. Hay otro tipo de datos enumerados que se refieren a las instrucciones para preparar y presentar las ofertas (apartados a), g) a p) y u), por ejemplo la manera, el lugar y el plazo en que deberán presentarse las ofertas así como la forma de formular el precio de la oferta). Estas disposiciones se incluyen con el fin de reducir el riesgo de que algún proveedor o contratista idóneo se encuentre en situación desventajosa o sea incluso rechazado por falta de claridad sobre cómo se ha de preparar la oferta. Como sucede con el mismo tipo de información prevista en el artículo 36, la entidad adjudicadora puede decidir no hacer referencia a la moneda de pago ni al idioma o los idiomas del pliego de condiciones en el caso de una licitación nacional si, dadas las circunstancias, ello fuera innecesario; no obstante, en algunos Estados plurilingües será con todo importante indicar el idioma o los idiomas.

4. La Ley Modelo reconoce que, para las operaciones de contratación que sean separables en dos o más elementos distintos (por ejemplo, la adquisición de material de laboratorio de varios tipos diferentes, o de una central hidroeléctrica que requiera la construcción de una presa y el suministro de un generador), la entidad adjudicadora pudiera desear que los proveedores o contratistas presenten ofertas para el objeto de la contratación en su totalidad o para una o más partes del mismo. De este modo, la entidad adjudicadora podrá optimizar la adquisición adjudicando el contrato a un único proveedor o contratista o distribuyéndolo entre una combinación de ellos según cual sea el enfoque que se haya revelado más rentable. La autorización de esas ofertas parciales puede facilitar además la participación de las PYME, que acaso solo tengan capacidad para presentar ofertas relativas a ciertas partes de la operación. En consecuencia, se incluye el apartado g) del artículo 38, que admite esas ofertas parciales y hace que la fase de evaluación de las ofertas sea lo más objetiva, transparente y eficiente posible, ya que no conviene autorizar a la entidad adjudicadora a que divida a su antojo el objeto de la contratación en contratos separados después de presentadas las ofertas.

5. Algunos otros elementos de información enumerados en el artículo 38 (apartados b), c) y q) a s)) se refieren en particular a la manera en que se comprobará la idoneidad de los proveedores y contratistas y se examinarán y evaluarán las ofertas, así como a los criterios aplicables; es necesario darlos a conocer para la transparencia y equidad del proceso de licitación. No obstante, en caso de contratación a nivel nacional, debería examinarse la pertinencia de la información indicada en el apartado s).
6. La información a que se refieren los apartados t) y v) es una aplicación del principio general de transparencia en que se basa la Ley Modelo: con ella se ponen en conocimiento de los proveedores y contratistas el marco jurídico aplicable a la contratación pública en los Estados promulgantes en general, así como las reglas concretas que tal vez corresponda aplicar al proceso concreto de contratación (por ejemplo, si en él se trata alguna información reservada); también se informa a los proveedores sobre la posibilidad de impugnar e interponer recurso contra las decisiones o acciones de la entidad adjudicadora, avisándoles en particular de si dispondrán de un plazo de tiempo previsto y definido al efecto (moratoria) que les permita impugnar las decisiones y acciones de la entidad adjudicadora en lo que concierne al examen y evaluación de las ofertas antes de que el contrato cobre validez. Por “lugar” donde se puedan encontrar las leyes y reglamentos aplicables, mencionado en el apartado t), no se entiende la ubicación física sino más bien una publicación oficial o un portal de Internet donde el público pueda consultar y donde se administren sistemáticamente los textos oficiales de las leyes y reglamentos del Estado promulgante (véase la orientación sobre el particular, relativa al artículo 5 de la Ley Modelo en los párrafos ... *supra*).
7. El artículo enumera solo la información mínima que debe facilitarse. La entidad adjudicadora puede decidir la inclusión de información suplementaria, por ejemplo sobre la forma de corregir los errores meramente aritméticos a que se refiere el artículo 42 1), de ser necesario¹.
8. Los elementos de información enumerados en el artículo 38, complementados con los que figuran en el artículo 36 (contenido de la convocatoria a licitación) constituyen las condiciones en que la contratación tendrá lugar. Los proveedores o contratistas podrán impugnarlas parcial o totalmente a tenor del capítulo VIII de la Ley Modelo antes de expirar el plazo de presentación de ofertas.

¹ En su 19º período de sesiones, se pidió al Grupo de Trabajo que considerara (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.3, nota de pie de página 49) si el artículo debería exigir que en el pliego de condiciones se estipulara cómo habría que rectificar los errores de aritmética. Se señaló a este respecto el correspondiente debate y la pregunta planteada en el 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/687, párr. 151). El Grupo de Trabajo no examinó esta cuestión. Tal vez sea necesario incluir aquí más orientación sobre este punto así como en el comentario a las disposiciones pertinentes del artículo 42.

SECCIÓN II. PRESENTACIÓN DE OFERTAS

Artículo 39. Presentación de ofertas

1. En el párrafo 1) se asegura el tratamiento equitativo de todos los proveedores y contratistas al exigir que el pliego de condiciones estipule la manera, lugar y plazo de presentación de ofertas (en el artículo 2 se especifica que dicho pliego comprenderá toda modificación de esos datos). Este requisito se trata con más detalle en el artículo 14, relativo a las reglas sobre el modo, el lugar y el plazo para la presentación de solicitudes de precalificación, de preselección o de ofertas. En dicho artículo, y también en el artículo 15 3), se prevén salvaguardias especiales para tener en cuenta las situaciones en que se modifique la información publicada inicialmente sobre el procedimiento de contratación en cuestión. Cuando, como efecto de esas modificaciones, la información publicada inicialmente resulte apreciablemente inexacta, la información enmendada ha de publicarse de la misma manera y en el mismo lugar en que se publicó la información original sobre la contratación. Con arreglo al artículo 14 5), cualquier prórroga del plazo deberá ser notificada también a cada uno de los proveedores o contratistas a los que la entidad adjudicadora haya entregado el pliego de condiciones. (Véanse las orientaciones sobre las disposiciones pertinentes de los artículos 14 y 15 en los párrafos ... *supra*).

2. El párrafo 2) contiene requisitos específicos en cuanto a la forma y manera de presentación de las ofertas que complementan los requisitos generales sobre forma y medios de comunicación que figuran en el artículo 7 (véase en los párrafos ... de esta Guía el comentario al artículo 7). El artículo dispone que las ofertas deberán presentarse por escrito, firmadas, y que deberán mantenerse su autenticidad, seguridad, integridad y confidencialidad. Con el requisito de la “forma escrita” se procura asegurar el cumplimiento del requisito de forma enunciado en el artículo 7 1) (las ofertas deberán presentarse en una forma que deje constancia del contenido de la información y que sea accesible para ulteriores consultas). Con el requisito de la “firma” se trata de asegurar que los proveedores o contratistas que presenten una oferta se identifiquen y confirmen, de manera suficientemente fehaciente, que aprueban el contenido de las ofertas que presentan. Con el requisito de “autenticidad” se pretende asegurar el grado adecuado de certeza de que la oferta presentada por el proveedor o contratista a la entidad adjudicadora es definitiva y autorizada, y también que no podrá negarse y que será atribuible al proveedor o contratista que la presenta. Junto con las prescripciones sobre la “forma escrita” y la “firma”, este requisito trata de garantizar que haya pruebas concretas de la existencia y la naturaleza de la intención de los proveedores o contratistas que presenten las ofertas de quedar vinculados por la información consignada en sus ofertas. Además, estas pruebas se conservarán a efectos de inscripción en registros, de control y de auditoría. Con los requisitos de “seguridad”, “integridad” y “confidencialidad” de las ofertas se procura hacer que no sea posible modificar, complementar ni manipular la información consignada en las ofertas (“seguridad” e “integridad”), y que no haya acceso a ella hasta el momento determinado para la apertura pública de las ofertas y posteriormente, que corresponderá efectuar únicamente a personas autorizadas y con la función de cumplir los fines prescritos, y que la información se ajuste a las normas (“confidencialidad”).

3. En el contexto de las comunicaciones por escrito, todos los requisitos señalados en el párrafo anterior de la presente Guía son cumplidos por los proveedores o contratistas que presentan ofertas a la entidad adjudicadora, en sobre sellado, cuyo contenido o parte del cual se considera debidamente firmado y autenticado (a riesgo de ser rechazado en el momento de la apertura de las ofertas, en caso de no estarlo), y también por la entidad adjudicadora, que mantendrá los sobres sellados sin abrir hasta el momento de su apertura pública. En el contexto electrónico podrán cumplirse los mismos requisitos por la aplicación de varias reglas y métodos, siempre que estos garanticen, por lo menos con un grado análogo de seguridad, que las ofertas presentadas constan ciertamente por escrito, están firmadas y autenticadas, y que se mantenga su seguridad, integridad y confidencialidad. En los reglamentos sobre contratación pública u otros que correspondan deberían establecerse normas claras sobre los requisitos pertinentes y, cuando sea necesario, deberían crearse equivalentes funcionales correspondientes al contexto de las comunicaciones no consignadas sobre papel. Debe procederse con cautela para no vincular requisitos jurídicos con un determinado nivel de desarrollo técnico. Como mínimo, el sistema debería garantizar que ninguna persona tenga acceso al contenido de las ofertas tras su recepción por la entidad adjudicadora y antes del momento fijado para la apertura oficial de las ofertas. Además, ha de garantizar que únicamente las personas autorizadas cuya identidad conste claramente en el sistema tengan derecho a abrir las ofertas en el momento de su apertura oficial, y también tengan acceso a su contenido en las etapas posteriores del proceso de contratación pública. Además, el sistema se debería establecer de modo que permitiera rastrear las operaciones en relación con las ofertas presentadas, con inclusión de la hora y la fecha exactas de su recepción, la verificación de la identidad de la persona que tuvo acceso a las ofertas y en qué momento, así como obtener información respecto de si las ofertas a las que en principio no se tuviera acceso hubieran quedado en entredicho o se hubieran manipulado. Deberían preverse medidas apropiadas para verificar que las ofertas no se borrarán o se vieran perjudicadas ni resultarían afectadas de otras formas no autorizadas cuando se abrieran y a continuación se utilizaran. Las normas y los métodos aplicados deberían ser acordes a los posibles riesgos. Cabría obtener un alto nivel de autenticación y de seguridad utilizando diversos programas informáticos comerciales disponibles en cualquier momento, pero tal solución no sería adecuada en los procesos de contratación pública de bajo valor y escaso riesgo. La elección debería, pues, basarse en un análisis de costos y beneficios. Debería procederse con precaución para no imponer medidas de seguridad más estrictas que las que serían aplicables en un contexto de comunicaciones consignadas sobre papel, ya que esas medidas pueden disuadir a los proveedores o contratistas de participar en la contratación pública en un contexto que no sea el de la documentación escrita. Será preciso tratar de estos y otros asuntos en los reglamentos sobre contratación pública y otros de índole apropiada. (Véase en los párrafos ... de la Parte I de la Guía un examen general de las cuestiones suscitadas por el uso de la contratación pública electrónica.)

4. El apartado b) del párrafo 2 estipula que la entidad adjudicadora dará a los proveedores o contratistas un recibo en el que constatará la fecha y la hora en que se recibió su oferta. En el contexto de la documentación consignada sobre papel esto se hace en general por medio de una confirmación escrita de que la oferta se ha recibido, extendida por la entidad adjudicadora, con un sello que indica la fecha,

la hora y el lugar de recepción. En el contexto de las comunicaciones no consignadas sobre papel, ello debería hacerse automáticamente. En las situaciones en que el sistema de recepción de las ofertas no permita establecer con precisión el momento de la recepción, tal vez deba darse a la entidad adjudicadora cierto margen de discreción para determinar el grado de precisión con que se registraría la hora de recepción de las ofertas presentadas. Ahora bien, este margen discrecional debería regularse por referencia a las reglas jurídicas aplicables del comercio electrónico, a fin de prevenir abusos y asegurar la objetividad. Sea cual fuere el método de registrar la fecha y hora que se utilice en un proceso de contratación pública dado, deberá darse a conocer al iniciarse ese proceso en el pliego de condiciones. Con estas garantías, el certificado de recepción entregado por la entidad adjudicadora debería servir como prueba concluyente. Cuando se malogre la presentación de una oferta, en particular a causa de las medidas de protección adoptadas por la entidad adjudicadora para impedir que el sistema resulte perjudicado a causa de la recepción de una oferta, se considerará que no hubo presentación, en aplicación de la regla general de que en la presentación de ofertas el riesgo recae sobre los proveedores o contratistas. Los proveedores o contratistas cuyas ofertas no puedan ser recibidas por el sistema de la entidad adjudicadora deberían ser informados inmediatamente de tal hecho para permitirles, cuando sea posible, volver a presentarlas antes de vencer el plazo para ello. No se permitirá ningún otro intento de presentación una vez que haya expirado dicho plazo.

5. El apartado c) del párrafo 2 se refiere a la seguridad, integridad y confidencialidad de las ofertas presentadas, cuestiones examinadas con anterioridad. A diferencia de lo enunciado en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 2, en el texto no se alude al requisito de la autenticidad de las ofertas (tales cuestiones son procedentes únicamente en la etapa de presentación de las mismas). Se considera que cuando la entidad adjudicadora recibe una oferta en la fecha y el momento registrados conforme al apartado b) del párrafo 2 del artículo, ya se ha garantizado correctamente su autenticidad.

6. Se reconoce la posibilidad de que en los sistemas automáticos haya inevitablemente fallos que impidan a los proveedores o contratistas presentar sus ofertas antes de expirar el plazo. En la Ley Modelo esta cuestión se remite a los reglamentos sobre contratación pública o de otra índole apropiada para su consideración. Conforme a las disposiciones del artículo 14 4), la entidad adjudicadora podrá, a su entera discreción, prorrogar el plazo para la presentación de ofertas antes de su vencimiento, cuando resulte imposible para uno o más de los proveedores o contratistas, por circunstancias ajenas a su voluntad, presentar las ofertas dentro del plazo. En tal caso, dicha entidad tendría que notificar sin demora toda prórroga del plazo a cada proveedor o contratista a los que haya entregado el pliego de condiciones (véase el artículo 14 5) de la Ley Modelo). Así pues, cuando se malogre una propuesta, la entidad adjudicadora ha de determinar si es posible restablecer el funcionamiento del sistema con la celeridad requerida para que prosiga el proceso de adjudicación y, en tal caso, decidir si será o no necesario prorrogar el plazo para la presentación de ofertas. No obstante, si la entidad adjudicadora determina que un fallo en el sistema le impide seguir adelante con el proceso, dicha entidad podrá cancelarlo y convocar uno nuevo. Toda deficiencia funcional de sistemas automáticos imputable a algún acto intencional o temerario de la entidad adjudicadora, así como las decisiones adoptadas por esa entidad para responder a los problemas derivados de las deficiencias de tales sistemas, pueden

dar lugar a una impugnación por parte de los proveedores y contratistas perjudicados, con arreglo al artículo 63 de la Ley Modelo.

7. La regla del párrafo 3) por la que se prohíbe admitir las ofertas tardías tiene por finalidad favorecer la economía y eficiencia, así como la regularidad de la contratación pública y la confianza de los participantes en el proceso. De admitirse las ofertas presentadas una vez iniciada la apertura de las mismas se daría lugar a que algún proveedor o contratista pudiera enterarse del contenido de otras ofertas antes de presentar la suya. Ello podría provocar una subida de precios y facilitar la colusión entre proveedores o contratistas. Asimismo, sería injusto para los demás proveedores o contratistas. Por añadidura, podría perturbar la regularidad y eficiencia del proceso de apertura de las ofertas. En consecuencia, se dispone que las ofertas recibidas una vez vencido el plazo se devolverán sin abrir a los proveedores o contratistas que las hayan presentado. Los Estados promulgantes pueden estipular el requisito de que se haga constar la presentación de ofertas fuera de plazo en el expediente documental del proceso adjudicatario previsto en el apartado w) del artículo 24 1).

Artículo 40. Plazo de validez de las ofertas; modificación y retirada de una oferta

1. El artículo 40 se ha incluido para que quede bien claro que la entidad adjudicadora debe fijar en el pliego de condiciones el plazo de validez de las ofertas.

2. Es evidente la importancia de que el plazo de validez de las ofertas sea fijado en el pliego de condiciones, habida cuenta de las circunstancias propias de cada proceso de licitación. De nada serviría fijar en el régimen de la contratación pública un plazo general de validez largo que satisfaga las necesidades de todos o casi todos los procesos de licitación. Obrar así sería contraproducente ya que en muchos casos el plazo sería más largo de lo necesario. Un plazo de validez excesivamente largo puede traducirse en una subida del importe de la oferta, ya que los proveedores o contratistas habrían de contabilizar en su precio algún aumento para compensar los costos y riesgos a que estarían expuestos durante dicho plazo (por ejemplo, la inmovilización de su capacidad y la imposibilidad de hacer alguna oferta en otro lugar; el riesgo de que aumenten los costos de fabricación o construcción).

3. El párrafo 2) se ha incluido con el fin de que la entidad adjudicadora pueda hacer frente a las demoras, en el proceso de presentación de ofertas, resultantes de las solicitudes de prórroga del plazo de validez de las ofertas. Este procedimiento no es obligatorio para los proveedores y contratistas, a fin de que no se vean forzados a mantener la validez de su oferta durante un plazo inesperadamente largo, riesgo que desalentaría la participación de algunos de ellos o los impulsaría a elevar su precio. A fin de prorrogar también, llegado el caso, la protección acordada por la garantía de oferta, se dispone que todo proveedor o contratista que no obtenga una garantía que cubra la prórroga del plazo de validez de su oferta se considere como un caso de denegación de la prórroga de dicho plazo. En tal caso la validez de la oferta del proveedor o contratista cesará al vencer el plazo de validez original estipulado en el pliego de condiciones.

4. El párrafo 3) es un complemento esencial de lo dispuesto en el artículo 15 respecto de las aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones, ya que permite que proveedores y contratistas respondan a las aclaraciones y modificaciones de dicho pliego o de alguna otra circunstancia, modificando su oferta de ser ello necesario o retirándola si así prefieren. Esta regla facilita la participación, al tiempo que protege los intereses de la entidad adjudicadora al prever la pérdida de la garantía de oferta por modificación o retirada de la oferta habiendo ya vencido el plazo para su presentación. Sin embargo, a fin de tener en cuenta el criterio contrario adoptado por la legislación y la práctica actual de algunos Estados, el párrafo 3) permite a la entidad adjudicadora apartarse de la regla general imponiendo la pérdida de la garantía de oferta por la modificación o la retirada de la oferta aún antes de vencido el plazo para su presentación, pero únicamente de haberlo dispuesto así en el pliego de condiciones. (Véanse en los párrafos ... *infra* las observaciones sobre este respecto relativas al artículo 47.)

SECCION III. EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS

Artículo 41. Apertura de las ofertas

1. La regla del párrafo 1) trata de evitar que haya intervalos entre el término del plazo para la presentación de las ofertas y la apertura de dichas ofertas. Esos intervalos pueden crear oportunidades para actos indebidos (por ejemplo, la revelación del contenido de las ofertas antes del momento designado para su apertura) y privar a los proveedores y contratistas de la posibilidad de reducir al mínimo ese riesgo, presentando su oferta en el último minuto, inmediatamente antes del acto de apertura².

2. El párrafo 2) enuncia la regla de que la entidad adjudicadora debe permitir que todo proveedor o contratista que haya presentado una oferta, o su representante, asistan al acto de apertura de las ofertas. Las modalidades establecidas por la entidad adjudicadora para la apertura de las ofertas (lugar, modo, hora y procedimientos de apertura) deberían dar margen para que asistieran a la misma los proveedores o contratistas, teniendo en cuenta factores tales como la diferencia horaria, la necesidad de complementar toda ubicación física designada para la apertura de las ofertas con cualquier medio que asegure la asistencia de los que no puedan personarse en la ubicación física, o de optar por una ubicación virtual. Esa asistencia puede ser en persona o por medios que satisfagan lo prescrito en el artículo 7 de la Ley Modelo (véase el examen de los requisitos pertinentes en los párrafos [...] de la presente Guía). En la segunda frase del párrafo 2) se complementan esas disposiciones del párrafo 4) del artículo 7 aclarando que, en el contexto de la apertura de ofertas, se entenderá que se ha permitido a los proveedores o contratistas asistir a la apertura de las ofertas si se les ha dado la oportunidad de mantenerse plena y oportunamente informados de dicha apertura.

² Es posible que sea preciso añadir una explicación de otros riesgos que conlleva apartarse de los requisitos de la Ley Modelo, que prescriben que las ofertas se abran en la fecha y hora estipuladas en el pliego de condiciones como plazo para la presentación de ofertas, así como sobre las consideraciones prácticas que deberían tenerse en cuenta para cumplir este requisito (A/CN.9/687, párr. 150).

Esta disposición está en consonancia con lo establecido en otros instrumentos internacionales referentes al mismo asunto³.

3. La expresión “plena y oportunamente” significa en este contexto que se dé a los proveedores o contratistas la oportunidad de observar en tiempo real (escuchando o leyendo) exactamente la misma información comunicada durante la apertura. Esta oportunidad debe brindarse al mismo tiempo en que toda persona físicamente presente en la apertura de las ofertas seguiría u oiría la información pertinente, a reserva del tiempo requerido para cargarla informáticamente en el lugar en que haya de leerse. Esta información comprende los anuncios hechos de conformidad con el artículo 41 3).

4. Los proveedores deben también tener la posibilidad de intervenir cuando se produzca cualquier incorrección, en la medida en que estarían autorizados a hacerlo si estuvieran físicamente presentes. Por lo tanto, el sistema establecido debe poder recibir las respuestas de los proveedores y acusar recibo de ellas o actuar en consecuencia a la mayor brevedad. Pueden existir diversos métodos para cumplir el requisito de informar plenamente y en tiempo real a los proveedores por medio de sistemas de tecnología informática. Independientemente del método utilizado, debe comunicarse con mucha anticipación a los proveedores o contratistas información suficiente que les permita adoptar todas las medidas necesarias para conectarse al sistema y poder así seguir la apertura de las ofertas.

5. La regla que estipula que la entidad adjudicadora autorizará a todo proveedor o contratista que haya presentado una oferta a asistir al acto de apertura, o a hacerse representar en él, contribuye a la transparencia del proceso de licitación. Permite además que los propios proveedores y contratistas constaten la debida observancia del régimen legal y reglamentario de la contratación pública con lo que aumentará su confianza en que las decisiones no serán ni arbitrarias ni infundadas. Por idéntica razón, el párrafo 3) exige que los nombres de los proveedores o contratistas que hayan presentado una oferta sean anunciados, junto con el precio, a los asistentes a esa apertura. Por ello mismo, se ha previsto también que esa información sea notificada a todo proveedor o contratista participante que no haya estado presente ni se haya hecho representar en el acto de apertura.

6. Cuando la apertura de ofertas se efectúe automáticamente, el Estado promulgante debería tener presentes las salvaguardias suplementarias que hayan de preverse para asegurar la transparencia e integridad del proceso de apertura de ofertas. El sistema ha de garantizar que únicamente las personas autorizadas cuya identidad conste claramente en el sistema tengan derecho a fijar o cambiar en el sistema la hora de apertura de las ofertas en conformidad con el párrafo 1) del artículo, sin comprometer la seguridad, integridad y confidencialidad de las ofertas. Solo las personas de esta condición estarán facultadas para abrir las ofertas en el momento fijado. El Estado promulgante puede exigir que por lo menos dos personas autorizadas lleven a cabo, mediante una acción simultánea, la apertura de las ofertas. En este marco, se entiende por “acción simultánea” que las personas autorizadas designadas abrirán, en casi el mismo lapso, los mismos componentes de una oferta y tomarán nota de los componentes que se hayan abierto y del momento

³ Convendrá reflexionar sobre la suficiencia, en el proyecto de texto presentado, del análisis de la expresión “se considerarán presentes” o la expresión “presencia virtual” de los proveedores o contratistas en el acto de apertura de las ofertas.

de apertura. Es aconsejable que, antes de la apertura de las ofertas, el sistema confirme las condiciones de seguridad de las mismas verificando que no se ha detectado ningún acceso autorizado. Debería exigirse a las personas autorizadas que verifiquen la autenticidad e integridad de las ofertas así como su presentación en tiempo oportuno.

7. Deberían haberse adoptado medidas para impedir que quede en entredicho la integridad de las ofertas e impedir que estas se borren o que se destruya el sistema cuando este proceda a abrir las ofertas, por ejemplo a causa de un virus o de una perturbación parecida. El sistema debe también estar concebido de modo tal que permita seguir todas las operaciones realizadas durante la apertura, incluida la determinación de la identidad de la persona que abrió cada una de las ofertas y sus componentes, así como la fecha y hora en que lo hizo. También debe garantizar que las ofertas abiertas solo permanecerán accesibles a las personas autorizadas a tener conocimiento de su contenido (como los miembros de un comité de evaluación o los auditores en etapas posteriores del proceso de adjudicación). Los reglamentos de contratación pública y otras reglamentaciones que habrá de aprobar el Estado promulgante deberán abordar esas y otras cuestiones conexas.

Artículo 42. Examen y evaluación de las ofertas

1. Los párrafos 1) a 3) regulan el examen de las ofertas, el cual comprende cerciorarse de la idoneidad de los proveedores y contratistas que presenten ofertas, evaluar la conformidad de las ofertas de los proveedores o contratistas idóneos y determinar si existe algún motivo para rechazar las ofertas con arreglo al párrafo 3 del artículo. Como se estipula en diferentes disposiciones de la Ley Modelo, en particular los artículos 10 y 38, desde el principio del proceso de licitación se deben poner en conocimiento de los proveedores o contratistas todos los criterios de examen así como el procedimiento.

2. El párrafo 1) faculta a la entidad adjudicadora para pedir aclaraciones a los proveedores y contratistas acerca de sus ofertas con miras a facilitar su examen y evaluación, pero dejando bien claro que ello no deberá ser ocasión para modificar en lo esencial sus ofertas. El párrafo 1) b) autoriza la corrección de un simple error aritmético, pero no de un precio anormalmente bajo que se sospeche sea debido a algún malentendido ni de ningún otro error no manifiesto de la oferta. Al incorporar este párrafo, no ha de omitirse el deber de notificación enunciado en la segunda frase, por imponerse en el párrafo 3) b) el deber correlativo de rechazar toda oferta cuya corrección no sea aceptada⁴.

3. El párrafo 2) enuncia la regla que ha de seguirse para determinar la conformidad de una oferta, y permite considerar como conforme una oferta cuyos desvíos sean de escasa importancia. El que se pueda admitir una oferta con pequeños desvíos favorece la participación en la licitación y, por ende, su competitividad. Esos pequeños desvíos deberán ser cuantificados de forma que se

⁴ Posiblemente sea necesario tratar con más detalle las reglas y los principios aplicables a la corrección de los errores aritméticos por la entidad adjudicadora y la función del pliego de condiciones en este aspecto.

puedan comparar objetivamente las ofertas, dando cierta preferencia a aquellas que sean plenamente conformes⁵.

4. El párrafo 3) enumera los motivos de rechazo de las ofertas. La lista es exhaustiva y se refiere únicamente a los motivos previstos expresamente en la Ley Modelo. El motivo indicado en el apartado a), es decir la falta de idoneidad, ha de aplicarse a la luz del artículo 9 que enumera los requisitos admisibles en cuanto a la idoneidad y los motivos de descalificación. El motivo enunciado en el apartado b), a saber, la no aceptación por el proveedor o contratista de la corrección de un error aritmético así como la falta de conformidad de la oferta, se ha de considerar en conjunción con lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1), que permite a la entidad adjudicadora corregir los errores meramente aritméticos y exige que, en tal caso, notifique la corrección al proveedor o contratista que haya presentado la oferta. No debería permitirse ninguna otra discusión entre la autoridad adjudicadora y el proveedor o contratista sobre el error aritmético corregido: el proveedor o contratista en cuestión puede aceptar la corrección efectuada o bien su oferta será rechazada. El motivo enumerado en el apartado c) del párrafo 1), es decir, la falta de conformidad de la oferta, ha de entenderse a la luz del artículo 10 y de los párrafos 1) y 2) del artículo 42, que establecen el marco jurídico aplicable por la entidad adjudicadora para decidir acerca de la conformidad o inconformidad de las ofertas. Los motivos enumerados en el apartado d) dimanarían del artículo 19, que permite a la entidad adjudicadora rechazar una oferta anormalmente baja, y del artículo 20, que prescribe que la entidad adjudicadora excluya a un proveedor o contratista del proceso de licitación por haber ofrecido su autor algún incentivo o por gozar su autor de alguna ventaja competitiva desleal o adolecer de algún conflicto de intereses.

5. Los párrafos 4) a 7) regulan la evaluación de las ofertas, es decir, la comparación de todas las que no han sido rechazadas a consecuencia del examen. Como prescriben algunas disposiciones de la Ley Modelo, por ejemplo los artículos 11 y 38 y el párrafo 4) a) del presente artículo, las ofertas que sean conformes a los requisitos se evalúan aplicando los criterios de evaluación previamente indicados. Como se reitera en el apartado b) del párrafo 4) del artículo, la oferta ganadora puede ser aquella cuyo precio sea el más bajo o aquella que se considere más ventajosa⁶. De conformidad con el párrafo 5) a) del artículo 11 de la Ley Modelo, ha de estipularse en el pliego de condiciones, al iniciarse el proceso de contratación, si la oferta ganadora se determinará en función únicamente del precio o del precio y otros criterios, y ello no se podrá modificar posteriormente.

6. La regla del párrafo 5) sobre la conversión de los precios ofrecidos a una sola moneda a efectos de la valoración y comparación de las ofertas tiene por objeto facilitar la precisión y objetividad de la decisión de la entidad adjudicadora. Esa moneda única ha de estipularse en el pliego de condiciones, conforme a lo prescrito en el apartado s) del artículo 38, así como el tipo de cambio aplicable o el

⁵ Tal vez sea preciso tratar con más detalle lo que constituiría esos “pequeños desvíos”.

⁶ Es necesario explicar que la evolución de la contratación pública desde 1994 justifica sustituir la expresión “calificada de más económica”, usada en este contexto en la Ley Modelo de 1994, por la expresión la “oferta más ventajosa”. Dado que este punto es importante en relación con otras disposiciones de la Ley Modelo donde figura la mención de “más ventajosa”, conviene considerar la ubicación adecuada de tal explicación para evitar un examen repetitivo.

método que se seguirá para determinarlo. Estas disposiciones carecerán posiblemente de importancia en la contratación de ámbito nacional.

7. El párrafo 6) se ha incluido con el fin de facultar a la entidad adjudicadora para exigir al proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora que confirme de nuevo su idoneidad, lo que pudiera ser muy conveniente de haber durado mucho el proceso de contratación y de desear la entidad adjudicadora comprobar si la información sobre la idoneidad presentada en una etapa anterior conserva su validez. Se trata de una decisión discrecional de la entidad adjudicadora por depender la necesidad de esa nueva confirmación de las circunstancias de cada licitación.

8. Para que la nueva confirmación sea eficaz y transparente, el párrafo 7) impone el rechazo de la oferta de todo proveedor o contratista que no vuelva a confirmar, de ser requerido a ello, su idoneidad e indica el procedimiento que deberá seguir en tales casos la entidad adjudicadora para seleccionar otra oferta ganadora. Dicho párrafo reitera también el derecho de la entidad adjudicadora a cancelar la contratación en tales casos, lo que supone una salvaguardia fundamental contra los riesgos de comportamiento colusorio de proveedores o contratistas.

Artículo 43. Prohibición de negociaciones con los proveedores o contratistas

El artículo 43 prohíbe expresamente toda negociación entre la entidad adjudicadora y cualquier proveedor o contratista respecto de la oferta que este haya presentado. Se ha incluido tal regla para evitar que esas negociaciones se conviertan en una “subasta”, en la que la oferta de un proveedor o contratista sirva para obligar a otro proveedor o contratista a ofrecer un precio más bajo o a mejorar en algo esa oferta. Muchos proveedores y contratistas se abstienen de participar en procesos de licitación en los que se aplican esas técnicas o, de lo contrario, elevan el precio de su oferta en previsión de esa negociación. La prohibición de negociaciones no abarca las conversaciones que se celebren entre la entidad adjudicadora y el proveedor o contratista con el fin de aclarar la oferta del mismo en conformidad con el párrafo 1) del artículo 42 de la Ley Modelo, o de concertar el contrato de adjudicación.