Naciones Unidas A/CN.9/WG.I/WP.32

Asamblea General

Distr. limitada
25 de junio de 2004
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
Sexto período de sesiones
Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004

La evolución reciente del derecho en materia de contratación pública: cuestiones que ha planteado hasta la fecha la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

Nota de la Secretaría

Índice

			Párrafos	*Página*
I.	Introducción		1-3	2
II.	Cuestiones que cabría revisar en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública		4-73	3
	A.	La utilización de las listas de proveedores	5-22	3
	B.	Acuerdos marco	23-40	8
	C.	Contratación de servicios	41-51	12
	D.	Evaluación y comparación de ofertas, y la contratación pública como medio para promover políticas industriales, sociales y ambientales	52-54	14
	E.	Vías de recurso y ejecución	55-59	15
	F.	Otros asuntos	60-73	17

V.04-55832 (S) 060704 060704

I. Introducción

1. La presente nota es la segunda de las que ha preparado la Secretaría en previsión de la futura labor de la Comisión en materia de contratación pública. En ambas notas se abordan cuestiones relacionadas con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante, "la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública" o "la Ley Modelo"), y en la presente nota se examinan las recientes actividades así como la experiencia de organizaciones internacionales y de instituciones internacionales crediticias, algunas de las cuales están revisando sus normas y reglamentaciones en materia de contratación pública. El primero de los dos documentos se titula "La evolución reciente del derecho en materia de contratación pública: cuestiones que ha planteado la creciente utilización de comunicaciones electrónicas en la contratación pública" (A/CN.9/WG.I/WP.31) y describe el contexto que justifica la propuesta de incluir el derecho en materia de contratación pública en el programa de trabajo de la Comisión. La Secretaría se ha centrado en cuestiones normativas, y no en el modo en que habrían de redactarse en esta etapa las disposiciones pertinentes; así pues, en la presente nota no se formulan propuestas de redacción.

2. Las actividades y la experiencia de las instituciones antes mencionadas en la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública ponen de relieve la necesidad de coordinar las actividades que llevan a cabo los organismos internacionales que se ocupan de contratación pública. A este respecto, la Comisión ha indicado que tal vez sería beneficioso introducir alguna enmienda en la Ley Modelo (A/58/17, párr. 229). Al velar por la coherencia entre el texto de la Ley Modelo y los regímenes vigentes en materia de contratación pública en el ámbito internacional y regional, sin que con ello se menoscaben los criterios y principios básicos de la Ley Modelo, se propiciaría una aplicación más amplia de la Ley Modelo, promoviéndose, al mismo tiempo, el objetivo de armonización.

3. La Secretaría ha llevado a cabo su labor en estrecha cooperación con organizaciones con experiencia en este campo y conocedoras del tema, tales como el Banco Mundial, y también se ha beneficiado de las consultas realizadas con expertos en la materia. La Secretaría ha examinado la experiencia registrada en el marco de organismos y acuerdos internacionales como los de la Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (APEC), la Unión Europea (UE), el Borrador de Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Acuerdo sobre contratación pública de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Las principales disposiciones internas examinadas son las del Brasil, los Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y Singapur, y (en menor grado) las del Canadá y Hong Kong, que se han seleccionado por considerarse las más representativas de las distintas tradiciones normativas y también porque esos países y territorios disponen de una notable experiencia en la práctica y en la reglamentación de la contratación electrónica.

II. Cuestiones que cabría revisar en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

4. Se remite a las delegaciones del Grupo de Trabajo a la nota de la Secretaría A/CN.9/553, así como a dos notas relativas al 36º período de sesiones de la Comisión (documentos A/CN.9/539 y A/CN.9/539/Add.1), en las que se especifican otros datos sobre cuestiones que cabría revisar. En la presente nota se tratarán cuestiones, ya señaladas en anteriores notas, que son las siguientes:

a) La utilización de las listas de proveedores;

b) Los acuerdos marco;

c) La contratación pública de servicios;

d) La evaluación y la comparación de ofertas;

e) Los recursos y las vías de ejecución; y

f) Otras cuestiones (la legalización de documentos, otros posibles métodos de contratación pública, la participación comunitaria en la contratación pública, y la simplificación y normalización de la Ley Modelo).

A. La utilización de las listas de proveedores

Antecedentes

5. En las listas de proveedores (también denominadas listas de calificación, sistemas de calificación o listas aprobadas) se especifican los proveedores seleccionados para futuras operaciones de contratación pública. Estas listas pueden ser de carácter imperativo o facultativo. Las listas de carácter imperativo exigen la descripción del proveedor en la lista para que pueda participar en operaciones de contratación pública. Los proveedores pueden optar por inscribirse en una lista facultativa pero, de no hacerlo, no estarán descalificados para que se les adjudique un determinado contrato. Para admitir a un proveedor en una lista puede requerirse una evaluación exhaustiva de la idoneidad del proveedor para determinados contratos, o una simple evaluación; en algunos casos, no se exige ningún tipo de evaluación. No obstante, suelen evaluarse inicialmente algunas calificaciones y postergarse la evaluación de otras hasta el momento en que se estudie la idoneidad del proveedor para determinados contratos.

Reglamentación de la cuestión en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

6. En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no se aborda la cuestión de las listas de proveedores, aunque ello no es óbice para que las entidades adjudicadoras recurran a listas facultativas para elegir proveedores en operaciones de contratación pública que no requieran publicidad, como la licitación restringida, las negociaciones competitivas, las solicitudes de propuestas o de cotizaciones y la contratación de un único licitador. En el párrafo 3) del artículo 6 de la Ley Modelo se prohíbe a las entidades adjudicadoras la imposición de "criterios, requisitos o procedimientos" que no sean los establecidos en el artículo 6,

y en dicho artículo no se regula la inscripción de los proveedores en una lista. Sin embargo, en la práctica, la utilización de listas facultativas puede provocar la exclusión de los proveedores no inscritos, por ejemplo, cuando se recurra al procedimiento relativamente informal de solicitud de cotizaciones, con lo cual dichas listas surtirían el mismo efecto que las de carácter imperativo.

7. La Ley Modelo no permite que la divulgación de una lista supla la publicidad que debe darse a un determinado contrato. Por lo que respecta a la licitación (abierta) y a la licitación en dos etapas, por ejemplo, el artículo 24 exige a las entidades que den publicidad a las "solicitudes de ofertas" o a las "solicitudes de precalificación", indicando que deberá anunciarse cada contrato para el que se soliciten ofertas (aunque cada uno pueda disgregarse en partes).

8. Cuando se aprobó la Ley Modelo, se consideró que la utilización de listas de proveedores no era conveniente y que esa práctica era cada vez menos frecuente. No obstante, con la proliferación de las comunicaciones electrónicas, la utilización (y el valor) de las listas ha aumentado y sus costos han disminuido. Además, se ha comentado el creciente uso de los catálogos electrónicos, es decir, los catálogos de productos ofrecidos por uno o más proveedores, que se compilan a raíz de una licitación tradicional. En la licitación, se selecciona a los proveedores para que presenten un catálogo electrónico al que la entidad adjudicadora pueda remitirse para hacer pedidos de bienes y de servicios, y este procedimiento puede propiciar también un aumento de la contratación pública realizada, de hecho, sobre la base de listas de proveedores.

Posibles ventajas y dificultades

9. En los países en que se utilizan las listas de proveedores, se ha observado que las listas contribuyen a racionalizar el proceso de contratación pública, economizando gastos, ampliando la competencia y promoviendo una gestión más eficiente de la información, lo cual resulta ventajoso tanto para los compradores (por ejemplo, en lo relativo a la administración de contratos anteriores) como para los proveedores. También puede ser beneficioso que haya una mayor coherencia entre los requisitos para que los proveedores queden calificados para presentar ofertas. Sin embargo, deben tenerse en cuenta los gastos de inscripción en las listas (incluidos los costos de evaluación de las calificaciones, algunos de los cuales pueden ser innecesarios si solicitan la inscripción proveedores que no quedarán calificados). Es probable que el análisis de costos y beneficios varíe de un Estado promulgante a otro.

10. Con las listas también puede ahorrarse tiempo al eliminarse o reducirse el período durante el cual se hace la publicidad, se esperan las muestras de interés, y se evalúan las calificaciones, lo cual es de particular importancia cuando la contratación pública no está sujeta a publicidad ni a competencia, como en el caso de las contrataciones urgentes, que a menudo se llevan a cabo con trámites especiales que favorecen a los proveedores ya conocidos por la entidad adjudicadora. Las ventajas concretas de las listas facultativas radican en las reducciones de gastos que se producen al no haber que presentar y evaluar los diversos datos de calificación para cada contrato; el acceso a información si es preciso recurrir a contrataciones de emergencia; la reducción de los gastos de los proveedores para encontrar información contractual (la cual puede facilitarse automáticamente a los

proveedores inscritos); y la posible intensificación de la competencia cuando, al disminuir los gastos para los proveedores, aumenta el número de proveedores interesados.

11. Las listas de carácter imperativo pueden incrementar todas estas ventajas. Por ejemplo, con esas listas puede ahorrarse más tiempo, pues la entidad adjudicadora ya no deberá evaluar a ningún nuevo proveedor en el plazo previsto para la adjudicación de un contrato. Las listas imperativas pueden también estrechar las relaciones entre las partes (por ejemplo, al facilitar la colaboración con los mejores -y menos numerosos- proveedores, con miras a mejorar la calidad) y pueden permitir a las entidades adjudicadoras evaluar las calificaciones más exhaustivamente de lo que sería posible durante el plazo fijado para una determinada adjudicación. No obstante, las listas de carácter imperativo pueden entrañar también el notable riesgo de restringir la competencia al excluir a proveedores de contratos ulteriores. Por ejemplo, es posible que los nuevos proveedores o los proveedores extranjeros, que tengan pocos tratos comerciales con un determinado gobierno, no estén inscritos. Las listas imperativas pueden minar la confianza en la contratación pública, dado que pueden reducir la transparencia y que pueden dar una imagen negativa de las relaciones estrechas entre proveedores y entidades adjudicadoras. Asimismo, esas listas pueden entrañar notables gastos administrativos.

12. El hecho de no divulgar oportunidades concretas de contratación sino una lista también puede contribuir a dar publicidad a los requisitos de una entidad, para que los proveedores reaccionen y se reduzcan así los gastos de publicidad y los plazos. No obstante, se requeriría normalmente la exención de los requisitos ordinarios de publicidad para cada futura adjudicación de un contrato.

La utilización de listas en la actualidad y disposiciones pertinentes en los regímenes internacionales e internos

13. Las listas de proveedores se emplean en muchos Estados y en muchos regímenes internacionales de contratación pública y, a veces, para los contratos de gran envergadura, esas listas son de carácter imperativo. Sin embargo, en esos regímenes se regula su utilización, en primer lugar, limitando en algunos casos las entidades que pueden recurrir a las listas y, en segundo lugar, controlando su utilización para asegurar que los trámites discurran de forma razonable y transparente. Entre los ejemplos que cabe citar figura el Acuerdo sobre contratación pública (GPA) de la OMC, que permite la utilización de listas imperativas y facultativas (con controles que rigen su empleo salvo en el caso de las licitaciones limitadas y de escasa envergadura o de contratación pública urgente y no competitiva). El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) permite la utilización de listas, incluidas las de carácter imperativo, aunque sujetas a controles y a medidas de salvaguardia muy similares a las del GPA (véanse, en particular, el párrafo 2) del artículo 1011 del TLCAN, que permite la utilización de listas para seleccionar proveedores en procedimientos restringidos, y el párrafo 2) del artículo 1009, que regula los controles). Las directivas de la UE sobre contratación pública prohíben normalmente las listas imperativas para los procedimientos competitivos de contratación pública (salvo en los sectores de servicios públicos que, al igual que las entidades adjudicadoras públicas, pueden recurrir a listas imperativas sujetas a controles similares a los que impone el GPA).

En las directivas no se prevé ningún control de la utilización de las listas facultativas (véase, al respecto, un análisis detallado en "Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives" (1999) *en* Public Procurement Law Review, 115-146 y 168-186).

14. Los controles que prevén esos regímenes suelen incluir los siguientes requisitos: la inscripción en las listas debe ser posible en todo momento; el tiempo empleado para formalizar las inscripciones debe ser razonable; y debe permitirse la inscripción por correo y, cuando se factible, por Internet.

15. El Banco Mundial y otras instituciones crediticias multilaterales no permiten la utilización de listas de carácter imperativo en procedimientos competitivos de licitación, pero en algunos casos pueden aceptarse las listas imperativas para proveedores nacionales (bajo controles similares a los del GPA). Los Principios no vinculantes sobre contratación pública de la APEC (Cooperación Económica en Asia y el Pacífico) parten del principio de que los miembros de la APEC pueden someter esas listas a lo dispuesto en los principios generales sobre buena competencia (véanse, además, los principios no vinculantes sobre contratación pública del Grupo de Expertos en materia de Contratación Pública, que se pueden consultar en el siguiente sitio de Internet: http://www.apecsec.org.sg/content/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement).

16. Todas las reglas de la UE, del GPA de la OMC y del TLCAN permiten en cierta medida que, en vez de dar publicidad a contratos específicos, se divulguen listas; en cambio, los bancos de desarrollo no lo permiten.

Opciones normativas

17. El hecho de que en la Ley Modelo no se regulen específicamente las listas de proveedores indica que, cuando se redactó la Ley Modelo, la Comisión no era partidaria de promover una amplia utilización de las listas de proveedores, considerando que, aun cuando fueran facultativas, podían resultar, en la práctica, imperativas. Este enfoque se ajustaba al criterio seguido por muchas instituciones internacionales de crédito, a juicio de las cuales la utilización de listas imperativas no constituía una buena práctica si se trataba de procedimientos de licitación abiertos. Al mismo tiempo, sin embargo, la Comisión tampoco quiso llegar al extremo de recomendar que no se utilizaran listas. Con todo, la experiencia ha demostrado que muchos Estados siguen utilizando listas imperativas por diversas razones. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si sería conveniente formular disposiciones concretas al respecto en la Ley Modelo de la CNUDMI o dar orientación sobre la reglamentación de las listas en el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que acompaña a la Ley Modelo, con miras a promover una mayor transparencia en la utilización de las listas de proveedores.

18. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si las listas de proveedores podían constituir una forma más transparente y menos discriminatoria de seleccionar a los proveedores cuando se apliquen métodos restringidos de contratación pública respecto de los cuales la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no prevea ningún control de la selección de los proveedores. Se trataría así de garantizar a los proveedores un acceso más equitativo y transparente a las listas, por ejemplo, previendo la obligación de divulgar la

existencia de toda lista, conforme a los requisitos de publicidad que rigieran las futuras oportunidades.

19. El Grupo de Trabajo tal vez desee también reconocer el derecho de las entidades adjudicadoras a mantener expedientes oficiosos de proveedores potencialmente idóneos. Si la lista no se define con criterios suficientemente amplios, las entidades adjudicadoras podrán eludir los controles manteniendo una lista oficiosa, de modo que los controles no serían de aplicación universal, con la consiguiente pérdida de confianza en el proceso de contratación pública.

20. Si el Grupo de Trabajo examinara la conveniencia de permitir la utilización de listas de carácter imperativo (a fin de mejorar la eficiencia), podría decidir que en nuevos artículos se previeran controles para asegurar la competencia y la transparencia del proceso. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo tal vez desee prever la utilización de listas imperativas para adjudicaciones de contratos no sujetas a procedimientos de licitación; prever la obligación de tener en cuenta a los proveedores no inscritos cuando haya tiempo suficiente para llevar a cabo el proceso de inscripción; y prever la obligación de divulgar la existencia de listas con una frecuencia razonable en el medio de comunicación en el que normalmente se hagan públicos en un país los contratos adjudicables. Además, el Grupo de Trabajo podría prever que se introdujera en la Ley Modelo una disposición explícita en el sentido de que todos los proveedores debieran tener la oportunidad de tener conocimiento de las listas y, por tanto, de inscribirse; de solicitar la calificación en cualquier momento; de ser incluidos en las listas en un plazo razonablemente breve (a fin de impedir que, con demoras injustificadas en la inscripción, se redujera de hecho la competencia); y de que se les notificara toda decisión de cancelar una lista o de borrarlos de dicha lista. Por último, el Grupo de Trabajo podría estimar conveniente disponer que la inscripción de proveedores en una lista no debiera tener la finalidad de eliminarlos de las listas de proveedores de terceros.

21. Habida cuenta de los diversos niveles de utilización de las listas de proveedores en los países, el Grupo de Trabajo tal vez podría decidir en qué forma las nuevas disposiciones se harían constar en el texto (insertándolas en la Ley Modelo en sí o, tal vez, introduciéndolas como disposiciones modelo pertinentes, acompañadas de comentarios, en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno), o decidir que los Estados las reglamentaran en disposiciones de ejecución de su derecho interno. Además, el Grupo de Trabajo tal vez debería estudiar si la Ley Modelo debería permitir o no (y en caso afirmativo, en qué circunstancias) que se divulgara la existencia de una lista, en vez de darse publicidad a los futuros contratos.

22. Por último, el Grupo de Trabajo tal vez podría plantearse también la posibilidad de ofrecer orientación a los Estados, en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, sobre las consideraciones normativas que afectaran a la utilización de todos los tipos de listas y sobre sus resultados en la práctica, a fin de poner de relieve la necesidad de impedir que las listas se utilicen como obstáculos para una competencia plena y abierta, que debería ser la norma del proceso de contratación pública.

B. Acuerdos marco

Antecedentes

23. Los acuerdos marco (denominados también acuerdos de suministro y contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido) pueden definirse como acuerdos encaminados a asegurar nuevos suministros de un producto o nuevas prestaciones de un servicio durante un determinado período, y en los que se hace una solicitud de ofertas iniciales conforme a cláusulas y condiciones especificadas, en que se selecciona a uno o dos proveedores en función de sus ofertas, y en que se plantea como requisito especial que se hagan subsiguientemente pedidos periódicos al proveedor o a los proveedores elegidos. Por consiguiente, la necesidad de celebrar este tipo de contratos se plantea cuando las entidades adjudicadoras requieren determinados productos o servicios durante un período concreto, pero ignoran las cantidades exactas y la naturaleza de los productos o servicios que requerirán, así como el momento en que los precisarán.

24. La celebración de acuerdos marco está muy difundida y, en algunos casos, está regulada por las legislaciones nacionales. También regulan esos contratos algunos órganos regionales o algunas instituciones internacionales de crédito.

25. Los acuerdos marco pueden concertarse con un único proveedor o con varios. En virtud de los acuerdos con un único proveedor, la entidad adjudicadora puede estar obligada a efectuar compras, o el proveedor puede estar obligado a hacer suministros, o pueden preverse ambas obligaciones; también puede ocurrir que estos acuerdos con un único proveedor no vinculen a ninguna de las partes, pero fijen las condiciones para la adjudicación de contratos en el futuro, creándose únicamente una obligación legal cuando se concierte un pedido. Los acuerdos no vinculantes se celebran con frecuencia cuando se conciertan arreglos en beneficio de varias entidades adjudicadoras (por ejemplo, en caso de que haya un organismo central de adjudicación), de modo que las entidades adjudicadoras pueden reservarse el derecho a concertar sus propios arreglos.

26. Los acuerdos con múltiples proveedores prevén un proceso inicial de selección de varios acreedores que puedan suministrar los productos o prestar los servicios cumpliendo los requisitos y condiciones de la entidad adjudicadora (primera etapa). Cuando ulteriormente se requiera un producto o un servicio, la entidad adjudicadora elige, de entre estos proveedores, a un proveedor al que se hace ese pedido concreto (segunda etapa). Los métodos empleados para seleccionar al proveedor o a los proveedores en la segunda fase de adjudicación difieren mucho entre las entidades que recurren a tales métodos y, en particular, varía notablemente el grado ulterior de competencia. Así, por ejemplo, en la segunda etapa puede preverse una nueva convocatoria a licitación, o puede seleccionarse al proveedor cuya oferta inicial sea la óptima, en relación con el precio, para el pedido requerido, o puede preverse la rotación entre los proveedores. La segunda fase de licitación puede limitarse a la oferta de un precio con referencia a especificaciones preexistentes, y se habrán evaluado previamente las calificaciones de los proveedores; por lo tanto, esa segunda fase vendría a ser una “minilicitación”. Otra posibilidad consiste en que se permita a los proveedores revisar los precios en cualquier momento, tras lo cual la entidad adjudicadora podrá seleccionar al proveedor que presente, para el eventual pedido, la oferta óptima en relación con el precio; este proceso es lo que a veces se denomina “modificación continua de ofertas”. Estas diferentes modalidades reflejan

el objetivo de que en la contratación pública se logre un equilibrio entre los objetivos de competencia (para promover las ofertas óptimas en relación con el precio), de apertura y de transparencia en los métodos seguidos y los objetivos de reducción de las costas procesales que entrañen dichos métodos.

Reglamentación de la cuestión en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

27. La Ley Modelo de la CNUDMI no prevé ninguna disposición concreta sobre los acuerdos marco. No obstante, se argumenta que los acuerdos con un único proveedor o con varios proveedores (es decir, aquellos en que se seleccionan en la segunda etapa los proveedores que presentan la oferta óptima, en relación con el precio, para cada requisito) podrían regirse por los procedimientos existentes, por ejemplo, si se disgregaran en partes los procesos de contratación sujetos a licitación. Sin embargo, en la Ley Modelo se dispone que en los pliegos de condiciones debe especificarse la cantidad de bienes requeridos, aunque los reglamentos sólo conexos puedan permitir una estimación, mientras que en los acuerdos marco no suele conocerse la cantidad de bienes.

28. Además, el procedimiento de licitación enunciado en la Ley Modelo no prevé acuerdos en virtud de los cuales no se celebren contratos vinculantes hasta que se hayan hecho pedidos. En particular, el párrafo 4) del artículo 36 dispone que el contrato nace cuando se acepta la oferta, y no regula los contratos que se celebren ulteriormente, cuando la entidad adjudicadora decida cursar pedidos concretos.

29. Se observa también que el requisito de anunciar públicamente las "adjudicaciones de contratos", que prevé el artículo 14 y que es aplicable a todos los procedimientos, no es adecuado para dar publicidad a los acuerdos marco. Por otra parte, no se requiere la publicación de los resultados de un proceso competitivo para elegir a proveedores de acuerdos marco (ya que no implica la adjudicación de un contrato); se observa también que tampoco se exige la divulgación de detalles sobre los contratos adjudicados a diversos proveedores. Efectivamente, en muchos pedidos se puede eludir por completo el requisito de publicidad si están por debajo de los límites mínimos estipulados.

Posibles ventajas y dificultades

30. Entre las posibles ventajas de recurrir a acuerdos marco, en vez de entablar un nuevo proceso de contratación pública para cada pedido, cabe destacar las economías en gastos procesales y el ahorro de tiempo en el proceso. En particular, en esos acuerdos se elude la necesidad de dar publicidad a los distintos contratos y de evaluar las calificaciones de los proveedores para cada pedido, ya que esa fase del proceso sólo se lleva a cabo una vez, tras la celebración del acuerdo marco.

31. La concertación de acuerdos con varios proveedores, en vez de acuerdos con un único proveedor, puede tener, entre otras, la siguientes ventajas: ofrecer flexibilidad en la selección de un proveedor para un determinado pedido; evitar los gastos que supondría la apertura de un nuevo procedimiento para cada pedido; la seguridad en el suministro; las ventajas de las compras centralizadas y las mayores posibilidades que tienen los pequeños proveedores de obtener pedidos de entidades públicas. Los acuerdos con varios proveedores pueden ser también más rentables y cumplir al mismo tiempo otros objetivos de la contratación pública, dando al

procedimiento una mayor transparencia que la que tendría en pequeños pedidos. En particular, el valor global de todos los contratos en un acuerdo marco puede justificar los gastos de publicidad, y los proveedores en tales acuerdos tendrán derecho a supervisar las compras realizadas en virtud de ellos (derecho que no tendría un proveedor en el contexto de un acuerdo marco con un único proveedor).

La utilización de los acuerdos marco en la actualidad y disposiciones pertinentes en los regímenes internacionales e internos

32. Uno de los principales problemas que plantea la reglamentación de los acuerdos marco es la limitación de la duración de tales acuerdos, de forma que el precio obtenido siga siendo actual y competitivo.

33. Los métodos de contratación pública que rigen los acuerdos marco pueden depender de las reglas generales sobre los topes financieros mínimos (es decir, los límites por debajo de los cuales no es obligatorio recurrir a la licitación y se puede proceder, por ejemplo, a una solicitud oficiosa de cotizaciones) y de cómo se adapten esas reglas sobre los topes mínimos, cuando existan, a los acuerdos marco. Los topes mínimos pueden depender simplemente del valor de cada contrato o del valor global de una suma de contratos (por ejemplo, puede exigirse que las entidades adjudicadoras hagan la suma de sus compras durante un determinado período, independientemente de que las hayan realizado o no en virtud de un acuerdo marco).

34. Las reglamentaciones actuales de la Unión Europea, de la OMC (Acuerdo sobre contratación pública (GPA)) y del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) no prevén disposiciones expresas sobre los acuerdos marco, pero se considera posible que la mayoría de los tipos de acuerdos marco puedan regirse por dichas reglamentaciones salvo, por ejemplo, aquellos que permitan la modificación de los precios de licitación después de la primera etapa o que prevean la simple rotación de los proveedores. Las directivas recientemente adoptadas por la UE regulan específicamente los acuerdos marco y aplican controles, concretamente limitando a cuatro años su duración, salvo en casos excepcionales o que están debidamente justificados. La UE ha establecido asimismo reglas estrictas en virtud de las cuales deben sumarse las compras similares efectuadas durante un determinado período, de modo que muchas compras de bienes normalizados quedan sujetas a los procedimientos formales de licitación previstos en las directivas y no es posible repetir las compras recurriendo a una solicitud oficiosa de procedimientos basados en cotizaciones.

35. En la práctica, en muchos ordenamientos jurídicos se prevé a menudo la forma no vinculante de los acuerdos marco con un único proveedor con el fin de asegurar que la entidad adjudicadora pueda cambiar de proveedores si los precios del mercado sufren cambios. Por ejemplo, en el Canadá, en Hong Kong, en el Reino Unido y en Singapur, la utilización de acuerdos marco no está específicamente regulada, y lo habitual en esos países y territorios es seleccionar sólo a un número limitado de proveedores en la primera etapa, sobre la base de las ofertas iniciales. En los Estados Unidos se recurre a varios tipos de acuerdos marco, cuyas principales características radican en que las negociaciones pueden formar parte de un ejercicio de “minilicitación” en la segunda etapa; en que el proceso de realización de pedidos no está por lo general sujeto a revisión cuando haya

impugnaciones; y en que no es preciso publicar las decisiones de adjudicación. En Francia, los acuerdos marco están expresamente regulados y, en lo esencial, están permitidos cuando en el contrato no se pueda regular plenamente el calendario o el alcance de los trabajos. En el Brasil, hay una gran preferencia por los acuerdos con un único proveedor y se limita la celebración de acuerdos con varios proveedores; la duración de los acuerdos marco en el Brasil está limitada a un año, para los bienes, y a un año, con una posible prórroga máxima de un año, para los servicios.

36. En algunas legislaciones se regula también cuándo puede limitarse el número de proveedores si tiene que haber una "minilicitación" en la segunda etapa (hay legislaciones que no imponen ningún límite al número de proveedores en ambas etapas, mientras que otras limitan el número de proveedores que pueden entrar en un acuerdo marco, pero admitiéndolos a todos en la segunda etapa; otras legislaciones admiten a muchos proveedores en el acuerdo marco, pero incluyen sólo a unos cuantos en la segunda etapa, y otras legislaciones limitan el número de proveedores en ambas etapas).

Opciones normativas

37. Dada la proliferación de acuerdos marco y habida cuenta de que otros organismos internacionales los regulan expresamente, o se disponen a hacerlo, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la conveniencia de introducir en la Ley Modelo disposiciones específicas al respecto.

38. Entre las cuestiones que el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar en este contexto figuran las de si es conveniente determinar cuándo entra en vigor un contrato vinculante en un acuerdo marco; los topes mínimos y la suma global de las compras (obsérvese que en la actual Ley Modelo, esos límites mínimos se dejan en manos de los Estados promulgantes y de sus reglamentos); la duración de los acuerdos marco; la estimación de las cantidades y el hecho de sobrepasar las cantidades estimadas; y los cambios de precio. También cabría regular en el artículo 14 de la Ley Modelo la cuestión de si debe darse publicidad a una de las etapas del acuerdo marco o a ambas. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee introducir, en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, disposiciones modelo y otros tipos de orientación, como disposiciones modelo de ejecución referentes a algunas de estas cuestiones o a todas ellas.

39. Por lo que respecta a los acuerdos marco con varios proveedores en particular, habría que introducir en el texto nuevas disposiciones si el Grupo de Trabajo deseara que en la segunda etapa de la contratación pública pudieran hacerse "minilicitaciones", o que pudieran modificarse continuamente las ofertas o propuestas, o que en la segunda etapa pudieran adjudicarse los contratos de forma no competitiva (por ejemplo, mediante un sistema de rotación, que resultaría apropiado si la seguridad del suministro fuera un factor primordial). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también la forma de limitar el número de proveedores en alguna de las etapas, si es que desea limitarlo de algún modo.

40. Asimismo, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si sería más apropiado que esas cuestiones se dejaran en manos del Estado promulgante y de sus legislaciones y reglamentos, brindándoles, no obstante, orientación al respecto mediante la introducción de disposiciones modelo en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno. Por ejemplo, en la Guía podría hacerse una

breve reseña de los supuestos en que los acuerdos marco con varios proveedores son de utilidad, inclusive en el contexto de las compras centralizadas; podrían indicarse también las cuestiones fundamentales que toda entidad adjudicadora (que puede actuar como organismo central de compras para los departamentos gubernamentales o en nombre propio) necesitaría tener en cuenta para los acuerdos con un único proveedor y con varios proveedores, y que tal vez deseara incluir en sus reglamentos (como la relación entre un organismo centralizado de compras y las entidades usuarias, el procedimiento para cursar pedidos, las medidas necesarias para que un contrato adjudicado sea vinculante, y los límites a partir de los cuales deberá darse publicidad a las decisiones sobre la adjudicación de contratos).

C. Contratación de servicios

Antecedentes: las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios que rigen el "método principal de contratación de servicios"

41. La premisa de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública para la contratación de servicios es que la contratación se hará con métodos diferentes de los seguidos en la contratación de bienes y obras. El método principal para la contratación pública de servicios prevé la licitación cuando sea posible formular especificaciones detalladas y se considere "apropiada", así como otros métodos utilizados en la contratación de bienes y obras si recurrir a ellos sería más apropiado y si se cumplen las condiciones para hacerlo (párrafo 3) del artículo 18 de la Ley Modelo).

42. De recurrirse a la licitación, el procedimiento de selección puede requerir que todas las ofertas que reciban una calificación técnica superior a un nivel determinado de calidad o no relacionado con el precio y queden sujetas a una competencia directa de precios (artículo 42), puede implicar que la entidad adjudicadora negocie con los proveedores, tras lo cual los proveedores presentarán su mejor oferta definitiva (artículo 43), o puede implicar que la entidad adjudicadora negocie exclusivamente sobre el precio con el proveedor que haya obtenido la mejor calificación técnica (artículo 44). Según este último procedimiento, la entidad adjudicadora podrá negociar posteriormente con los otros proveedores o contratistas en una secuencia basada en el nivel de las respectivas calificaciones que hayan obtenido, pero sólo después de haber concluido las negociaciones con el anterior proveedor mejor calificado.

43. Este criterio puede haber sido influido por el hecho de que la Ley Modelo que se adoptó en 1993 regulaba solamente los bienes y las obras. La Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, que se adoptó un año más tarde, en 1994, incluye disposiciones suplementarias relativas a la contratación de servicios que no sean obras, que se reglamentó como un método diferenciado de contratación.

44. El artículo 42 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública prevé la selección de proveedores para la prestación de servicios sobre la base de un límite mínimo de calidad y de otros criterios no relacionados con el precio, con lo que sienta las bases de un método de selección en función de la calidad, que es útil en la prestación de servicios intelectuales. Se ha observado que este enfoque de la

evaluación, que tiene la ventaja de la flexibilidad y utiliza métodos cualitativos y negociados, ha funcionado satisfactoriamente en la práctica en ciertos tipos de contratación, especialmente en la de servicios intelectuales (es decir, servicios cuyo resultado no es un producto físicamente cuantificable, como la consultoría y otros servicios profesionales). No obstante, se han planteado dudas acerca de si ese método resulta apropiado para los servicios en que la entidad adjudicadora puede fijar especificaciones de calidad y cantidad antes de iniciarse un determinado proceso de contratación. Se ha sostenido que al regularse por separado los servicios se centra la atención en las características especiales de algunos servicios que se puedan contratar, más que en los rasgos comunes de muchas contrataciones de bienes y obras y de servicios.

La contratación pública de servicios en la actualidad y disposiciones pertinentes en los regímenes internacionales e internos

45. Las directivas de la Unión Europea prevén procedimientos más flexibles para la contratación pública de servicios que para la de bienes y las obras, pues permiten recurrir a un tipo flexible de procedimientos competitivos (denominados "procedimientos negociados") en casos excepcionales, y las excepciones surgen con mayor frecuencia respecto de los servicios que respecto de los bienes y las obras, por ejemplo, cuando no es posible formular especificaciones con precisión. Esta situación es particularmente aplicable a los servicios intelectuales y a los servicios financieros, pero no se limita a esos casos. Las disposiciones del GPA de la OMC y del TLCAN dan a las entidades la facultad de elegir libremente entre los tipos de procedimiento competitivo previstos, independientemente del carácter de la contratación de que se trate.

46. Los regímenes internos siguen métodos muy divergentes a este respecto. Para los fines de considerar la Ley Modelo, una de las características más notables radica en que incluso los sistemas más flexibles no permiten el libre uso de todos los métodos de evaluación previstos en el método principal de la Ley Modelo para la contratación pública de todo tipo de servicios. Se requiere más bien a las entidades que recurran a los métodos ordinarios para la contratación de bienes al contratar servicios, a menos que sean aplicables excepciones concretas.

Opciones normativas

47. Los riesgos de falta de transparencia y de posibles abusos propiciados por la flexibilidad misma del método principal de contratación de servicios han dado pie a que se sugiera restringir la aplicación de tal método. En consecuencia, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la contratación de servicios cuantificables en función de productos físicos (es decir, servicios distintos de los servicios intelectuales) debe realizarse recurriendo a la licitación como método normal de contratación. Cabría aplicar los otros métodos relativos a los bienes y las obras cuando se considerara justificado. Una posible consecuencia de tal criterio podría ser la necesidad de modificar la denominación del método principal de contratación pública de servicios para ajustarlo a su aplicación en el contexto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, y probablemente la necesidad de definir los servicios intelectuales en la Ley Modelo o en su Guía para la incorporación al derecho interno.

48. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si en la propia Ley Modelo podrían además especificarse los casos en que cabría recurrir al método principal, ya sea adoptando como criterio circunstancias generales (como se hace para los otros métodos de contratación pública) o determinados tipos de servicios (como los servicios intelectuales). Otra posibilidad sería que la Ley Modelo obligara a los Estados que la incorporaran a su legislación a especificar, en la legislación pertinente o en reglamentaciones, los servicios o los supuestos en que cabría aplicar este procedimiento. El Grupo de Trabajo tal vez considere que el primer criterio podría ser preferible, pues el segundo podría dar pie a muchos abusos al dejar sin reglamentar, en lo esencial, la selección del método de contratación pública.

49. En cuanto al método de prestación de servicios intelectuales, el Grupo de Trabajo puede considerar que se mantenga la flexibilidad que ofrece la posibilidad de celebrar negociaciones simultáneas y consecutivas en la selección de propuestas. Esa flexibilidad se desprende de los artículos 43 y 44 de la Ley Modelo, y se aplica a los casos de los servicios en que las necesidades de contratación pública no están bien definidas o en que la calidad y la pericia técnica son el factor primordial. Aunque algunos observadores han comentado que las restricciones en las disposiciones redundarían en beneficio de la transparencia, el Grupo de Trabajo tal vez puede considerar que la flexibilidad que brindan esas disposiciones se ajusta a los objetivos de economía y eficiencia que tiene la Ley Modelo, y que cabe mejorar la transparencia mediante la publicación y divulgación de la información pertinente durante las negociaciones del caso, todo lo cual puede tratarse en la propia Ley Modelo o en la Guía para su incorporación al derecho interno, en forma de orientaciones o de disposiciones modelo.

50. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si se podría agregar a los métodos previstos en el artículo 42, un método de selección basado en el presupuesto de servicios bien definidos que propicien los contratos de suma fija; el objetivo de dicho artículo es prever una flexibilidad limitada en la prestación de servicios no complejos (es decir, para la contratación pública de servicios en que la calidad y la pericia técnica sean factores importantes, pero no primordiales).

51. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota, sin embargo, del detenido análisis que se hizo de esas cuestiones en la preparación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, y tener en cuenta esa consideración al decidir una eventual reapertura del debate.

D. Evaluación y comparación de ofertas, y la contratación pública como medio para promover políticas industriales, sociales y ambientales

52. En el párrafo 4 del artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se enuncian los criterios para la evaluación de las ofertas, y se dispone que los criterios para determinar la oferta que resulte más económica pueden permitir que la contratación sirva para promover objetivos industriales, sociales o ambientales. Entre esos objetivos cabe incluir la promoción del desarrollo industrial nacional (por medio de la exclusión de proveedores extranjeros, la concesión de preferencias y la contratación de un único licitante en circunstancias limitadas). Al determinarse los criterios para adjudicar el contrato, cabe tener en cuenta también los efectos derivados de los tipos de cambio. Hay mecanismos

expresos de control encaminados a asegurar que los criterios de adjudicación sigan siendo objetivos cuantificables y que se revelen de antemano a los proveedores.

53. Algunos observadores han opinado que esas políticas pueden repercutir negativamente tanto en la eficiencia como en la economía del proceso de contratación pública, pero que desempeñan un papel relevante en la ejecución de la política interna de los Estados. Además, se ha señalado que se está considerando tanto el concepto de objetivos regionales como el de los objetivos nacionales. En consecuencia, se ha sugerido que se perfeccione la Ley Modelo a fin de mantener o de lograr un mejor equilibrio entre los objetivos de economizar costos y de dar la máxima eficiencia a la contratación pública, así como otros objetivos normativos.

54. En vista de que se ha puesto en duda la eficiencia de las preferencias y su efecto sobre la transparencia, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si habría razones que pudieran justificar tratar la cuestión de las preferencias en general, y en particular si habría que fijar una preferencia máxima en la Ley Modelo (expresada en términos monetarios, de requisitos de aprobación o rechazo o de otro modo), dar orientación pertinente en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno. Si el Grupo de Trabajo decide hacer una revisión del papel de los objetivos sociales y económicos en la contratación pública, tal vez desee estudiar si sería adecuado, en aras de una mayor transparencia, limitar criterios de evaluación como la fijación de precios contables en moneda extranjera y las consideraciones de comercio compensatorio (ambas permitidas en el apartado d) del párrafo 4) del artículo 34 de la Ley Modelo). El Grupo de Trabajo tal vez podría plantearse la posibilidad de que las disposiciones del artículo 34 de la Ley Modelo, que permiten la concesión de preferencias a los proveedores locales (nacionales), se hicieran extensivas a los proveedores regionales. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en este contexto si debería actualizarse la Guía, que analiza criterios que permiten la evaluación y comparación de ofertas atendiendo otras metas normativas, y que observa que los Estados promulgantes pueden verse limitados también en su capacidad para conceder un trato preferente por ser miembros de organizaciones internacionales o regionales; el Grupo de Trabajo también podría plantearse si en la Guía deberían darse orientaciones más detalladas respecto de criterios suplementarios para la concesión de preferencias que tal vez los Estados que promulguen legislación deseen prever.

E. Vías de recurso y ejecución

Grado de aplicación de los recursos y de medidas de ejecución en la actualidad y disposiciones pertinentes en los regímenes internacionales e internos

55. Se considera que un sistema eficaz de supervisión y ejecución de las normas de contratación pública constituye un elemento importante de todo régimen transparente de la contratación pública, a lo que puede contribuir una revisión iniciada por un proveedor. En el régimen de la Unión Europea, el GPA de la OMC, el TLCAN y el borrador de Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) se prevén disposiciones que tienen como rasgo común exigir una revisión o reconsideración independiente. Los principios no obligatorios de la APEC (Cooperación Económica en Asia y el Pacífico) sobre contratación pública prevén también una disposición con un mecanismo para recibir reclamaciones de los

proveedores, aunque es flexible y no vinculante. Las directrices comunes acordadas por los bancos multilaterales de desarrollo para evaluar si los sistemas de contratación pública de los prestatarios son apropiados prevén también un sistema de revisión ante una entidad independiente, y el Banco Mundial ha recomendado este sistema a los Estados que se remiten a la Ley Modelo de la CNUDMI.

56. No obstante, los métodos de ejecución que aplican los Estados difieren considerablemente, en particular en lo relativo a la posibilidad de entablar una revisión a instancia del proveedor. Por ejemplo, en los Estados Unidos existe un sistema de revisión ya muy arraigado, que permite apelar ante autoridades y tribunales específicos. No obstante, en el Reino Unido y en los países que siguen el modelo británico no existe ninguna disposición legislativa general que rija tal revisión (salvo en la medida en que se hayan contraído obligaciones internacionales al respecto que prevean procedimientos de revisión judicial). En Francia se imponen sanciones administrativas a los órganos estatales que infrinjan el régimen de la contratación pública y los procesos se tramitan ante un tribunal administrativo. En otros países de derecho civil, como el Brasil, se combina la revisión administrativa, que puede suponer la suspensión del proceso de contratación pública, con la revisión judicial de las decisiones de contratación pública a cargo de los tribunales ordinarios y también con procedimientos penales especiales que sancionan toda violación de la legislación relativa a la contratación pública por entidades adjudicadoras.

Reglamentación de la cuestión en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y posible alcance de la revisión o reconsideración

57. Las disposiciones relativas a la reconsideración se enuncian en los artículos 52 a 57 de la Ley Modelo. Su alcance es limitado, y en una nota referente a las vías de recurso se indica que los Estados promulgantes podrían desear no incorporar a sus legislaciones todos esos artículos o algunos de ellos. Esas soluciones de la Ley Modelo consisten en simples orientaciones generales y dejan a los Estados promulgantes un gran margen de maniobra en la aplicación de la Ley Modelo. Por ejemplo, la Ley Modelo no regula la cuestión de la independencia del órgano de revisión administrativa ni la forma de la reparación (que podría consistir en resoluciones o recomendaciones), y no prevé procedimientos judiciales o cuasijudiciales. La Ley Modelo no contiene ninguna disposición que instituya el derecho a interponer recursos contencioso-administrativos, aunque el artículo 57 permite a los Estados promulgantes prever tales recursos de revisión judicial de modo que los tribunales correspondientes tengan competencia en materia de contratación pública.

Opciones normativas

58. Se han hecho propuestas para ampliar el alcance de las disposiciones relativas a la revisión. Por ejemplo, se ha preguntado lo siguiente:

a) ¿Debería formularse en la Guía una recomendación más articulada sobre la incorporación al derecho interno de disposiciones relativas a la revisión y sobre sus efectos, y debería darse una mayor orientación a los Estados, por ejemplo, en forma de disposiciones modelo?

b) ¿Deberían reforzarse las disposiciones relativas a la revisión administrativa, por ejemplo, previendo disposición que regulara los procesos independiente de reconsideración? y

c) ¿Debería darse asesoramiento y orientación más pormenorizada sobre el procedimiento de revisión judicial, inclusive acerca de las facultades de los tribunales y del plazo para solicitar una revisión, así como de la posible revocación de las decisiones incorrectas de contratación pública y de los recursos disponibles?

59. Además de esas preguntas, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si debe reexaminarse el alcance de las disposiciones relativas a los casos en que no se podrá interponer un recurso de reconsideración (párrafo 2) del artículo 52).

F. Otros asuntos

Otros métodos de contratación pública

60. Se ha sugerido que tal vez sería útil revisar la necesidad de recurrir a "otros métodos de cooperación pública", así como los requisitos pertinentes, enunciados en el capítulo V de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, a fin de tener en cuenta las reservas formuladas por algunas instituciones crediticias multilaterales y otros órganos en el sentido de que esos otros métodos son demasiado numerosos. Si bien en la Ley Modelo se señala que los Estados promulgantes no necesitan y tal vez no deban incorporar todos esos métodos a sus legislaciones, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la conveniencia de revisar las disposiciones relativas a algunos de dichos métodos.

61. Sobre determinados métodos se han formulado varias sugerencias. En primer lugar, la "licitación en dos etapas" (artículo 46), en vez de clasificarse como "otro método", podría considerarse una forma de licitación abierta, encaminada a perfeccionar las especificaciones a lo largo de la primera etapa del proceso de licitación, a fin de lograr una selección transparente en la segunda etapa. En segundo lugar, se ha observado que tal vez los métodos distintos de los procedimientos de licitación abierta se hayan utilizado en la práctica más de lo que se había previsto y que, en consecuencia, cabría limitar las razones para recurrir a esos métodos, o requerir que se justificara su utilización o que se restringieran los supuestos en que pudiera recurrirse a dichos métodos. De esta manera, por ejemplo, las razones para proceder a una "licitación restringida" (artículos 20 y 47) podrían limitarse al costo "desproporcionado con respecto al valor de los bienes", eliminando el criterio del "número limitado de proveedores", y las justificaciones para recurrir a la "contratación con un solo proveedor o contratista" podrían limitarse excluyendo consideraciones extrínsecas, como la transferencia de tecnología, la fijación de precios contables en moneda extranjera (*shadow-princing*) o el comercio compensatorio (en vez de lo que prevé actualmente el párrafo 2) del artículo 22 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública). Además, la Ley Modelo podría prever el requisito de que se justificaran los procedimientos de "solicitudes de propuestas" y de "negociación competitiva" (artículos 48 y 49).

Participación comunitaria en la contratación pública

Antecedentes: la participación de la comunidad y las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

62. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no regula la fase de ejecución de un contrato en los proyectos de contratación pública. Según se ha opinado, la manera más eficiente de ejecutar un proyecto puede consistir a veces en hacer participar a los usuarios (participación comunitaria). Los usuarios tienen interés en que las obras que los afectan directamente se ejecuten de la manera óptima. La participación de la comunidad puede propiciar así una prestación sostenible de los servicios en sectores que no sean atractivos para empresas de mayor envergadura, como los de la salud, los servicios de extensión agrícola y la enseñanza extraoficial. Del mismo modo, la participación comunitaria puede promover otros beneficios, como el mejoramiento de la calidad del producto final, y, como los habitantes de la zona tienen interés en que se cumplan las normas mínimas y en que las obras se concluyan a tiempo, pueden disminuir las controversias en el lugar de las obras, y puede reducirse también la burocracia al recurrirse a procedimientos menos formales. Otros de los beneficios de la participación comunitaria son la creación de puestos de trabajo en la zona con el uso de tecnologías con gran densidad de mano de obra, la contratación de expertos y la utilización de materiales locales, el estímulo económico de las empresas locales y una mejor rendición de cuentas de las autoridades municipales, que pueden formar parte de los objetivos sociales del Estado promulgante.

63. Se ha observado que la participación comunitaria ha dado óptimos resultados en los proyectos de obras a pequeña escala (como la instalación de pozos sépticos en comunidades rurales), en la distribución de alimentos básicos y en la prestación de servicios sociales en materia de salud (por ejemplo, a madres y lactantes).

64. No obstante, la participación comunitaria también puede plantear dificultades (y se ha observado que la comunidad dispone en tal caso de un margen discrecional inaceptable, que puede dar pie a abusos). En primer lugar, la participación comunitaria puede resultar más eficaz si gestionan los proyectos entidades que pueden no tener capacidad de contratación en el Estado interesado. En segundo lugar, existe el riesgo de que la envergadura de los proyectos supere la capacidad de la comunidad; de que se requiera investigación para ajustar los métodos y materiales a las condiciones locales; de que surjan problemas de corriente de efectivo; y de que el mantenimiento de registros y la rendición de cuentas, así como las medidas para evitar abusos, planteen problemas. Por lo tanto, puede ser conveniente prestar asistencia técnica y que un director de proyecto haga frente a esos riesgos, pero todo ello puede entrañar costos considerables.

La participación comunitaria en la actualidad y disposiciones pertinentes en los regímenes internacionales e internos

65. Se han observado diferencias entre los regímenes de la contratación pública de los Estados que regulan la participación comunitaria.

66. El requisito de la participación de la comunidad local puede ser uno de los criterios para la selección del método de contratación pública o para la adjudicación del contrato. Otra posibilidad es que las ofertas de los licitantes prevean la

participación comunitaria, si así lo deciden, y las entidades adjudicadoras pueden entonces comparar esas ofertas óptimas; también puede fijarse, como requisito de ejecución, el empleo de mano de obra o materiales locales, o puede asignarse una parte del presupuesto del proyecto a la participación comunitaria. Por último, pueden concederse subsidios a las comunidades, por ejemplo, para ayudarlas a conseguir contratos de servicios públicos. No obstante, se ha observado también que las comunidades a las que los Estados promulgantes más puedan desear beneficiar con esos proyectos pueden no estar (jurídica o financieramente) en condiciones de celebrar contratos o de presentar ofertas, o no estar dispuestas a hacerlo.

67. Por cuanto la participación comunitaria puede entrañar gastos suplementarios, se ha indicado también que la contratación con un solo proveedor fuente puede ser la única manera de lograr los objetivos buscados.

Opciones normativas

68. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no regula concretamente la cuestión de la participación comunitaria, pero sus disposiciones son suficientemente flexibles para permitir que se recurra a algunos de los procedimientos anteriormente descritos. No obstante, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la Ley Modelo, y la Guía que la acompaña para su incorporación al derecho interno, deben abordar esos asuntos directamente. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si es conveniente tratar en disposiciones o reglamentaciones modelo, más que en la propia Ley Modelo, cuestiones como el porcentaje de fondos que puede destinarse a ese fin, los márgenes de preferencia, el grado de contratación de personas desempleadas o pertenecientes a grupos minoritarios, y la legislación que puede ser necesaria para permitir la contratación de asociaciones o grupos no constituidos en sociedades mercantiles.

Simplificación y normalización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

69. Se ha observado que algunos Estados promulgantes han optado por no adoptar algunas de las partes más detalladas de la Ley Modelo por considerar que no han resultado necesarias para sus respectivas legislaciones. Se ha estimado también que tal vez resulte útil reestructurar la presentación de parte de la Ley Modelo para que ayude a los Estados promulgantes a formular su legislación.

70. Por lo tanto, y a la luz de las enmiendas, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar las cuestiones señaladas en la presente nota y en el documento A/CN.9/WG.1/WP.31, a fin de determinar si cabría mejorar la estructura de la Ley Modelo y simplificar su contenido, por ejemplo, reordenando sus disposiciones o eliminando las que sean innecesariamente detalladas. Se sugirió, por ejemplo, que algunas disposiciones que actualmente figuran en el texto de la Ley Modelo se adjuntaran a un anexo de la Ley, o se enunciaran en forma de disposiciones modelo en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno. Como ejemplos se citaron el párrafo 3) del artículo 7, en el que se detalla el contenido de los documentos de precalificación; el artículo 25, en el que se especifica lo que debe figurar en las convocatorias a licitación y a precalificación; el artículo 27, en el que se reseña la información que debe contener el pliego de condiciones; el artículo 38, relativo al contenido de las solicitudes de propuestas de servicios con arreglo al método principal de contratación pública de servicios; y el párrafo 4) del artículo 48,

que regula el contenido de las solicitudes de propuestas conforme al procedimiento de solicitud de propuestas.

Legalización de documentos

Antecedentes

71. Las entidades adjudicadoras exigen a veces la legalización de documentos a quienes deban demostrar sus calificaciones para participar en un proceso de licitación (por ejemplo, cuando en el proceso se prevea una etapa de precalificación); el requisito de legalización de los documentos puede requerir tiempo y resultar costoso para los proveedores. Además de su efecto disuasorio, el incremento de los gastos generales de los proveedores puede hacer que, total o parcialmente, se traspase a las entidades adjudicadoras.

Reglamentación de la cuestión en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

72. El artículo 10 de la Ley Modelo dispone que, cuando la entidad adjudicadora exija la legalización de los documentos presentados, no impondrá requisito alguno, respecto de esa legalización, que no esté ya previsto en la legislación del Estado pertinente en la materia. No obstante, la Ley Modelo no restringe la facultad de las entidades adjudicadoras para exigir la legalización de los documentos probatorios.

Opciones normativas

73. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de enmendar el artículo 10 de la Ley Modelo a fin de que las entidades adjudicadoras sólo estén facultadas para exigir la legalización de los documentos del licitante que haya obtenido el contrato. Si el Grupo de Trabajo decide tal enmienda, tal vez desee introducir los consiguientes cambios, concretamente en las normas de entrada en vigor del contrato, a fin de que si el proveedor no cumple el requisito de legalización de los documentos, el contrato pueda no entrar en vigor.