

**Asamblea General**

Distr. limitada
17 de febrero de 2005
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
Séptimo período de sesiones
Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005

**Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre
la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios:
cuestiones suscitadas por la utilización de las
comunicaciones electrónicas en la contratación pública**

**Estudio comparado de la experiencia adquirida en
el empleo de la subasta electrónica (inversa) en la
contratación pública**

Nota de la Secretaría

*[Los capítulos I a III (secciones A y B) han sido publicados en el documento
A/CN.9/WG.I/WP.35]*

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
III. Marco reglamentario y práctica seguida en el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública: estudio comparado	1-47	2
C. Aspectos de procedimiento de la subasta electrónica inversa (SEI)	1-47	2
1. Etapa previa a la subasta	2-21	2
2. Etapa de la subasta	22-37	7
3. Etapa subsiguiente a la subasta	38-47	11
IV. Conclusión	48-55	14



III. Marco reglamentario y práctica seguida en el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública: estudio comparado

C. Aspectos de procedimiento de la subasta electrónica inversa (SEI)

1. El alcance de la reglamentación de los aspectos de procedimiento de la subasta electrónica inversa (SEI), denominada en ocasiones subasta de puja descendente, dependerá de la posición que ocupe la SEI respecto de los demás métodos de contratación pública. Si bien cabe observar muy pocas divergencias en lo concerniente a la reglamentación de la subasta propiamente dicha, las etapas previas y posteriores a la subasta suelen estar reguladas de modo distinto según que la SEI sea una etapa adicional optativa respecto de algún otro método de contratación pública (es decir, el método de una “etapa optativa”) o si constituye un método de contratación pública propiamente dicho o en sentido propio (“método autónomo”) (véase A/CN.9/WG.I/WP.35, párrs. 26 y 27). En el primer supuesto, la mayoría de los aspectos de procedimiento del proceso de contratación pública previos y subsiguientes a la SEI, tales como la obligación de dar aviso de la subasta o de anunciarla y la identificación de los ofertantes o concursantes, así como el proceso de calificación de la aptitud o idoneidad, estarán regulados en el contexto del método de contratación pública que se esté siguiendo, en su conjunto, y no en el marco más estrecho de la etapa de la SEI propiamente dicha. Si se utiliza la SEI como método propio o autónomo, si bien seguirán siendo aplicables algunas reglas del régimen general de la contratación pública, la mayoría de los aspectos procesales o de procedimiento de la subasta serán objeto de alguna reglamentación aparte. En las secciones que figuran a continuación se irán abordando aspectos propios de la subasta propiamente dicha y de aquellas etapas previas y posteriores a la subasta, que suelen ser objeto de disposiciones expresamente destinadas a la SEI en las reglamentaciones existentes.

1. Etapa previa a la subasta

2. Con independencia de que se vaya a recurrir a la SEI como etapa optativa del proceso de adjudicación o como método propio o autónomo de contratación pública, la decisión de recurrir a la subasta electrónica inversa (SEI) en el curso del proceso habrá de ser adoptada al planificarse la adjudicación del contrato, dado que dicha decisión deberá figurar reflejada en el anuncio del contrato adjudicable (véase párr. 7, *infra*). En algunos regímenes, está prevista una herramienta en línea que ayudará a la entidad adjudicadora a evaluar la idoneidad de la SEI para la adjudicación de determinado contrato¹.

3. Si la entidad adjudicadora decide organizar una SEI, deberá: a) dar aviso de la SEI, anunciándola, por lo general, simultáneamente a la publicación del pliego de condiciones; b) identificar y seleccionar a concursantes eventuales e invitarles a participar en la SEI; c) aclarar el pliego de condiciones y prestar toda otra asistencia que los concursantes eventuales puedan necesitar para prepararse para la SEI; d) evaluar las propuestas iniciales de todo concursante eventual; y e) adoptar toda otra medida requerida para el desarrollo de la SEI (por ejemplo, contratar los servicios de un tercero que haya de prestar servicios electrónicos para el desarrollo de la SEI).

Prestadores de servicios SEI

4. El desarrollo de la SEI podrá ser dirigido por la propia entidad adjudicadora², valiéndose, bajo licencia, de todo programa informático disponible para dicho cometido, o podrá correr a cargo de un tercero especializado en la técnica de la SEI, que se haya contratado para que se encargue de esa tarea. Dicho tercero podrá ser una empresa privada seleccionada por alguna vía de contratación competitiva, como sucede en Australia y en el Reino Unido³, o alguna agencia estatal centralizada de compras públicas que, como sucede en Estados Unidos, suele prestar servicios SEI a otras entidades públicas del país⁴. Todo tercero prestador de servicios SEI cobrará normalmente alguna comisión por dichos servicios. Esas comisiones podrán adoptar, entre otras, las siguientes modalidades: a) una tasa porcentual del precio de la oferta ganadora de la subasta; b) una tasa porcentual fija convenida por adelantado; y c) una tasa fija preestablecida. Dicha comisión correrá a cargo de la entidad adjudicadora, del concursante u ofertante ganador, o de uno y otro a la vez. La comisión abonable deberá cubrir todo otro gasto o carga cobrable como pudiera ser por concepto de anuncios, seguros, comisiones administrativas, tasa abonable por tiempo de conexión y toda otra tasa o carga eventual.

5. Los países objeto del presente estudio no parecen haber reglamentado expresamente el comportamiento que habrá de observar todo tercero que haya de prestar servicios SEI, aparte del requisito general de que toda empresa a la que se encomiende una función al servicio de la contratación pública ha de obrar en nombre de la entidad estatal interesada y de conformidad con las prácticas, procedimientos y requisitos aplicables a la contratación pública. En al menos uno de dichos países, se ha prohibido explícitamente delegar toda decisión estratégica importante a un prestador de servicios externos⁵. Las funciones encomendadas a una empresa prestadora de servicios externos suelen ser de índole propiamente procesal, tales como instalar todo sistema o procedimiento que sea requerido para el desarrollo de la SEI, prestar toda asistencia o capacitación requerida por los proveedores concursantes, cerciorarse de la seguridad y fiabilidad del sistema y de la disponibilidad de opciones auxiliares, encargándose de llevar un expediente de la SEI y de preservar la documentación electrónica que proceda⁶.

6. En el Brasil, sólo cabe encomendar la adjudicación de un contrato por SEI a los denominados subastadores inversos⁷, que han de ser empleados de la entidad adjudicadora debidamente acreditados tras haber sido adecuadamente formados⁸.

Anuncio de una SEI, su contenido y los medios de difusión por los que la subasta habrá de anunciarse

7. Se acostumbra a exigir, en general, que toda decisión concerniente a la organización de una SEI debe ser puesta en conocimiento de todo concursante eventual por medio del correspondiente anuncio del contrato que se vaya a adjudicar⁹. El contenido y los medios para la divulgación del anuncio se regirán, en los sistemas que reconocen a la SEI como fase optativa de ciertos otros métodos de contratación, por las reglas generales que sean aplicables al contenido y a los medios de divulgación de todo anuncio de un contrato adjudicable. Además, conforme a las nuevas directivas de la UE, se han de incluir entre las especificaciones del anuncio los siguientes datos expresamente aplicables a la SEI: a) los rasgos distintivos del valor adjudicable por medio de una subasta electrónica

inversa; b) todo límite sobre el valor adjudicable por dicha vía; c) la información que se facilitará a los concursantes en el curso de la SEI; d) todo dato pertinente que concierna al procedimiento de la SEI; e) las condiciones para la presentación de toda oferta, particularmente en lo concerniente a la diferencia mínima entre una oferta y otra; y f) todo dato que sea del caso concerniente al equipo electrónico utilizado y a los mecanismos y especificaciones técnicas de la conexión¹⁰.

8. En los regímenes que reconocen a la subasta electrónica inversa como un método autónomo de contratación, el anuncio de una SEI habrá de darse habitualmente por conducto de Internet en el sitio *web* del registro público central de contratos adjudicables y/o en el sitio *web* de la entidad adjudicadora, así como en el sitio *web* de todo tercero prestador de servicios SEI¹¹. Los proveedores inscritos en algún registro central tal vez reciban por correo electrónico todo anuncio que se publique¹². El anuncio de una SEI debe contener aquellos datos que se juzguen necesarios para que todo proveedor eventual pueda determinar si le interesa participar en la subasta¹³. Suelen facilitarse los datos básicos habitualmente facilitados en una convocatoria a licitación, pudiéndose citar los siguientes: la identidad de la entidad adjudicadora, la naturaleza del contrato adjudicable, las condiciones contractuales¹⁴, y las normas de calidad y ejecución exigidas¹⁵. Cuando la participación en una SEI esté sujeta a la inscripción previa del concursante en un registro o a alguna prueba de precalificación, dicha circunstancia deberá ser indicada en el anuncio, junto con toda formalidad que los concursantes hayan de cumplir o toda competencia o aptitud que hayan de acreditar. Como mínimo deberán darse a conocer: a) la fecha, hora y modalidad de la apertura y de la clausura de la subasta electrónica inversa; b) la dirección *web* en donde se desarrollará la subasta electrónica inversa y en donde se podrá obtener el reglamento de la subasta, la documentación para la presentación de ofertas y todo otro documento conexas; c) los requisitos de inscripción y para la identificación de cada uno de los concursantes con ocasión de la apertura de la SEI; d) el número o el nombre que sirva para identificar el proceso de adjudicación; e) todo requisito técnico respecto del equipo informático utilizable para la SEI; f) todo dato concerniente al procedimiento que se vaya a seguir durante la subasta, indicándose el modelo de subasta utilizado, si se desarrollará en una o en varias etapas, y, de ser éste el caso, cuál será el número de etapas y su duración; g) el incremento mínimo autorizado entre cada dos ofertas; y h) el tipo de información que se facilitará a los participantes en el curso de la subasta¹⁶.

9. Se suelen facilitar algunos otros datos, como el precio de apertura de la SEI¹⁷ así como la información concerniente a todo tercero que haya de prestar servicios SEI. En el Brasil, se exige que la entidad adjudicadora indique expresamente el hecho de que una subasta vaya a desarrollarse por vía electrónica, y a que facilite todo dato que proceda respecto de todo centro de llamadas o de auxilio técnico que se haya previsto, así como el nombre y las calificaciones profesionales del subastador inverso o de la persona encargada de la subasta¹⁸. En Australia, se recomienda indicar en el anuncio que la entidad adjudicadora no quedará automáticamente obligada por el resultado de la SEI.

Facilitación del pliego de condiciones

10. En todo sistema por el que se reconozca a la SEI la condición de fase optativa del procedimiento que se esté siguiendo, el régimen general de la contratación

pública será aplicable a la publicación y distribución del pliego de condiciones. En los regímenes que reconocen a la SEI la condición de método de contratación autónomo, el pliego de condiciones deberá ser facilitado a los concursantes eventuales al publicarse el anuncio de la SEI¹⁹.

Identificación y selección de los concursantes eventuales

11. En los regímenes que reconocen a la subasta electrónica inversa como una fase optativa del procedimiento seguido, los proveedores deberán inscribirse y demostrar su aptitud o idoneidad para participar en el proceso de contratación por la vía que sea habitual para el método de contratación seleccionado y no se impone requisito alguno de aptitud o de inscripción que esté pensado en función de la etapa SEI del procedimiento. Únicamente aquellos concursantes que hayan presentado una oferta admisible a la luz de su evaluación inicial serán admitidos a la SEI²⁰. Por lo general, la ley suele exigir que el número de concursantes admitidos sea lo bastante elevado para que la SEI resulte competitiva²¹. En la práctica, los concursantes admitidos pueden estar obligados a efectuar algún trámite adicional previo a la subasta, como sería el de procurarse el código de seguridad que les dé acceso al sistema utilizado.

12. En aquellos regímenes en los que se reconoce a la subasta electrónica inversa como un método autónomo de contratación, se exige, como mínimo, la inscripción de todo concursante eventual, lo que supondrá, en particular, la asignación de un número de identificación y de un código de acceso al sistema para participar en la SEI. En algunos regímenes, se exige también la precalificación de los concursantes²². En otros regímenes se faculta meramente a la entidad adjudicadora para poder imponer una prueba de precalificación, además del requisito de inscripción²³.

13. En el Brasil y en China se exige únicamente el requisito de inscripción. En el Brasil, la subasta electrónica inversa estará abierta a todo proveedor inscrito en el registro central de contratistas y proveedores (SICAF)²⁴. Todo concursante interesado en determinada SEI deberá inscribirse expresamente para dicha subasta expresando su interés con una antelación de al menos tres días respecto de la fecha de apertura de la subasta²⁵. Las calificaciones de los concursantes no serán evaluadas en esta etapa²⁶, sino al finalizar la subasta y únicamente respecto del ganador²⁷. En China, las SEI están únicamente abiertas a los miembros de una red local de contratación pública en línea que acostumbra a organizar cada centro local de contratación pública²⁸. No se exige el pago de cuota alguna de miembro pero toda empresa proveedora interesada deberá probar unas calificaciones mínimas, entre las que cabe citar su capacidad jurídica, su solvencia financiera, crediticia y fiscal, la calidad de sus servicios de posventa, un desembolso mínimo del capital suscrito de la empresa y su acceso a Internet²⁹. Todo miembro de la red podrá participar en toda SEI anunciada a través de la misma, sin tener que cumplir ningún requisito adicional de inscripción o de precalificación.

14. En Austria, se han previsto dos tipos de subasta electrónica inversa: la SEI de participación limitada y la SEI de participación abierta³⁰. La decisión respecto del número de concursantes se dejará al arbitrio de la entidad adjudicadora, pero, para cada subasta de participación limitada, se requerirá una participación mínima de 10 concursantes. En una y otra categoría de SEI, se convoca a un número ilimitado de proveedores eventuales a que presenten su solicitud para participar en la SEI. Dichos solicitantes serán objeto de una prueba de precalificación o preselección que

cumple dos finalidades: determinar cuáles de los aspirantes reúnen los requisitos mínimos para cumplir satisfactoriamente el contrato y, en el supuesto de que el número de aspirantes debidamente calificados supere al número de concursantes que la entidad desee invitar a la subasta, seleccionar cuáles de esos proveedores calificados deben ser convocados a la subasta propiamente dicha³¹. Si el número de solicitudes es superior a lo previsto por la entidad adjudicadora, dicha entidad deberá seleccionar a los mejores solicitantes a la luz de los criterios de selección prefijados (que deberán ser objetivos, no discriminatorios, y publicados por adelantado, y que deberán haber sido fijados a la luz de las necesidades del contrato adjudicable). De recibirse un menor número de solicitudes que lo planificado, la entidad adjudicadora deberá retirar su convocatoria de una SEI, si estima que el número de competidores es insuficiente para su éxito³².

Participación de concursantes extranjeros

15. La cuestión del acceso de concursantes extranjeros a una subasta electrónica inversa suele ser resuelta a la luz de los principios aplicables a toda modalidad similar de contratación pública³³. Ahora bien, se ha observado que la manera en que funcionan las subastas electrónicas inversas en cierto número de países discriminan de hecho contra los concursantes extranjeros. En particular, la SEI suele desarrollarse en el idioma local, y no existe en la actualidad ninguna versión plurilingüe del programa informático aplicable (aunque se estudia en algunos países la posibilidad de introducir alguna versión plurilingüe). Los requisitos de inscripción pueden suponer asimismo un obstáculo para el concursante extranjero, ya que se exigen a menudo condiciones favorables al concursante del lugar.

Convocatoria a la subasta

16. De haberse procedido a precalificar o seleccionar a los concursantes para una SEI, la convocatoria a la subasta irá dirigida a los candidatos que hayan sido precalificados o seleccionados³⁴. En los regímenes que reconocen a la SEI como una fase optativa del procedimiento seguido, todo concursante que haya presentado una oferta admisible será invitado a participar en la SEI³⁵.

17. Conforme a las nuevas directivas de la UE, la convocatoria a una SEI debe facilitar la información requerida para que todo proveedor interesado pueda conectar con el equipo electrónico que se vaya a utilizar. Deberá indicar la fecha y hora de apertura y de clausura de la subasta electrónica, así como el número de etapas previstas; el horario de cada etapa de la subasta; y el plazo que debe transcurrir entre la presentación de la última oferta y la clausura de la subasta electrónica. Cuando se vaya a adjudicar el contrato a la luz de las ofertas económicamente más ventajosas, la convocatoria será enviada junto con el resultado de la evaluación de idoneidad completa del correspondiente concursante y deberá indicar la fórmula matemática que se utilizará en la subasta para determinar toda reordenación automática prevista de las ofertas que se vaya a hacer en función de los nuevos precios y/o de los nuevos valores ofrecidos³⁶.

18. En Austria, no se ha señalado ningún requisito respecto del contenido de la convocatoria. La mayor parte de la información concerniente a la SEI suele facilitarse a los participantes al anunciarse la subasta, juntamente con el reglamento de la subasta³⁷.

Aclaración y modificación del pliego de condiciones

19. En la mayoría de los países, el régimen general de la contratación pública será aplicable a todos los métodos utilizables, incluida la SEI. En el Brasil, toda parte interesada podrá solicitar aclaraciones en línea o por conducto de algún centro telefónico designado al respecto, en cualquier momento del período destinado al anuncio de la subasta. Las aclaraciones facilitadas a algún solicitante serán subsiguientemente facilitadas a todo otro concursante interesado, pero sin identificar al solicitante original. La reglamentación aplicable en el Brasil faculta asimismo a la entidad adjudicadora para modificar el pliego de condiciones durante el período destinado al anuncio de la subasta y según cuál sea el contenido o el calendario previsible de las modificaciones, dicho plazo podrá ser prorrogado (véase párr. 24, *infra*).

Evaluación de las propuestas iniciales

20. La obligación de efectuar una evaluación inicial de las propuestas suele ser común a los regímenes que reconocen a la SEI como una fase optativa del procedimiento seguido y a los regímenes que reconocen a la SEI como un método autónomo. En el Brasil, la evaluación de las propuestas inicialmente presentadas suele hacerse únicamente para determinar el precio de apertura de la subasta. Esa evaluación se efectúa al iniciarse la subasta y una vez que todos los concursantes inscritos hayan presentado su precio inicial. El precio inicialmente presentado más bajo será anunciado como precio de apertura de la subasta³⁸.

Otras medidas previas a la subasta

21. Cabe prever otras medidas previas a la subasta destinadas a habilitar a los concursantes eventuales para participar con provecho en la SEI, por ejemplo, mediante cursillos de capacitación previa o la celebración de alguna subasta simulada³⁹.

2. Etapa de la subasta

22. En la etapa de subasta: a) los concursantes abren una pantalla pulsando la dirección indicada en el anuncio o la convocatoria de la subasta, según sea el caso para lo que se valdrán del número de identificación y del código personal que se les haya asignado para poder participar en la subasta; b) el contrato o los objetos subastables serán anunciados (normalmente se describirán en la pantalla los objetos cuya compra se vaya a adjudicar); c) se anunciará el reglamento de la subasta (es decir, la hora de apertura, su duración, la oferta mínima, el método de clausura, etc.); y d) la convocatoria a presentar ofertas será anunciada simultáneamente a todos los concursantes⁴⁰.

23. Los pormenores de la etapa de subasta no suelen estar reglamentados, ya que se suelen dejar a cargo de la entidad adjudicadora o del tercero que haya de prestar servicios SEI. Esos pormenores pueden variar según cuál sea la importancia y la complejidad del contrato adjudicado. Los reglamentos actualmente aplicables suelen regular el calendario de la subasta, los requisitos para la presentación de ofertas y la información que habrá de divulgarse en el curso de la subasta.

Calendario

24. Suele exigirse que transcurra cierto plazo mínimo entre el anuncio o la convocatoria de la subasta, según sea el caso, y la apertura de la misma⁴¹. En la práctica, cuanto más complejo sea el objeto de la contratación pública, más prolongado será dicho plazo.

25. Por lo general, la reglamentación aplicable deja cierto margen de flexibilidad a la entidad adjudicadora en lo concerniente a la clausura de la subasta. Por ejemplo, con arreglo a las nuevas directivas de la UE, se han previsto diversas modalidades de clausura: a) en la hora y fecha previamente fijadas y comunicadas a los concursantes en la convocatoria; b) al dejar de recibir la entidad adjudicadora nuevos precios o nuevos valores que cumplan con el valor diferencial mínimo exigible entre dos ofertas sucesivas; o c) cuando se haya completado la cifra de fases anunciadas en la convocatoria⁴². El régimen de la contratación pública austriaco ha previsto la posibilidad de que la entidad adjudicadora clausure la subasta si existe alguna razón objetiva grave que lo justifique (“fracaso de la subasta”)⁴³. El final del período de subasta podrá ser fijado electrónicamente o, conforme sucede en el Brasil, de estar expresamente previsto en el anuncio de la subasta, dicha clausura podrá ser anunciada por el encargado de la subasta⁴⁴. El sistema brasileño permite que los concursantes impugnen la hora de clausura fijada y soliciten alguna prórroga de la subasta. Ahora bien, el encargado de la subasta estará facultado para atender o no a dicha solicitud⁴⁵.

26. En la práctica, cuanto mayor sea el valor y la complejidad del contrato adjudicable, tanto más larga suele ser la duración de la SEI. Raras veces sucede que una SEI sea clausurada al expirar un plazo fijo (a veces denominado “término de clausura rígida”). Por lo general, la hora de clausura de una SEI será automáticamente prorrogada por un plazo previamente especificado (p. ej., de cinco minutos), caso de que se haya recibido, en los últimos minutos (p. ej., dos minutos antes de la hora de clausura), una nueva oferta más baja o que haya alterado el orden de las ofertas mejor puntuadas (p. ej., una de las tres ofertas mejor puntuadas). Esas prórrogas pueden ser continuas e indefinidas (denominadas de “clausura indefinida”) o por tiempo limitado (p. ej., tres prórrogas de cinco minutos como máximo). Dicho proceso puede proseguir hasta que no se presente ninguna oferta más baja dentro del plazo fijado para la clausura. En algunas directrices se recomienda que la posibilidad de prórroga sea reservada a los contratos adjudicables de elevado valor, ya que dichas prórrogas pueden imponer excesiva presión sobre los concursantes para rebajar su oferta imprudentemente y puede perjudicar a todo concursante que disponga de tiempo limitado para asistir a la SEI.

Requisitos de oferta

27. Algunos reglamentos declaran que serán únicamente admisibles las ofertas presentadas en línea⁴⁶. En algunos países, este requisito va implícito en la definición de subasta electrónica inversa⁴⁷. Por el contrario, cabe que una entidad adjudicadora permita que un concursante participe en la SEI por procuración o poder, por ejemplo, de existir algún problema técnico que impida que algunos de los concursantes participen en la SEI, con tal que dicha opción sea anunciada por adelantado y ofrecida a todo participante sin discriminación alguna⁴⁸.

28. De ser el precio el único factor que sea objeto de la SEI, lo normal es que el valor de cada nueva oferta haya de ser necesariamente más bajo que el de la última oferta presentada en la subasta. En Rumania, se dispone expresamente que toda nueva oferta cancelará la anterior⁴⁹. En el Brasil, de depositarse dos ofertas iguales, se consignará únicamente la primera oferta inscrita.

29. En Austria y en Polonia, al finalizar cada ronda de la subasta, se elimina a todo concursante que no haya presentado oferta alguna o que no haya mejorado su oferta por el factor diferencial prescrito⁵⁰. Toda entidad adjudicadora deberá ocuparse de que todo concursante excluido sea informado sin demora de su exclusión y de los motivos que la justifiquen y que se le impida seguir participando en la subasta⁵¹. En el Brasil, no se prescribe nada respecto de la exclusión eventual de algún concursante por el encargado de la subasta, pero todo ofertante podrá retirar su oferta en cualquier momento y, si ha perdido interés en proseguir, podrá desconectarse en todo momento de la subasta electrónica. La hora en que se desconecte quedará automáticamente inscrita en el expediente del curso de la subasta y figurará en el expediente final de la SEI.

Información divulgada en el curso de la subasta

30. Un rasgo inherente a toda SEI es que permite que toda información concerniente al curso de la subasta sea facilitada automática e instantáneamente a todo concursante, a medida que el proceso abierto vaya avanzando. Se ha observado que, de no reglamentarse como es debido, este rasgo de la SEI puede suscitar cierta inquietud, particularmente desde una perspectiva del régimen legal aplicable en materia de competencia leal⁵².

31. La mayoría de los reglamentos se muestran flexibles en lo concerniente al alcance de la información que ha de divulgarse. En algunos regímenes, se enuncia un requisito general de que se ha de facilitar a los concursantes cierta información básica sobre el progreso de la subasta, como pudiera ser todo dato que permita que un concursante se cerciore del rango o de la puntuación relativa de su última oferta⁵³, así como del número de concursantes que participan en el proceso de adjudicación⁵⁴, y el tiempo durante el cual la subasta inversa seguirá abierta. Para determinar la puntuación relativa de las ofertas, algunos regímenes permiten la divulgación en tiempo real del precio más bajo ofrecido⁵⁵ mientras que en otros sólo se divulgará la puntuación y el rango de las ofertas, sin darse a conocer los precios⁵⁶. En algunos otros regímenes, como sucede en Francia, se informará a los concursantes del nivel en curso de las ofertas de los demás concursantes⁵⁷. Conforme a las nuevas directivas de la UE y la normativa legal austríaca aplicable, se podrá divulgar información concerniente al precio o el valor de las demás ofertas presentadas, con tal de que las especificaciones o el reglamento de la subasta, que sea aplicable, haya previsto que dicha información sea divulgada⁵⁸. En la práctica es frecuente que los proveedores reciban información no sólo sobre el rango o la puntuación de su propia oferta sino sobre el margen por el que habrán de mejorar su oferta para obtener el contrato (lo cual puede suscitar inquietud a la luz del régimen usualmente aplicable, a este respecto, a la contratación pública).

32. Un rasgo distintivo del sistema SEI es la posibilidad de que el encargado de la subasta inversa y los concursantes comuniquen entre sí a través de la denominada “charla” (“chat”), una herramienta que sirve para aclarar ciertos puntos de común entendimiento entre el encargado de la subasta y los concursantes en lo concerniente

al desarrollo de la subasta electrónica, tales como las condiciones de los documentos de oferta, las especificaciones, toda suspensión o prórroga eventual y las ofertas anormalmente bajas. Cualquiera de las dos partes puede iniciar la charla. Las comunicaciones intercambiadas durante la charla serán visibles a los demás participantes en la subasta. La charla estará abierta únicamente para intercambios entre el encargado de la subasta electrónica inversa y cada uno de los concursantes o proveedores, pero no entre los propios concursantes. No se ha reglamentado nada en el Brasil respecto al recurso a esta técnica de la charla, que funciona, no obstante, como una de las aplicaciones que ofrece COMPRASNET⁵⁹.

33. La práctica general, a menudo avalada por la ley, es que no se revelará a los demás concursantes la identidad del concursante que haya presentado determinada oferta⁶⁰. En algunos ordenamientos, ni siquiera se revela la identidad del concursante a la entidad adjudicadora⁶¹. Por lo general, toda obligación de anonimidad será aplicable hasta la clausura de la SEI⁶² y dicha anonimidad suele resguardarse mediante el recurso a alguna técnica o dispositivo informático. En el marco de algunos regímenes, la anonimidad de los concursantes suele respetarse incluso una vez concluida la subasta⁶³.

Suspensión de una subasta

34. En la mayoría de los países examinados, no se ha encontrado ninguna regla expresamente aplicable a la suspensión de una subasta electrónica inversa. Suele suceder que el régimen legal general aplicable a la contratación pública sea igualmente aplicable a la SEI, por ejemplo, el foro judicial o la autoridad supervisora competente podrán ordenar una suspensión. En la práctica de muchos países, la entidad adjudicadora goza de un amplio margen de flexibilidad para suspender toda subasta electrónica inversa y fijar el calendario de toda suspensión que haya ordenado.

35. Al menos un país, el Brasil, ha abordado expresamente este punto en el contexto de la subasta electrónica inversa. La causa habitual por la que se suspende una subasta suele ser alguna avería o problema de la vía electrónica utilizada. Si el encargado de la subasta se desconecta de la red, la SEI permanecerá abierta a los concursantes por un plazo de hasta 10 minutos. El encargado de la subasta podrá retornar a la oferta tan pronto como le sea posible, sin causar perjuicio alguno a ninguna de las ofertas presentadas durante el tiempo que estuvo desconectado. Ahora bien, si el encargado de la subasta sigue desconectado por más de 10 minutos, la SEI quedará suspendida y sólo será reanudada en la fecha y hora que el encargado notifique a los concursantes a través del sitio *web* de COMPRASNET⁶⁴. La desconexión de un concursante no suspenderá, en principio, la subasta. Si dicha desconexión ocurre por alguna falta de la entidad adjudicadora o de algún dispositivo administrado por una autoridad pública, el concursante podrá solicitar la suspensión o la cancelación de la subasta o reclamar indemnización de la autoridad pública responsable. Si la desconexión es imputable a algún tercero, como pudiera ser el prestador de servicios Internet al concursante, el concursante podrá reclamar contra él únicamente, por concepto de daños. De quedar algún concursante desconectado, dicho concursante podrá contactar un centro de llamadas o servicio de auxilio técnico (gratuito) que se mantendrá en funcionamiento a lo largo de toda la subasta para informar sobre el curso de la misma. El encargado de la subasta podrá suspender la subasta electrónica inversa hasta que se restablezcan las

comunicaciones con todo concursante interesado o, de prolongarse la interrupción más de 10 minutos, podrá aplazar la subasta, fijando la fecha y hora en que se reanudará.

36. El régimen legal brasileño permite suspender la subasta por otros motivos. La decisión de suspender una SEI compete al encargado de la subasta que podrá actuar a instancia de los concursantes o por iniciativa propia. Por ejemplo, cabe que los concursantes pidan una suspensión temporal para reconsiderar sus ofertas, que les podrá ser otorgada por el encargado de la subasta. Toda suspensión que haya sido decretada, junto con su motivación, quedarán automáticamente reflejadas en el expediente de la subasta electrónica inversa. Cabe señalar, que la subasta no se suspenderá a raíz de la presentación de una queja por un concursante (este método permite que las quejas sean presentadas en línea por medio de un servicio electrónico expresamente facilitado por el sitio *web* de la SEI), pero el encargado de la subasta deberá despachar dichas quejas antes de clausurar la SEI.

Formación y mantenimiento de expedientes

37. En la mayoría de los países estudiados, el régimen habitualmente aplicable a la preservación de la documentación concerniente a cada proceso de adjudicación, que se haya abierto, suele ser también aplicable a la subasta electrónica inversa⁶⁵. Conforme a otros regímenes esta obligación estará expresamente diseñada para la SEI, previéndose la grabación electrónica del curso de la subasta y de todo dato concerniente a la misma⁶⁶. En el Brasil, COMPRASNET se encarga de levantar automáticamente acta de las actuaciones de la subasta electrónica inversa y de formar un expediente de la misma, que deberá ser firmado electrónicamente por el encargado de la subasta y los concursantes, y que COMPRASNET publicará en su sitio *web* al clausurarse la subasta. Se formará y expedirá además un extracto de dicho expediente al Diario Oficial, que se publica sobre papel y en formato electrónico, al día siguiente. Por lo general, la entidad adjudicadora publicará también en su propio sitio *web* un extracto de dicho expediente⁶⁷.

3. Etapa subsiguiente a la subasta

38. En la etapa subsiguiente a la subasta, se efectuará la selección del ganador y se adjudicará el contrato. En dicha etapa, tal vez la entidad adjudicadora haya de ocuparse de toda queja o recurso que haya presentado algún concursante agraviado. Algunos regímenes han previsto deberes especiales para la entidad adjudicadora en orden a la supervisión del curso de una subasta electrónica inversa.

Selección del ganador

39. Al recurrirse a una subasta conforme al modelo 1 y 2 (véase A/CN.9/WG.I/WP.35, párr. 33), el ganador deberá ser dado a conocer al clausurarse la subasta y será normalmente el concursante que haya ofrecido la oferta más baja. De efectuarse la subasta conforme al modelo 3, el ganador no será conocido hasta que se haya completado la evaluación a la luz de todos los criterios aplicables, es decir, hasta que no se hayan tenido en cuenta aquellos criterios que no hayan sido incorporados a la subasta.

40. Ahora bien, aun cuando la subasta se haya efectuado conforme al modelo 1 o al modelo 2, puede haber supuestos en los que la oferta más baja no sea

necesariamente la oferta ganadora. Algunos regímenes permiten que el anuncio de la subasta electrónica inversa o el pliego de condiciones de la subasta indiquen que la decisión definitiva de aceptar una oferta queda al arbitrio de la entidad adjudicadora, a fin de darle margen para evaluar si el producto cumple con las normas técnicas o de calidad establecidas y si el proveedor estará en condiciones de satisfacer en todo momento el suministro (véase párr. 9, *supra*). En el Brasil, el concursante que ofrezca la oferta más baja puede ser descalificado al procederse a evaluar sus calificaciones, lo cual suele hacerse estando ya clausurada la etapa de subasta⁶⁸. En China, la oferta más baja puede ser invalidada por la entidad adjudicadora, por ejemplo, si esa oferta es superior al precio del mercado o si es anormalmente baja, así como en todo supuesto en que el concursante ganador haya cometido algún acto reprochable en el curso de la subasta o al efectuar su inscripción⁶⁹. Cabe señalar que de haberse producido un empate, se adjudicará el contrato al concursante más fiable⁷⁰. Algunos reglamentos expresamente destinados a la subasta electrónica inversa facultan expresamente a la entidad adjudicadora para rechazar todas las ofertas al clausurarse la subasta⁷¹.

41. Las reglamentaciones existentes suelen permitir a la entidad adjudicadora que acepte la segunda mejor oferta, si hubo de rechazarse por razones justificables la oferta más baja, con tal de que se anunciara por adelantado a los concursantes dicha posibilidad⁷². Ahora bien, conforme a otros regímenes, caso de invalidarse la oferta más baja, la entidad adjudicadora deberá volver a convocar la subasta o adoptar algún otro método de contratación pública⁷³.

42. En la mayoría de los países toda oferta presentada será vinculante para el ofertante⁷⁴ y la retirada de una oferta puede dar lugar a la pérdida de la garantía de oferta depositada, de haberse depositado una. Ahora bien, en los Estados Unidos se permite a los concursantes que presenten cotizaciones (en lugar de ofertas), que la ley de los Estados Unidos no conceptuará como una oferta vinculante hasta que la entidad adjudicadora no haya presentado un pedido que sea aceptado por el ofertante.

Anuncio del ganador

43. En algunos regímenes se exige que el nombre del concursante ganador sea dado a conocer inmediatamente al clausurarse la subasta en la dirección *web* indicada por el reglamento de la subasta⁷⁵. En otros países, el reglamento aplicable no exige que se dé a conocer inmediatamente el resultado de la SEI. En al menos una provincia de China, el reglamento aplicable recomienda que el resultado sea dado a conocer en un plazo de 48 horas tras la fecha de clausura⁷⁶.

44. Algunos regímenes regulan expresamente el contenido del anuncio que ha de darse de la oferta ganadora así como la identidad y otros datos del concursante ganador, el precio de la oferta ganadora⁷⁷, y el lugar donde deberá publicarse dicho anuncio (por ejemplo, en el sitio *web* indicado en el anuncio de la subasta)⁷⁸.

Adjudicación del contrato

45. Conforme a las nuevas directivas de la UE, los contratos deberán ser adjudicados tras la clausura de la subasta electrónica inversa en función del resultado de dicha subasta⁷⁹. Esas directivas no indican el momento preciso en el que haya de declararse adjudicado el contrato. Ese momento puede depender de la

vía de recurso que tal vez siga abierta a los concursantes. En Austria, el contrato no debe ser adjudicado hasta que hayan transcurrido tres días laborables desde la fecha en que se anunció la adjudicación del contrato; de lo contrario dicha adjudicación será declarada nula y sin efecto⁸⁰. El anuncio de la adjudicación del contrato deberá asimismo ser dado a los concursantes simultáneamente, y sin demora, por algún servicio electrónico o por telefax⁸¹. En China, si bien se ha de anunciar el momento de la adjudicación del contrato en el pliego de condiciones⁸², las reglamentaciones aplicables en algunas provincias recomiendan que ese momento no se dé a conocer hasta que hayan transcurrido tres días de la publicación del anuncio de la subasta⁸³.

Vía de recurso

46. En algunos países, existe una vía de recurso general que podrá ser seguida por los concursantes en una subasta electrónica inversa. En Austria se ha reglamentado con cierto detalle la vía de recurso que habrá de seguirse en una subasta electrónica inversa. Cabrá recurrir contra las siguientes decisiones de la entidad adjudicadora: la convocatoria (dentro de un plazo de 7 días), toda exclusión de un candidato (dentro de un plazo de 3 días), la selección de los concursantes admitidos a una subasta de participación limitada (dentro de un plazo de 3 días del anuncio de los concursantes seleccionados), y la decisión adjudicatoria (dentro de un plazo de 3 días a partir de la fecha en que se anuncie la adjudicación del contrato)⁸⁴. La ley permite asimismo que todo concursante cuya oferta haya sido desestimada solicite, a raíz de la publicación del nombre del concursante ganador, que se le den las razones por las que su oferta fue desestimada y que se le informe de las características o ventajas de la oferta que resultó ganadora. La ley obliga a la entidad adjudicadora a que informe al concursante cuya oferta fue desestimada, a raíz de la presentación de su solicitud, debiendo hacerlo al menos un día antes de que expire el plazo fijado, de la suma a la que se adjudicó el contrato y de las características y ventajas de la oferta ganadora. Toda entidad adjudicadora se verá exonerada de dicha obligación si la revelación de dichos datos fuera contraria al interés público, a ciertos intereses comerciales legítimos de alguna empresa o a las reglas aplicables en materia de competencia libre y leal⁸⁵.

47. Al menos un país, Estados Unidos, permite la reapertura de la subasta tras haber sido clausurada una SEI a raíz de alguna queja. Por ejemplo, en un dictamen concerniente a la *Royal Hawaiian Movers, Inc.*⁸⁶, la *Government Accountability Office (GAO)* sostuvo que la entidad adjudicadora podía volver a convocar una SEI que se había clausurado para aceptar propuestas revisadas concernientes al precio a fin de rectificar cierta ambigüedad al respecto en el pliego de condiciones, de la que uno de los concursantes se había quejado ante la entidad adjudicadora⁸⁷. La GAO resumió su dictamen en los siguientes términos:

“Pese a estar previamente dispuesto, en la convocatoria de propuestas, que toda revisión del precio podría efectuarse únicamente en el propio curso de la subasta inversa, el órgano competente decidió justificadamente solicitar la presentación de propuestas revisadas concernientes al precio estando ya finalizada la subasta, a raíz de una queja que le fue presentada de que los términos de la convocatoria resultaban ambiguos en lo concerniente a la clausura de la subasta, por lo que dicho órgano estimó justificadamente que algunos de los ofertantes pudieran haber obrado a la luz de una lectura errónea de dichos términos.”

IV. Conclusión

48. Los estudios empíricos demuestran que la subasta electrónica inversa (SEI) está siendo utilizada, en algunos países, para la contratación pública y que algunos otros están considerando introducirla igualmente para dicho fin. A la luz de la experiencia adquirida y de las iniciativas de ámbito regional e internacional, parece probable que este método de efectuar compras será aceptado como un método apropiado para la contratación pública. Parece estar emergiendo un consenso internacional de que, debidamente utilizado, la SEI puede suponer un notable ahorro para las entidades públicas que gestionan la contratación sin menoscabar en modo alguno ciertos objetivos de la contratación pública, que pueden verse incluso reforzados, como pudiera ser la economía y la eficiencia de la contratación, la equidad y el trato no discriminatorio de los proveedores, y la integridad y fiabilidad pública del proceso de contratación.

49. Se ha observado que la falta de reglamentación, o la insuficiencia de la misma, en algunos países donde se ha introducido la SEI, ha disuadido a algunas entidades adjudicadoras de recurrir a este método. Cabría reglamentar, sin caer en ningún exceso, las siguientes cuestiones: a) las circunstancias y el tipo de bienes y servicios para los que resulta apropiado recurrir a la SEI, indicándose además los supuestos en los que ese método no resulta apropiado; b) precauciones que deban adoptarse para no recurrir indebidamente a la SEI; y c) salvaguardias que pueden mitigar ciertos riesgos inherentes al empleo de la SEI. Aunque la mayoría de los aspectos de la subasta electrónica inversa deban ser abordados por la normativa legal y reglamentaria de la contratación pública, la introducción de este método de compra electrónica en la contratación pública puede requerir algún que otro reajuste en alguna otra rama pertinente del derecho, como pudiera ser en el campo del derecho público administrativo general o en lo concerniente a la normativa aplicable en materia de competencia libre y leal.

50. La Ley Modelo no se ocupa expresamente de la subasta electrónica inversa y algunas de sus disposiciones son directamente contrarias al empleo de dicho método. Por ejemplo, todo cambio importante de una oferta ya presentada, incluido su precio, y la divulgación de información concerniente a la oferta, están expresamente prohibidas (artículo 34 1) a) y 8)). La disposición por la que se reconoce el derecho a presentar una oferta por escrito y en un sobre sellado podrá ser invocada contra el recurso a una subasta electrónica inversa, en todo supuesto en el que el proveedor se muestre contrario a que se utilice dicho método (artículo 30 5)).

51. Por ello, el Grupo de Trabajo tal vez desee decidir: a) si se debe o no incorporar la subasta electrónica inversa al régimen de la Ley Modelo; b) de pronunciarse a favor de este método, el Grupo de Trabajo deberá decidir si la subasta electrónica inversa ha de considerarse como un método autónomo de contratación pública, o meramente como una fase optativa que cabrá incorporar al método seleccionado; y c) el contenido de toda reglamentación que se introduzca respecto de la subasta electrónica inversa.

52. Las principales ventajas que cabe prever de que la SEI sea conceptuada como un método de contratación autónomo son que: a) evitaría tener que incluir en las

disposiciones generales concernientes a los demás métodos de contratación pública toda modificación impuesta para dar cabida al recurso que se vaya a hacer en alguna etapa a una SEI, lo que podría hacer la reglamentación de dichos métodos excesivamente compleja; y b) permitiría que la autoridad pública competente limite los supuestos en los que quepa recurrir a una subasta electrónica inversa (por ejemplo, una SEI puede ser un método inapropiado en el marco de una licitación abierta). Los principales argumentos aducibles en favor de que se conceptúe a la SEI como fase optativa en el marco del método seleccionado son: a) su flexibilidad: la SEI se presta a ser utilizada en más de un método de contratación pública (por ejemplo, la licitación abierta, la licitación restringida y la licitación en dos etapas); y b) sólo se habrá de preparar una reglamentación especial para aquellos aspectos de la SEI que difieran de los supuestos previstos en las normas y prácticas habituales de la contratación pública, ya que seguirá siendo aplicable la reglamentación general de la metodología que debe seguirse en el proceso de contratación.

53. La selección del enfoque dependerá, en gran medida, de lo que decida el Grupo de Trabajo sobre las compras que podrán ser adjudicadas por medio de una SEI. Entre las decisiones conexas cabe también citar: a) el alcance de la subasta (es decir, la gama de variables del contrato adjudicable que serán subastables, por ejemplo, el precio únicamente, como sucede en el Brasil, o criterios adicionales al precio, como sucede en los Estados Unidos), así como la evaluación y los criterios utilizables para la adjudicación; b) el modelo de subasta (1, 2 y/o 3); c) los parámetros utilizables para impedir un recurso indebido a la subasta electrónica inversa; y d) en el supuesto de que el Grupo de Trabajo se pronuncie a favor del enfoque de la SEI como fase optativa de otros métodos, se habrá de determinar cuáles son los métodos de contratación a los que cabe incorporar una subasta electrónica inversa y si esa subasta ha de celebrarse necesariamente como etapa final del proceso de adjudicación que se esté siguiendo.

54. Cualquiera que sea el enfoque elegido, toda disposición expresamente destinada, en la Ley Modelo, a la subasta electrónica inversa deberá ser compatible con los principios y objetivos de su régimen y, en el supuesto de que se adopte el enfoque de la fase optativa, deberá ser también compatible con las reglas por las que se rija el método de adjudicación que se vaya a seguir (p. ej., en lo concerniente a los requisitos de transparencia y de publicidad).

55. La respuesta que se dé a las cuestiones de política legislativa suscitadas en los anteriores párrafos determinará la dirección de la futura labor del Grupo de Trabajo sobre este tema y de la revisión que se emprenda de la Ley Modelo y de su Guía para la incorporación al derecho interno, en general. El grado de reglamentación de los aspectos propiamente procesales del método de contratación que se haya de seguir dependerá, a su vez, del enfoque seleccionado. No obstante, cabe prever que entre los aspectos de la subasta electrónica inversa que convendría examinar, con independencia de la opción seleccionada, figurarán los siguientes: a) el tipo y alcance de la información que se dará a conocer durante la fase de subasta; b) la índole vinculante o no vinculante de las ofertas para los concursantes; c) los supuestos en los que se autorizará a un concursante a retirar su oferta o a retirarse incluso de la subasta; d) el derecho de la entidad adjudicadora de excluir algún ofertante en el curso de la subasta; e) la obligación de la entidad adjudicadora de aceptar la oferta más baja; f) todo motivo que pueda justificar la suspensión de una subasta; g) el amparo otorgado a todo concursante agraviado; h) la necesidad de

llevar un expediente en el marco de una subasta electrónica inversa, y el contenido del expediente. Entre las cuestiones de índole más general que tal vez el Grupo de Trabajo haya de abordar, cabe citar: a) la medida en que proceda abordar las cuestiones suscitadas por una subasta electrónica inversa en el marco de la propia Ley Modelo o de alguna reglamentación dictada para su aplicación, o en el marco de la Guía para su incorporación al derecho interno; y b) las salvaguardias que la Ley Modelo debe establecer para prevenir ciertos problemas que pudiera suscitar el empleo de una subasta electrónica inversa como pudiera ser el mayor riesgo de colusión entre los concursantes y el obstáculo que ese método suponga para la participación de concursantes extranjeros.

Notas

- ¹ Véase p. ej., *e-auction decision tool* (disponible en <http://www.ogc.gov.uk/index.asp?id=1001034&syncNav=1> - *eAuctionDecisionTool*) de la *Office of Government Commerce* (Oficina de Contratación Pública) del Reino Unido.
- ² Al proceder a la introducción o ensayo del método SEI, algunos países limitan la lista de entidades adjudicadoras facultadas para utilizar dicho método en la contratación pública. En el Brasil, se restringió al principio el recurso a la subasta, tanto convencional como electrónica a la adjudicación de contratos por órganos de la administración pública federal, pero a raíz de la Ley Federal N° 10.520/2002, de 17 de julio de 2002 (disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm), extendió dicha facultad, en su artículo 2 1), a cada uno de los estados de la Federación, así como al Distrito Federal y a los municipios.
- ³ La Oficina de Contratación Pública (OGC) del Reino Unido puso en marcha la *Reverse Auction Framework* (RAF, disponible en <http://www.ogcbuyingsolutions.gov.uk/RAF/default.asp>), al concertar con tres prestadores de servicios de subasta electrónica inversa (SEI) un acuerdo marco destinado a facilitar servicios SEI al sector público.
- ⁴ La *General Services Administration* de los Estados Unidos prestó dichos servicios, a través de su *Rocky Mountain Regional Office (Region 8)* del *Federal Technology Service*. Para consultar el procedimiento seguido en la puesta en marcha de dicha subasta inversa, véase <http://www.r8.gsa.gov/FTSWeb.nsf/0/def311033320029b87256c07004811b0?OpenDocument>.
- ⁵ Véanse, p. ej., las directrices SEI *the Procurement Guidelines on Reverse Auctions of the New South Wales Government* de Australia, de marzo de 2001 (disponible en <http://www.dpws.nsw.gov.au/NR/rdonlyres/ezac4yppqkqzaj5qdjgerv3aj62n4ishpa3xhofh4fdl3cqt4m7l4ibv3a2w67sslw5zuhmjpois43joel4ees4xe/Reverse+Auctions.pdf>) (*"Australian Guidelines"*).
- ⁶ *Ibid.*
- ⁷ "Pregoeiros" en portugués.
- ⁸ La *Escola Nacional de Administração Pública (ENAP)* ha diseñado y administra un curso de 40 horas para personal encargado de subastas inversas. Dicho personal ha de seleccionarse entre personas dotadas de cierta iniciativa, creatividad, flexibilidad, integridad y equidad.
- ⁹ Véase, p.ej., artículo 54 3) de la Directiva 2004/18/CE; artículo 75 de la Ley de Contratación Pública de Polonia; y artículo 4 del Reglamento sobre el contenido, condiciones y restricciones de la subasta electrónica en la adjudicación de contratos en Eslovenia, publicada en el Diario Oficial de la República de Eslovenia N° 130/2004, 3 de diciembre de 2004 (el "Reglamento esloveno").
- ¹⁰ Véase artículo 54 3) de la Directiva 2004/18/CE de la UE.

- ¹¹ Cabe encontrar dicho requisito en el artículo 75 1) de la Ley de la Contratación Pública de Polonia.
- ¹² Se practica en el Brasil y se exige en algunas provincias de China (véase, p. ej., artículo 14 de las Medidas Provisionales de la Provincia de Zhejiang para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública).
- ¹³ Véase, p. ej., la Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 44.1. Así como las Medidas Provisionales de Shanghai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 14.
- ¹⁴ Véase, p. ej., la Ley 2002 de Adjudicación de Compras Públicas de Austria, capítulo VIII.
- ¹⁵ Artículo 1 de la Ley Nº 10.520 de 17 de julio de 2002 del Brasil.
- ¹⁶ Véase, p. ej., la Ley de la Contratación Pública de Polonia, artículo 75 2); y la Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 116.2-4.
- ¹⁷ Véase, p. ej., esta obligación enunciada en las “*E-auctions guidelines*” de la OGC del Reino Unido, en <http://www.ogc.gov.uk/index.asp?docid=1001034>).
- ¹⁸ Artículo 7 del Decreto Nº 3.697.
- ¹⁹ En Austria (Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002, párr. 116.2-4), se exige que la entidad adjudicadora facilite acceso gratuito y sin restricción alguna a toda la documentación concerniente a la subasta, así como al pliego de condiciones, a partir de la fecha de publicación del anuncio. Esa misma obligación existe en el Brasil.
- ²⁰ Véase, p. ej., artículo 54 4) de la Directiva 2004/18/CE de la UE; artículo 5, párrafo segundo, del Reglamento esloveno (véase nota 9, *supra*); y sección 3.1.1 a) de las directrices administrativas para la subasta inversa del Ministerio de Defensa de Singapur (las “Directrices de Singapur”).
- ²¹ Véase, p. ej., el artículo 44 de la Directiva de la UE 2004/18/CE; o párr. 116.7 de la Ley de Adjudicación de Compra Públicas 2002 de Austria.
- ²² Véase, p. ej., las medidas provisionales de Shanghai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública.
- ²³ Véase, p. ej., la Ley de la Contratación Pública de Polonia, artículo 76, que condiciona la participación de los concursantes en una SEI a la observancia de ciertos requisitos procesales, entre los que tal vez figure alguna prueba de precalificación.
- ²⁴ *Sistema de Catastro de Fornecedores* (SICAF) que es el registro estatal unificado utilizado por la Administración Pública Federal.
- ²⁵ Si bien se ha fijado un límite mínimo de tres concursantes, no se ha fijado límite máximo alguno.
- ²⁶ En la etapa previa a la subasta, todo concursante inscrito deberá acreditar únicamente, previo a la apertura de la subasta, que cumple con los requisitos de calificación o aptitud exigidos (lo habitual es que mecanografien en el lugar designado que son plenamente conscientes de los requisitos de aptitud y que están plenamente calificados).
- ²⁷ Artículos 7.20-21 del decreto 3.697. Se dispone además de dos manuales en los que se explica el procedimiento que se ha de seguir al encargado de la subasta y a los concursantes. La evaluación de las calificaciones, posterior a la subasta, se limita a la verificación de todo dato jurídico, económico y financiero facilitado por la empresa, la observancia de sus obligaciones fiscales, y el cumplimiento de todo requisito adicional indicado en el anuncio de la subasta. De haberse solicitado garantías, las garantías presentadas serán igualmente verificadas. En la práctica, la mayor parte de las verificaciones se efectuará en línea, ya que el encargado de la subasta podrá obtener la mayor parte de la información requerida de la base de datos del SICAF y de otras bases de datos estatales (el Decreto 3.555 expresamente autoriza a la entidad

adjudicadora a no exigir que le sea presentada información consignada sobre papel concerniente a la observancia de sus deberes fiscales por la empresa). Existe un programa informático especial al que deberán conectarse inmediatamente, a raíz del anuncio de la oferta ganadora, tanto el encargado de la subasta como el ganador. Los demás concursantes podrán mantenerse conectados y podrán observar el intercambio de información, pero no podrán participar en el proceso de evaluación. Los partidarios de este sistema aducen que esta evaluación posterior a la subasta expedita notablemente el proceso de adjudicación, ya que deja menor margen para la presentación de quejas infundadas y la entidad adjudicadora no tendrá que despachar dicho tipo de quejas con anterioridad a la subasta.

- ²⁸ Para obtener su condición de miembro, todo proveedor eventual deberá llenar y presentar, en línea, un formulario con la información requerida y deberá inscribirse en la base de datos del correspondiente centro de contratación pública. Todo proveedor deberá presentar a dicho centro un original y un duplicado de los siguientes documentos: a) licencia comercial y certificados de su código empresarial; b) todo certificado fiscal pertinente; c) un estado financiero del ejercicio anual anterior; d) todo certificado de aptitud o calificación requerido; e) estados de cuenta por correo electrónico; y f) todo otro documento requerido por el centro de contratación pública competente. Una vez recibida la documentación de solicitud, el centro de contratación pública examinará y decidirá, en el plazo legal establecido, si otorgará la condición de miembro al proveedor solicitante (véanse artículos 7 a 9 de las Medidas Provisionales de Shangai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública; y artículo 11 de las medidas provisionales para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública del Distrito Shunyi de Beijing).
- ²⁹ Véanse Medidas Provisionales de la provincia de Zhejiang para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 8; Medidas Provisionales de Shangai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 6; y Medidas Provisionales de la ciudad de Xuzhou para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 8.
- ³⁰ Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002, párrafo 23.8 y 9.
- ³¹ La Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002, párr. 23.8, refiriéndose a la subasta abierta a un número ilimitado de participantes, dice que todo solicitante calificado, elegido de entre un número ilimitado de empresas invitadas a presentar sus solicitudes, será autorizado a participar en la subasta, mientras que el párr. 23.9, concerniente a la SEI de participación limitada, dice que únicamente podrán participar en la subasta los concursantes seleccionados de entre un número ilimitado de solicitantes. Todo comprobante de las calificaciones deberá ser presentado con anterioridad a la fecha de admisión a la subasta (párr. 52.5.3).
- ³² La Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002, párr. 116.5-9. Los resultados de la evaluación o selección, así como los motivos por los que se decida a quién se debe invitar han de figurar en el expediente y toda parte significativa de dicho expediente podrá ser inspeccionada por los solicitantes. La entidad adjudicadora está obligada a informar sin demora a todo solicitante no admitido a una SEI facilitándole la motivación por la que su solicitud haya sido desestimada. Salvo que dar dicha información sea contrario al interés público o al interés comercial legítimo de alguna empresa, o sea contrario a la libertad y lealtad en las que debe inspirarse la competencia comercial.
- ³³ Por ejemplo, en Rumania, La Ordenanza gubernamental N° 20 sugiere, en lo concerniente a la contratación por vía electrónica, que el principio de la no discriminación sea aplicable incluso en lo concerniente a la nacionalidad de los concursantes (artículo 2 a)), ahora bien, a título de reciprocidad (artículo 8).
- ³⁴ Véase, por ejemplo, La Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 116.5. Todo solicitante precalificado o seleccionado deberá ser inmediatamente informado por correo electrónico.

- ³⁵ Véase, por ejemplo, el artículo 54 4) de la Directiva 2004/18/EC de la UE. Las invitaciones han de cursarse, simultáneamente y por vía electrónica, a todos los candidatos convocados
- ³⁶ Artículo 54 (4 y 5) de la Directiva 2004/18/EC de la UE. Véase también el Reglamento esloveno (véase nota 9, *supra*), artículos 5 y 6.
- ³⁷ Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 116.2-4. El reglamento de la subasta debe indicar al menos: a) las condiciones de inscripción e identificación; b) el procedimiento de la subasta (mencionando el valor diferencial mínimo entre toda nueva oferta y la precedente); c) el momento de apertura y la modalidad de clausura de la subasta; d) todo derecho de uso o explotación; e) motivos que puedan dar lugar a la exclusión; f) plazos; g) sitio *web* donde se irá publicando, a lo largo de la subasta, la oferta más baja o, en un supuesto de una adjudicación fundada en la oferta técnica o económicamente más ventajosa, la puntuación relativa de los mejores concursantes a lo largo de la subasta; h) información que debe ser facilitada a los concursantes a lo largo de la subasta y todo momento o etapa de la subasta en el que se facilitará dicha información; i) sitio *web* donde dicha información estará disponible; y j) todo depósito que haya de efectuarse, de exigirse alguno.
- ³⁸ En los artículos 7.4 y 7.6 del Decreto N° 3697, está prevista la exclusión en la propia etapa de evaluación de todo concursante cuyo precio inicial presentado exceda del precio inicial presentado más bajo por un porcentaje prefijado. Ahora bien, se suprimieron esas disposiciones por estimarse que eran contrarias al fomento de la competencia.
- ³⁹ Las Directrices de Singapur (véase nota 20, *supra*), sección 3.1.1 d) y e), obligan a todo concursante a firmar un acuerdo de licencia/subasta, y a asistir a una sesión de adiestramiento, a título de requisito previo a la participación en una SEI. Pese a que en el Brasil no se impone ningún requisito de adiestramiento previo a los concursantes para participar en la subasta, en dicho país se han preparado, a título informativo, diversos manuales y simuladores en línea para diversas categorías de usuarios de la SEI (véase <http://www.comprasnet.gov.br/>).
- ⁴⁰ Legalmente exigible, por ejemplo, en Austria, Ley de Adjudicación de Compras Públicas de 2002, párr. 116.10-4).
- ⁴¹ Véase párr. 116.2 de la Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, en donde se dispone que ninguna SEI debe declararse abierta antes de haber expirado dos días laborables a partir de la fecha del anuncio en Internet; Ley 10.520 del Brasil donde se prevé un plazo de al menos ocho días tras la fecha de publicación del anuncio de la subasta; artículo 54 4) de la Directiva 2004/18/CE de la UE, donde se dispone que no se podrá declarar abierta ninguna SEI antes de haber transcurrido dos días laborables de la fecha en que se emitió la convocatoria; y el artículo 76 4) de la Ley de la Contratación Pública de Polonia, que prevé un período de espera de cinco días entre la convocatoria y la apertura de la subasta.
- ⁴² Artículo 54 7) de la Directiva 2004/18/CE.
- ⁴³ Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002, párr. 116.10 4). A raíz mismo de declararse frustrada una subasta, se darán a conocer las razones por las que se frustró en la dirección *web* indicada en el reglamento de la subasta a aquellos concursantes que hubieran seguido participando en la misma hasta que se declaró frustrada (párr. 116.11).
- ⁴⁴ Decreto 3.697.
- ⁴⁵ Se ha criticado la amplitud del margen discrecional del encargado de la subasta a este respecto, no sólo por algunos analistas sino también por ciertos bancos multilaterales al servicio del desarrollo que prefieren sistemas plenamente automatizados con prácticamente ninguna, o al menos muy escasa, intervención humana.
- ⁴⁶ Véanse las Directrices de Singapur (véase nota 20, *supra*), sección 3.1.2 b).
- ⁴⁷ Por ejemplo, con arreglo a la Directiva 2004/18/CE, artículo 1 7), se define a la “subasta electrónica” como un proceso repetitivo dotado de un dispositivo electrónico que permite la presentación de todo nuevo precio y/o de todo nuevo valor. Aunque no se define el término

- “dispositivo electrónico”, dicho dispositivo supone la aplicación de algún medio electrónico, definido en el artículo 1 13) de la directiva como la utilización de equipo electrónico para el procesamiento (incluida la compresión digital) y el archivo de datos que se transmitan y reciban por cable, por radio, por medios ópticos o por cualquier otro medio electromagnético.
- ⁴⁸ Véase Arrowsmith S., “*Electronic reverse auctions under the EC public procurement rules: current possibilities and future prospects*”, 11 *Public Procurement Law Review*, N° 6, 2002, págs. 299 a 330 (preparado originalmente por Achilles Information Ltd.).
- ⁴⁹ Artículo 36 4) de la Ordenanza gubernamental N° 20 de 24 de enero de 2002.
- ⁵⁰ Véase Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 116.10 4) y artículo 79 2) de la Ley de la Contratación Pública de Polonia.
- ⁵¹ Véase, p. ej., Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 116.10 4).
- ⁵² Véase Kennedy-Loest C. y Kelly R., “*EC competition law rules and electronic reverse auctions: a case for concern?*”, 2003, 12 *Public Procurement Law Review*, N° 1, págs. 28 a 30.
- ⁵³ El artículo 54 6) de la Directiva 2004/18/CE de la UE impone a la entidad adjudicadora la obligación de comunicar instantáneamente a todos los concursantes suficiente información para determinar su “puntuación relativa” global en todo momento. La misma disposición existe en Austria (Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002, párr. 118.3).
- ⁵⁴ Véase, p. ej., la Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párrs. 117.2 y 118.3; artículo 54 6) de la Directiva 2004/18/CE de la UE; y artículo 79 3) de la Ley de la Contratación Pública de Polonia.
- ⁵⁵ Véase, p. ej., Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 117.2.
- ⁵⁶ Véanse, p. ej., las Medidas Provisionales de Shanghai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública. Según los analistas del régimen de la Unión Europea en materia de competencia, desde la perspectiva de la competencia comercial es preferible mostrar, en el curso de la subasta, la puntuación comparativa global, en vez de los precios. Véase Kennedy-Loest C. y Kelly R., “*EC competition law rules and electronic reverse auctions: a case for concern?*”, 2003, 12 *Public Procurement Law Review*, N° 1, pág. 29.
- ⁵⁷ Decreto N° 2001-846, artículo 1.
- ⁵⁸ Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 118.3 y artículo 54 6) de la Directiva 2004/18/CE de la UE.
- ⁵⁹ Los bancos multilaterales al servicio del desarrollo opinan que esta función (charla) se presta a actividades fraudulentas, por ejemplo, a prácticas de corrupción o de indicación fraudulenta de precios. La postura de estos bancos, conforme se comunicó a la secretaría, es la de que en las operaciones que financian no aceptan ninguna función de “charla” y exigen una subasta plenamente automatizada sin participación de ningún representante personal de la entidad pública interesada.
- ⁶⁰ Véase, p. ej., la Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 116.12; el Decreto N° 3.697 del Brasil; el artículo 54 6) de la Directiva 2004/18/CE de la UE; el Decreto N° 2001-846 de Francia, artículo 1; y la Ordenanza gubernamental N° 20 de Rumania, sección 36 2).
- ⁶¹ En el Brasil, el régimen aplicable prevé únicamente la asignación de un número de identificación a los concursantes, a fin de que el encargado de la subasta pueda controlar la recepción de ofertas de los distintos concursantes, pero sin que pueda identificarlos personalmente. Los concursantes recibirán únicamente suficiente información para saber cuál es la oferta más baja y si esa oferta es suya o no.
- ⁶² Véase el artículo 7 del Reglamento esloveno (véase nota 9, *supra*); y la Ordenanza gubernamental N° 20 de Rumania, sección 36 5).

- ⁶³ Véase, p. ej., Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 116.12.
- ⁶⁴ Artículo 11 del Decreto 3.697.
- ⁶⁵ P. ej., con arreglo al artículo 43 de la Directiva 2004/18/CE de la UE.
- ⁶⁶ Véase, p. ej., Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, 116.13.
- ⁶⁷ La información publicada incluye: a) el nombre y otros datos de los concursantes y de la entidad adjudicadora; b) los componentes del contrato adjudicable y el precio unitario presupuestado para cada uno de ellos; c) el precio inicial de apertura de la subasta para cada uno de los componentes; d) el momento de apertura y de clausura de la subasta inversa y suspensiones previstas; e) todas las decisiones adoptadas por el encargado de la subasta inversa; f) las comunicaciones intercambiadas entre los concursantes y el encargado de la subasta en el curso de toda “charla”; g) toda queja formulada, de haber alguna, y toda decisión adoptada a raíz de cada queja; h) aclaraciones solicitadas y respuestas dadas; e i) información pormenorizada completa del procedimiento de adjudicación y de todo procedimiento tramitado ulteriormente, como pudiera ser el ensayo de las muestras.
- ⁶⁸ Ley 10.520 y Decreto 3.697. Otro rasgo distintivo del sistema brasileño, enunciado en el artículo 4 del Decreto, es que el encargado de la subasta podrá negociar directamente el precio con el ganador o con el segundo mejor postor si el primero queda descalificado, y si el encargado de la subasta no está satisfecho con el precio más bajo resultante de la SEI (párrs. XI y XVI). No se ha impuesto ningún límite reglamentario al precio que podrá negociarse, indicándose meramente que no se podrá imponer ningún precio irreal. Ahora bien, el ganador de la subasta tendrá derecho a denegar toda reducción del precio presentado en la SEI y el encargado de la subasta no podrá descalificar al ganador por dicho motivo. La utilidad de dicho trámite ha sido cuestionada por algunos analistas y, en la práctica, se ha utilizado pocas veces.
- ⁶⁹ Véanse, p. ej., en China, Medidas Provisionales de Shanghai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículos 22 y 27; Medidas Provisionales de la ciudad de Shenzhen para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 31; Medidas Provisionales de la ciudad de Zhuhai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 29; y Medidas Provisionales de la ciudad de Hefei para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 25.
- ⁷⁰ Véanse, en China, Medidas Provisionales de Shanghai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 19; y Medidas Provisionales de la provincia de Zhejiang para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 22.
- ⁷¹ Sección 3.1.2 c) de las Directrices de Singapur (véase nota 20, *supra*).
- ⁷² Véase, p. ej., en China, el Reglamento de la ciudad de Liuzhou para la tramitación en línea de la contratación pública, artículo 19. El sistema brasileño permite que el encargado de la subasta se ponga en contacto con el segundo mejor postor si el ganador de la subasta ha quedado descalificado o si la mejor oferta presentada es declarada no conforme con el pliego de condiciones o inaceptable, por algún otro motivo. Si el segundo mejor postor se ha desconectado del sistema, el encargado de la subasta podrá convocar, por correo electrónico, a los concursantes para proseguir la subasta. En el supuesto de descalificación del segundo mejor postor, o de que éste se niegue a suministrar los bienes o servicios al precio del mejor postor inicial, se convocará al siguiente mejor postor, y así sucesivamente hasta que se adjudique el contrato. De no cerrarse un trato, la SEI quedará cancelada.
- ⁷³ Véanse, en China, Medidas Provisionales de Shanghai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 22; Medidas Provisionales del Distrito Shunyi de Beijing para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 20; y el Reglamento de la ciudad de Liuzhou para la tramitación en línea de la contratación pública, artículo 22.
- ⁷⁴ En el curso de consultas periciales se informó a la secretaría que imponer el requisito de la oferta vinculante puede dar resultado frente a ciertos abusos de la SEI, tales como los

denominados concursantes “fantasmas” o los miembros de un cartel que conspiren para mantener la oferta artificialmente alta.

- ⁷⁵ Véase, p. ej., la Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 116.11.
- ⁷⁶ Véase, p. ej., el proceso operativo para la subasta en línea al servicio de la contratación pública (equipo de oficina), artículo 6, en las Medidas Provisionales de la provincia de Zhejiang para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública.
- ⁷⁷ Con arreglo a las Medidas Provinciales de Shanghai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, se revelará únicamente el nombre del ganador de la subasta pero no el importe del precio ganador.
- ⁷⁸ Véase, p. ej., la Ley de la Contratación Pública de Polonia (artículo 80 2)); y, en China, las Medidas Provisionales de la provincia de Zhejiang para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 22.
- ⁷⁹ Véase el artículo 54 8) de la Directiva 2004/18/CE de la UE.
- ⁸⁰ Véase la Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 100.2.
- ⁸¹ *Ibid.*, párr. 100.1.
- ⁸² Véanse, p.ej., Medidas Provisionales de Shanghai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 17; y las medidas provisionales para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública del distrito Shunyi de Beijing, artículo 15.
- ⁸³ Véanse, p.ej., Medidas Provisionales de la Provincia de Zhejiang para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 2.
- ⁸⁴ Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 20) 13 a ii).
- ⁸⁵ *Ibid.*, párr. 100.4.
- ⁸⁶ Decisión del Interventor General de los Estados Unidos, *File No. B-288653*, 31 de octubre de 2001, disponible en <http://archive.gao.gov/legald425p10/a02467.pdf>.
- ⁸⁷ Véase también Nash R. L., y Cibinic J., “*Oversight of procurements: delayed addendum*”, vol. 16, Nº 1, Nash & Cibinic Report 1 (West/Thomson, January 2002).
-