



Asamblea General

Distr. limitada
13 de marzo de 2007
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
11º período de sesiones
Nueva York, 21 a 25 de mayo de 2007

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para la utilización de acuerdos marco y de sistemas dinámicos de adquisición en la contratación pública

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-4	2
II. Proyecto de disposiciones para permitir la utilización de acuerdos marco en la contratación pública regulada por la Ley Modelo	5-40	3
A. Terminología	5	3
B. Ámbito del proyecto de disposiciones y enfoque de la redacción.	6-8	3
C. Ubicación del proyecto de disposiciones	9	4
D. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada: acuerdos marco de los modelos 1 y 2	10-36	5
Comentario		
E. Otro posible enfoque de la redacción	37-40	16



I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor actual del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) acerca de la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (“Ley Modelo”) (A/49/17 y Corr.1, anexo I) figuran en los párrafos 5 a 65 del documento A/CN.9/WG.I/WP.49, que el Grupo de Trabajo tiene a su disposición en su 11º período de sesiones. La principal tarea del Grupo de Trabajo es actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta las novedades recientes, incluida la utilización de los acuerdos marco en la contratación pública.

2. Esa utilización se incluyó en los temas que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en sus períodos de sesiones sexto a décimo. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparase propuestas de textos para su examen en el 11º período de sesiones, en forma de amplias disposiciones habilitadoras que dieran cabida a todo tipo de acuerdos marco. La presente nota se ha preparado atendiendo a esa solicitud¹.

3. La presente nota y su adición se inspiran en el examen de los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición recogidos en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1, y deben leerse conjuntamente con esos documentos. En la sección II de la nota figura un proyecto de disposiciones para la utilización de los acuerdos marco. En la sección III figura un proyecto de disposiciones para la utilización de los sistemas dinámicos de adquisición. En la sección IV figuran algunas consideraciones sobre los cambios consiguientes en las disposiciones actuales de la Ley Modelo para dar cabida a la utilización de acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición. En cuanto a las secciones III IV, véase la adición A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1.

4. Se recordará que un acuerdo marco es una transacción que asegura el suministro de un producto o servicio durante cierto período. En los párrafos 3 a 6 del documento A/CN.9/WG.I/WP.44 se dan más detalles. Se recordará también que un sistema dinámico de adquisición, como se dice en las Directivas sobre contratación pública de la Unión Europea², es un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corrientes. En el párrafo 35 del documento A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1 se dan más detalles.

¹ A/CN.9/615, párrs. 11 y 79 a 81. El Grupo de Trabajo señaló además que entre las principales cuestiones de fondo que habría que examinar estarían la de si podrían modificarse las especificaciones durante la vigencia de los acuerdos marco, y la de si los proveedores que no fueran partes en el acuerdo marco original podrían adherirse a él después de haberse concertado el contrato básico general.

² Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, disponibles ambas en la fecha de la presente nota en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm.

II. Proyecto de disposiciones para permitir la utilización de acuerdos marco en la contratación pública regulada por la Ley Modelo

A. Terminología

5. En los párrafos 7 a 9 del documento A/CN.9/WG.I/WP.44 se tratan cuestiones de terminología e interpretación. Se pide al Grupo de Trabajo que considere el nombre que debería utilizarse en la Ley Modelo para referirse a los “acuerdos marco” (éste es el término utilizado en la versión española de las directivas sobre contratación pública de la Unión Europea³, y en algunos sistemas internos). Entre otras posibilidades consideradas en los párrafos mencionados figuran expresiones no identificadas estrechamente con ningún ordenamiento particular, como “arreglo de compra periódica”, “arreglo de compra repetida”, “arreglo para cubrir necesidades periódicas” o “instrumento de suministro periódico”. En espera de una decisión sobre esta cuestión, y en consonancia con notas anteriores sobre el tema, en la presente nota se hablará de “acuerdos marco”.

B. Ámbito del proyecto de disposiciones y enfoque de la redacción

6. La presente sección se ocupa de dos modelos de acuerdos marco:

a) Acuerdos marco de “modelo 1”, que son muy similares a los contratos tradicionales de adjudicación. Pueden concertarse con uno o más proveedores o contratistas, y determinan las especificaciones de la contratación y todos sus términos y condiciones. Se expiden órdenes de compra en virtud de esos acuerdos, sobre la base de sus especificaciones y términos y condiciones determinados, sin que haya otra evaluación o competencia. Por ello, la única diferencia entre este tipo de acuerdos marco y los contratos tradicionales es que los elementos se adquieren por lotes, en virtud de órdenes de compra, durante un período determinado; y

b) Acuerdos marco de “modelo 2”, que son acuerdos concertados con más de un proveedor o contratista (primera etapa del proceso), en los que se establecen las especificaciones de la adjudicación y sus principales términos. Pueden dejar algunos de esos términos sin concretar o someterlos a evaluación ulterior (entre esos términos está el precio y, normalmente, las cantidades y los plazos de entrega). Se necesita una evaluación o competencia ulterior entre los proveedores o contratistas que son partes en el acuerdo marco para seleccionar al que atenderá cada orden de compra expedida en virtud del acuerdo marco (segunda etapa del proceso). Aunque teóricamente podrían concertarse también acuerdos marco de este tipo con un proveedor, al que se invitara a mejorar su oferta en relación con una orden de compra determinada, los comentaristas han señalado que el riesgo de abusos es importante y, por ello, en la presente nota no se han previsto acuerdos marco con un solo proveedor.

7. En el proyecto de disposiciones que figura en esta sección, son las órdenes de compra expedidas en virtud de ambos modelos de acuerdos marco, y no los

³ Ibid.

acuerdos marco mismos, los que constituyen los contratos de adjudicación^{4,5}. Este enfoque permite regular ambos modelos con un solo conjunto de disposiciones (véase la subsección D *infra*), con lo que se logra:

a) Coherencia en la reglamentación y ausencia de enumeraciones repetitivas de algunas consideraciones aplicables a ambos modelos; y

b) La aplicación continua de las disposiciones de la Ley Modelo sobre transparencia y objetividad, hasta el momento de expedir las órdenes de compra, es decir, en todas las fases hasta la adjudicación de contratos basados en el acuerdo marco.

8. Este enfoque disminuye también la necesidad de enmendar cierto número de disposiciones de toda la Ley Modelo para dar cabida a los acuerdos marco dentro de los métodos de contratación pública existentes. Se hacen aplicables las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo vigente mediante remisiones. En caso necesario, se prevén desviaciones de ellas. Véase otro método posible de redacción en la subsección E *infra*.

C. Ubicación del proyecto de disposiciones

9. En espera de que el Grupo de Trabajo examine la estructura de la Ley Modelo revisada, y analice si podrían surgir acuerdos marco del proceso de adjudicación por cualquier método previsto en la Ley Modelo, las disposiciones sobre los acuerdos marco se presentan en la presente nota como tres proyectos de artículo que se incluirían en un proyecto de sección combinada, situada en el capítulo V (después de los procedimientos para las subastas electrónicas inversas)⁶. El proyecto de artículos se numerará definitivamente una vez concluida la estructura del capítulo V.

⁴ Los requisitos para la perfección de un contrato vinculante quedan fuera del ámbito de la Ley Modelo. No obstante, el artículo 2 g) de ésta ofrece la siguiente definición de "contrato adjudicado": "Por "contrato adjudicado" se entenderá el contrato entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista que resulte del proceso de adjudicación". Otras disposiciones de la Ley Modelo (véanse en particular los artículos 34 y 36), indican que sólo cuando se establezcan los términos y condiciones y se seleccionen los proveedores podrá entrar en vigor un contrato de adjudicación. Por consiguiente, los acuerdos marco del modelo 1 podrían (y quizá deberían) interpretarse como contratos adjudicados definidos en el artículo 2 g) de la Ley Modelo y dentro de los términos del actual artículo 36 1) y 4). En cuanto a los acuerdos marco del modelo 2, aunque no se excluye que, en algunas jurisdicciones, un acuerdo sin todos sus términos determinados pueda considerarse un contrato, en virtud de la Ley Modelo esos acuerdos, que someten algunos o todos sus términos y condiciones a una evaluación ulterior, no son, *strictu sensu*, acuerdos marco.

⁵ Si se tratan los acuerdos marco como contratos adjudicados, la cuestión de las órdenes de compra correspondería a la etapa de administración de los contratos y quedaría, por lo tanto, fuera del ámbito de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo, en un período de sesiones anterior, examinó si ese ámbito debería ampliarse para que incluyera también la etapa de administración de los contratos. No se ha llegado a un consenso sobre esa cuestión, pero, hasta la fecha, la opinión predominante ha sido que esa ampliación no resultaría conveniente. (Véanse A/CN.9/590, párr. 13, y A/CN.9/595, párrs. 80 a 86.)

⁶ Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar que los acuerdos marco son técnicas que pueden aplicarse en diversos métodos de adjudicación, y no un método de contratación pública en sí. Esta consideración se aplica también a las subastas electrónicas inversas (véase A/CN.9/WG.I/WP.51, párrs. 3 a 5).

D. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada: acuerdos marco de los modelos 1 y 2

10. Tal vez desee el Grupo de Trabajo recordar la solicitud de la Secretaría de que las disposiciones se redactaran para que proporcionaran salvaguardias adecuadas contra la colusión y la competencia desleal⁷. Quizá desee también el Grupo de Trabajo considerar las observaciones de los comentaristas en el sentido de que, al expedir órdenes de compra en virtud de un acuerdo marco de modelo 2, podría ser difícil lograr una competencia auténtica⁸. Por consiguiente, las disposiciones *infra* se basan en sistemas de acuerdos marco del modelo 2, que prevén la competencia en ambas etapas del proceso de adjudicación, es decir, para la concertación del acuerdo marco y para la adjudicación de los contratos en virtud de él⁹, y no en los sistemas que prevén la competencia principal en la segunda etapa, sin que haya verdadera competencia en la primera etapa (es decir, para la concertación del acuerdo marco mismo). Recordando también que puede haber riesgos para la competencia cuando se recurre a un acuerdo marco durante un período prolongado, las disposiciones se inspiran en sistemas que limitan su duración¹⁰. Las fuentes principales son la Directiva 2004/18/CE sobre contratación pública de la Unión Europea (artículos 1 5) y 32) (en adelante “Directiva sobre contratación pública de la UE”), y las disposiciones aplicables de la Ley Modelo actual:

“Sección [...]. Acuerdos marco

Artículo [51 octies]. Disposiciones generales

- 1) La entidad adjudicadora podrá concertar un acuerdo marco con uno o más proveedores o contratistas [, cuyo valor agregado no se prevé que exceda de [el Estado promulgante indicará una cantidad mínima] [pero no excederá de [el Estado promulgante indicará una cantidad máxima [la cantidad establecida en la reglamentación de la contratación pública]].
- 2) Un acuerdo marco establecerá los términos y condiciones para que los proveedores o contratistas suministren los bienes, obras o servicios, y los procedimientos para la adjudicación de los contratos en virtud de ese acuerdo. Un acuerdo marco no es un contrato adjudicado en el sentido del párrafo g) del artículo 2 de la presente Ley.
- 3) Si los términos y condiciones del acuerdo marco prevén un procedimiento competitivo para la adjudicación de los contratos en virtud de ese acuerdo, la entidad adjudicadora se asegurará de que el número de proveedores o contratistas sea suficiente para asegurar una competencia efectiva cuando se adjudiquen los contratos en virtud del acuerdo marco.

⁷ A/CN.9/615, párr. 81.

⁸ Véase además A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1, párrs. 41 y 42.

⁹ En los acuerdos marco del modelo 1 no hay competencia ulterior, después de la primera etapa, entre proveedores o contratistas, pero la entidad adjudicadora estará obligada a seleccionar la oferta u otra proposición que sea la de precio más bajo o valorada como más económica, o su equivalente en la segunda etapa.

¹⁰ Véase además A/CN.9/WG.I/WP.44, párrs. 16 y 17.

4) El acuerdo marco se concertará por un período determinado, que no excederá de [...] años [, salvo en casos excepcionales, en relación con los bienes, servicios u obras adquiridos en virtud del acuerdo marco, por un período no superior a [...] años. La entidad adjudicadora incluirá en el expediente exigido de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley una exposición de las razones y circunstancias en que se ha basado para justificar [la prórroga de la duración del acuerdo marco] [la mayor duración del acuerdo marco.]]

Comentario y cuestiones para su examen en la Guía para la incorporación al derecho interno

Párrafo 1)

Adquisiciones comunes

11. Para que una entidad adjudicadora pueda agrupar sus necesidades de contratación a fin de aprovechar los descuentos de las adquisiciones en grandes cantidades, ya sea con otras entidades adjudicadoras, o por medio de una entidad adjudicadora central¹¹, deberá enmendarse la definición de entidad adjudicadora del párrafo b) del artículo 2 de la Ley Modelo. El texto de la enmienda sugerida es el siguiente:

“Por ‘*entidad adjudicadora*’ se entenderá:

Variante I

Los departamentos, organismos, órganos u otras dependencias administrativas del Estado, o sus subdivisiones, que adjudiquen contratos, ya sea solos, junto con otras entidades adjudicadoras [o mediante [el Estado promulgante podrá insertar una referencia a una entidad adjudicadora central]], salvo ...;

y)

Variante II

Los departamentos, organismos, órganos u otras dependencias de (“la administración pública” o algún otro término utilizado para referirse al gobierno del Estado promulgante), o sus subdivisiones, que adjudiquen contratos, ya sea solos, junto con otras entidades adjudicadoras [o mediante [el Estado promulgante podrá insertar una referencia a una entidad adjudicadora central]], salvo ...;”

Condiciones para la utilización de los acuerdos marco

12. El párrafo 1) incluye un texto optativo para que el Estado promulgante especifique la cantidad mínima y máxima prevista de las adjudicaciones para las que pueden ser apropiados los acuerdos marco, ya sea en el texto de la Ley Modelo o en las reglamentaciones. Otra posibilidad sería que la cuestión se tratase en la Guía

¹¹ Ello permitiría también a la entidad que concertara un acuerdo marco no ser la entidad que adjudicara los contratos basados en ese acuerdo (por ejemplo, en el caso de la compra de libros de texto de editores seleccionados por un ministerio de educación, seguida de las compras hechas por los distritos escolares o las escuelas mismas, o bien una estructura análoga para los productos farmacéuticos destinados a hospitales).

para la incorporación al derecho interno. Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si una disposición en ese sentido sería conveniente (para mejorar la relación costo-eficacia y evitar un uso excesivo o inadecuado del procedimiento), juntamente con la cuestión de los métodos de adjudicación a los que debería permitirse que condujeran a un acuerdo marco, como se examina en los párrafos 18 y 19 *infra*¹².

13. Tal vez desee considerar también el Grupo de Trabajo si la Guía debería desarrollar la utilización eficaz y adecuada de los acuerdos marco, incluyendo quizá una lista de adquisiciones genéricas que fueran apropiadas para su adjudicación de esa forma, y algunos estudios de casos. Los acuerdos marco pueden ser menos adecuados para contratos que supongan grandes inversiones o capitales, elementos muy técnicos o complejos, y la contratación de servicios más complejos, temas que podrían examinarse también en la Guía.

Párrafo 2)

14. El texto sigue el enfoque de redacción explicado en el párrafo 7 *supra*¹³. Las disposiciones de este artículo y de artículos ulteriores, según el contexto, se refieren a la adjudicación de contratos en virtud de acuerdos marco tanto del modelo 1 como del modelo 2.

Párrafo 3)

15. El texto recoge la práctica de concertar comúnmente acuerdos marco con más de un proveedor. Para asegurar una competencia efectiva, tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si el acuerdo marco de modelo 2 debería concertarse con un número mínimo de proveedores. La Directiva sobre contratación pública de la UE exige un mínimo equivalente de tres. Otra posibilidad, teniendo en cuenta que entre un número bajo de proveedores puede existir un riesgo de colusión, es que el Grupo de Trabajo examine el requisito más general expuesto en el proyecto de artículo *supra* para asegurar una competencia efectiva, en consonancia con el enfoque adoptado al redactar un proyecto de disposiciones análogas en relación con las subastas electrónicas inversas¹⁴.

Párrafo 4)

16. Los acuerdos marco son sistemas cerrados, lo que significa que no se puede adjudicar a ningún proveedor o contratista un contrato en virtud de ese acuerdo marco si no son partes en el acuerdo. Están cerrados a otros proveedores durante su período de vigencia. El párrafo 4) trata de atender a las preocupaciones que se han expresado por el efecto potencialmente anticompetitivo de los acuerdos marco, limitando su duración (véanse además, en los párrafos 16 a 18 del documento A/CN.9/WG.I/WP.44, un examen de esas preocupaciones). Se señalan a la atención

¹² Si el Grupo de Trabajo estima que, para la utilización de un acuerdo marco, debería incluirse una cantidad estimada mínima y máxima para las adquisiciones, podría examinarse también la cuestión de la inflación del precio, mediante la facilitación de un índice o de otro mecanismo de cálculo análogo.

¹³ Véase también la nota 4, *supra*.

¹⁴ Véanse en el documento A/CN.9/WG.I/WP.51 los artículos 22 y 51 quinquies, y los comentarios al respecto.

del Grupo de Trabajo las disposiciones de la Directiva sobre contratación pública de la UE que limitan la duración de los acuerdos marco a cuatro años en circunstancias normales (se permiten excepciones con la debida justificación). Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar la inserción de la duración máxima de los acuerdos marco en el texto de la Ley Modelo, en lugar de dejar la cuestión a las reglamentaciones de la contratación pública o a otras normas. Quizá desee examinar también el Grupo de Trabajo si una referencia explícita en el texto a una prórroga podría considerarse como una invitación a introducir excepciones mediante disposiciones legales.

17. La cuestión de la duración de los acuerdos marco está estrechamente ligada a la de la capacidad de la entidad adjudicadora para realizar adquisiciones al margen del acuerdo, examinada en los párrafos 24 a 26 *infra*, al mismo tiempo que en el artículo 56 decies 1). Por ello, tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar ambas cuestiones conjuntamente.

Artículo [51 novies]. Concertación de acuerdos marco

- 1) Cuando la entidad adjudicadora tenga la intención de concertar un acuerdo marco, deberá seguir los procedimientos de la presente Ley aplicables al método elegido para solicitar licitaciones, propuestas, ofertas o cotizaciones (denominadas colectivamente “proposiciones” en la presente sección), a fin de seleccionar uno o más proveedores o contratistas para concertar ese acuerdo marco.
- 2) Cuando solicite por primera vez la participación de proveedores o contratistas en el proceso de adjudicación, la entidad adjudicadora especificará toda la información requerida para el método de adjudicación elegido en virtud de la presente Ley, salvo en la medida en que el presente artículo se aparte de esas disposiciones, y además la siguiente información:
 - a) Una declaración de que la adjudicación implicará un acuerdo marco;
 - b) La naturaleza, cantidad estimada y lugar y hora de entrega deseados de las adquisiciones previstas en el acuerdo marco;
 - c) El número o el mínimo y máximo de proveedores o contratistas que serán partes en el acuerdo marco;
 - d) Los criterios que utilizará la entidad adjudicadora para seleccionar a los proveedores o contratistas con los que concertará el acuerdo marco, incluido su coeficiente relativo de ponderación y la forma en que se aplicarán en la selección, y si ésta se basará en el precio más bajo o en la proposición evaluada como más económica;
 - e) Si la entidad adjudicadora tiene la intención de concertar un acuerdo marco con más de un proveedor o contratista, que los proveedores o contratistas seleccionados para el acuerdo marco se clasificarán de conformidad con los criterios de selección especificados;
 - f) Los términos y condiciones del acuerdo marco con arreglo a los cuales los proveedores o contratistas suministrarán los bienes, obras y servicios, con inclusión de la duración del acuerdo marco, y:

- i) El procedimiento para la adjudicación de los contratos sobre la base del acuerdo marco, y en particular si habrá una nueva competencia;
 - ii) Si habrá una nueva competencia para la adjudicación de los contratos entre los proveedores o contratistas partes en el acuerdo marco, los criterios para evaluar las proposiciones durante esa competencia, su coeficiente relativo de ponderación, la forma en que se aplicarán al evaluar las proposiciones, y si la adjudicación de los contratos se basará en el precio más bajo o en la proposición valorada como más económica; y
 - iii) Si se celebrará una subasta electrónica inversa, también la información mencionada en el artículo [remisión a las disposiciones pertinentes de las subastas electrónicas inversas];
- g) Si se requerirá un acuerdo marco por escrito y la forma de entrar en vigor el acuerdo marco.
- 3) Salvo si la entidad adjudicadora rechaza algunas o todas las proposiciones en virtud de los artículos [12, 12 bis, otras remisiones] de la presente Ley, la entidad adjudicadora seleccionará a los proveedores o contratistas con los que concertará el acuerdo marco sobre la base de los criterios de selección que se especificarán en virtud del párrafo 2) d) *supra*, y notificará sin demora a los proveedores o contratistas seleccionados su selección y, cuando sea pertinente, su clasificación.
- 4) El acuerdo marco, con los términos y condiciones de las proposiciones seleccionadas, entrará en vigor como se especifique de conformidad con los requisitos del párrafo 2) g) *supra*.
- 5) La entidad adjudicadora publicará sin demora aviso del acuerdo marco, de la forma que se haya especificado por la publicación de adjudicaciones de contratos en virtud del artículo 14 de la presente Ley.

Comentario y cuestiones para su examen en la Guía para la incorporación al derecho interno

Párrafo 1)

18. El párrafo 1) permite concertar acuerdos marco con uno o más proveedores o contratistas, siguiendo los métodos de adjudicación especificados en la Ley Modelo. Como una de las preocupaciones que se suscitan en los acuerdos marco es la posible restricción de la competencia durante su funcionamiento, tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar que normalmente sólo se concertaría un marco después de la plena apertura del proceso de adjudicación, a fin de asegurar una competencia rigurosa en esa primera etapa del proceso de adjudicación. En cambio, la ventajosa utilización, frecuentemente citada, de los acuerdos marco incluye la capacidad para proteger a las fuentes de suministro en los mercados limitados, y la rápida y rentable adquisición de elementos de bajo costo, repetidos y urgentes, como servicios de

mantenimiento o limpieza, para los cuales las adjudicaciones mediante licitación pueden no resultar eficaces en relación con el costo¹⁵.

19. Si el Grupo de Trabajo considera que los acuerdos marco pueden surgir de procedimientos de adjudicación por medio de cualesquiera métodos de contratación pública especificados en la Ley Modelo (incluidos el método principal de adjudicación de servicios, la licitación en dos etapas, la licitación restringida, la solicitud de propuestas, la negociación competitiva y la solicitud de cotizaciones, aunque quizá excluida la contratación con un solo proveedor o contratista), tal vez desee el Grupo de Trabajo dar orientación en la Guía sobre los tipos de adquisiciones adecuados para cada método de adjudicación, y estime que la Guía debería subrayar la necesidad del proceso más competitivo, atendidas las circunstancias. Tal vez desee también el Grupo de Trabajo considerar si la licitación en dos etapas, que se utiliza normalmente para contrataciones muy complejas o que requieren grandes capitales, resultaría apropiada.

Párrafo 2)

Disposiciones sobre transparencia

20. El párrafo tiene por objeto alcanzar los siguientes objetivos: en primer lugar, aplicar los requisitos principales de transparencia al método de contratación elegido para seleccionar a los proveedores o contratistas para el acuerdo marco (como los enumerados en los artículos 25, 27, 37 y en diversos artículos del capítulo V, y las disposiciones del proyecto de artículo sobre las comunicaciones en el proceso de contratación pública que examina el Grupo de Trabajo)¹⁶; en segundo lugar, establecer desviaciones de esos requisitos a la luz de los requisitos específicos de los acuerdos marco (véase, por ejemplo, el proyecto de artículo 51 novies 2 b), que se refiere a las cantidades estimadas, en comparación con el artículo 27 d), y el proyecto de artículo 51 novies 2 d), f) y g) que sustituye a los artículos 27 e), f) e y)); y por último, añadir otros requisitos relacionados con la transparencia, específicos de los acuerdos marco. Tal vez estime el Grupo de Trabajo que este método de redactar es más eficiente que enmendar otras disposiciones de la Ley Modelo que podrían ser aplicables (véase también el enfoque de redacción de la presente nota que se expone en el párrafo 8 *supra*).

Criterios de selección

21. Los apartados d) y f) ii) se basan en el artículo 27 e) de la Ley Modelo, que requiere que el pliego de condiciones especifique: “Los criterios que habrá de emplear la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora, así como cualquier margen de preferencia y cualquier criterio distinto del precio que haya de emplearse con arreglo a los incisos b), c) o d) del párrafo 4) del artículo 34 y el coeficiente relativo de ponderación correspondiente a cada uno de esos criterios”. En los otros métodos de contratación se encuentran equivalentes a este requisito. Los requisitos para los criterios en el procedimiento de licitación se encuentran en el artículo 34 4) b), que, entre otras cosas, declara que los criterios “deberán ser en la medida de lo posible objetivos y cuantificables; en el proceso de evaluación se

¹⁵ Otros ejemplos incluyen la compra de carbón, petróleo bruto, drogas y libros de texto, en cada caso con las salvaguardias apropiadas (incluidos los requisitos de calidad y competencia).

¹⁶ Véase A/CN.9/WG.I/WP.50, proyecto de artículo 5 bis, después del párr. 4.

asignará a estos criterios un coeficiente relativo de ponderación o se hará una cuantificación en dinero, de ser posible”. En el caso de otros métodos de contratación no hay un equivalente a esos requisitos. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si (para aumentar la objetividad y transparencia) algunos de los requisitos de objetividad, o todos ellos, del artículo 34 4) b) deberían incluirse para los acuerdos marco en los apartados d) y f) ii) *supra*, añadiendo el siguiente texto u otro similar: “los criterios que, en la medida de lo posible, sean objetivos y cuantificables, y a los que se asignará un coeficiente relativo de ponderación se expresarán en unidades monetarias cuando sea viable”. De forma alternativa, o adicional, tal vez quiera el Grupo de Trabajo examinar si debería haber criterios de transparencia y objetividad en la Ley Modelo con respecto a los criterios de selección para todos los métodos de contratación (incluidos los acuerdos marco), además del pliego de condiciones o su equivalente en lo que se refiere a los criterios de selección. Por último, tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si sería apropiada la utilización de un margen de preferencia en el caso de las adquisiciones mediante acuerdos marco.

Párrafo 3)

22. El párrafo se inspira en los artículos 34 4) b) y 36 1) de la Ley Modelo. Las remisiones que actualmente figuran entre corchetes serán las disposiciones de la Ley Modelo que permitan a la entidad adjudicadora rechazar las licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas (véanse, por ejemplo, los artículos 12 y 15). La referencia al artículo 12 bis es una referencia al proyecto de artículo sobre rechazo de las licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas cuando sean anormalmente bajas, que se presenta al Grupo de Trabajo para su examen en el 11º período de sesiones¹⁷.

Párrafo 4)

23. El párrafo 4) debe leerse conjuntamente con el párrafo 2) g) del proyecto de artículo *supra*. El párrafo se inspira en el enfoque adoptado en el artículo 13 2) de la Ley Modelo en cuanto a la forma de entrar en vigor de los contratos adjudicados por métodos distintos del procedimiento de licitación. Mientras que en éste la cuestión se rige por el artículo 36 (que requiere también la “aceptación” previa de la oferta ganadora), en otros métodos de contratación, en virtud del artículo 13, se debe notificar a los proveedores o contratistas la forma de entrar en vigor al comienzo del proceso de adjudicación. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar en una fecha ulterior si las disposiciones relativas a la aceptación de la oferta u otra proposición ganadoras y la entrada en vigor del contrato deberían armonizarse.

Artículo [51 decies]. Adjudicación de los contratos en virtud del acuerdo marco

- 1) La entidad adjudicadora podrá adjudicar uno o más contratos en virtud del acuerdo marco, de conformidad con los términos y condiciones de éste y con sujeción a las disposiciones del presente artículo.
- 2) No se adjudicará ningún contrato en virtud del acuerdo marco a los proveedores o contratistas que no fueran originariamente parte en el acuerdo marco.

¹⁷ *Ibid.*, párrs. 43 a 49.

- 3) En el proceso de adjudicación de contratos en virtud del acuerdo marco, las partes en éste no pondrán enmendarse sustancialmente ni modificar los términos y condiciones del acuerdo marco.
- 4) Si se concierta el acuerdo marco con un proveedor o contratista, la entidad adjudicadora podrá adjudicar un contrato, sobre la base de los términos y condiciones del acuerdo marco, al proveedor o contratista que sea parte en dicho acuerdo, mediante una orden de compra [por escrito] a ese proveedor o contratista. El contrato adjudicado, con arreglo a los términos y condiciones del acuerdo marco, entrará en vigor cuando se expida la orden de compra.
- 5) Si el acuerdo marco concertado con más de un proveedor o contratista determina todos los términos y condiciones necesarios para que se realice la adjudicación [, y no prevé un procedimiento competitivo para adjudicar los contratos concertados en su virtud], la entidad adjudicadora podrá adjudicar un contrato mediante la expedición de una orden de compra [por escrito] a los proveedores o contratistas mejor calificados capaces de cumplir el contrato. El contrato adjudicado, basado en los términos y condiciones del acuerdo marco, entrará en vigor cuando se envíe la orden de compra. La entidad adjudicadora notificará [por escrito] a todos los proveedores y contratistas partes en el acuerdo marco el nombre y la dirección de los proveedores o contratistas a los que se haya enviado la orden de compra.
- 6) Si el acuerdo marco concertado con más de un proveedor o contratista [no determina todos los términos y condiciones necesarios para realizar la adjudicación] [prevé un procedimiento competitivo para la adjudicación de los contratos en virtud del acuerdo marco], la entidad adjudicadora podrá adjudicar un contrato en virtud del acuerdo marco, de conformidad con los siguientes procedimientos:
 - a) La entidad adjudicadora invitará [por escrito] a todos los proveedores o contratistas que sean partes en el acuerdo marco a presentar sus proposiciones para el suministro de los elementos que deban adquirirse;
 - b) La invitación reiterará los términos y condiciones del acuerdo marco, y enunciará los términos y condiciones del contrato no especificados en el acuerdo marco, y dará instrucciones para la presentación de las proposiciones;
 - c) La entidad adjudicadora determinará el lugar, y la fecha y hora específicos, como plazo para la presentación de proposiciones. El plazo deberá dar a proveedores o contratistas tiempo suficiente para presentarlas;
 - d) Se determinará la proposición ganadora de conformidad con los criterios expuestos en el acuerdo marco;
 - e) Cuando se celebre una subasta electrónica inversa, la entidad adjudicadora observará durante la subasta los requisitos expuestos en el artículo [remisión a las disposiciones pertinentes];

f) Sin perjuicio de las disposiciones del artículo [remisión debida a las disposiciones sobre adjudicación de contratos mediante la subasta electrónica inversa] y con sujeción a los artículos [12, 12 bis y otras remisiones apropiadas] de la presente Ley, la entidad adjudicadora aceptará las proposiciones ganadoras, e informará sin demora [por escrito] a los proveedores o contratistas ganadores de que ha aceptado sus proposiciones. La entidad adjudicadora notificará también [por escrito] a todos los proveedores y contratistas que sean partes en el acuerdo marco el nombre y la dirección de los proveedores o contratistas cuyas proposiciones hayan sido aceptadas y el precio del contrato;

g) El contrato o los contratos de adquisición, basados en los términos y condiciones de las proposiciones ganadoras, entrarán en vigor cuando se envíe el aviso de la aceptación a los proveedores o contratistas ganadores.

7) Cuando el precio pagadero de conformidad con un contrato concertado en virtud de las disposiciones de la presente sección exceda de [*el Estado promulgante indicará una cantidad mínima* [o] de la cantidad establecida en los reglamentos de contratación], la entidad adjudicadora publicará sin demora aviso de la adjudicación de los contratos, de cualquier forma especificada para la publicación de las adjudicaciones de contratos en virtud del artículo 14 de la presente Ley. La entidad adjudicadora publicará también, de la misma forma, avisos [trimestrales] de todos los contratos adjudicados en virtud del acuerdo marco.

Comentario y cuestiones para su examen en la Guía para la incorporación al derecho interno

Párrafo 1)

24. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si la entidad adjudicadora deberá realizar todas las adquisiciones de elementos a que se refiere el acuerdo marco mediante ese acuerdo. En la práctica, es corriente que no se imponga esa obligación a la entidad adjudicadora, ni siquiera en virtud de un acuerdo marco del modelo 1, a fin de que pueda obtener el mejor rendimiento posible de su dinero si, por ejemplo, cambian las circunstancias del mercado y hay ofertas más convenientes fuera del ámbito del acuerdo marco¹⁸. El párrafo 1), en su redacción actual, permite a la entidad adjudicadora esa flexibilidad.

25. Por otra parte, el que los proveedores rebajen sus precios para ofrecer el máximo beneficio comercial a las entidades adjudicadoras dependerá en muchos casos de si confían en recibir suficientes pedidos en virtud del acuerdo marco, al menos dentro de las cantidades (mínima y máxima) estimadas, e indicadas en el acuerdo, para justificar los descuentos¹⁹. Si las entidades adjudicadoras pueden

¹⁸ Otra forma consiste en permitir disposiciones sobre renovación tecnológica, pero esas disposiciones pueden no ser compatibles con la exigencia de especificaciones determinadas en virtud de los acuerdos marco tradicionales. Cuando se utilicen especificaciones genéricas, por ejemplo en determinados tipos de listas de calificación permanentes, cabrá considerar esas disposiciones.

¹⁹ Véase en el documento A/CN.9/WG.I/WP.44, párrs. 11 a 15, un examen de los posibles beneficios de los acuerdos marco, entre ellos la eficiencia y la seguridad de suministro.

libremente, y lo hacen con regularidad, adquirir los elementos de que se trate al margen del acuerdo marco, la confianza de los proveedores puede resultar menoscabada.

26. En consecuencia, puede haber costos y beneficios reales y potenciales si se autoriza o no a las entidades adjudicadoras realizar adquisiciones al margen del acuerdo marco. Tal vez desee el Grupo de Trabajo expresar su postura al respecto, teniendo en cuenta los posibles costos y beneficios y el tipo de contratación de que se trate.

Párrafo 3)

27. Este párrafo y los que siguen se han redactado en el entendimiento de que en la etapa ulterior no se permitirán cambios sustanciales en los términos y condiciones del acuerdo marco establecidos al comienzo del procedimiento de contratación. Este enfoque restrictivo recoge un sistema de acuerdo marco cerrado. Permitir cambios en los criterios de evaluación o especificaciones en la etapa de la adjudicación de los contratos en virtud del acuerdo marco podría conducir a abusos, como el favoritismo, al adaptar la entidad adjudicadora los criterios a las necesidades de alguna parte determinada en el acuerdo marco, y exacerba además cualquier efecto anticompetitivo de este tipo de acuerdos²⁰.

Párrafos 4), 5) y 6)

[por escrito]

28. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si las disposiciones deberían exigir que la entidad adjudicadora realizase determinados actos, como expedir órdenes de compra o invitar o notificar a proveedores o contratistas, por escrito (esto es, sobre papel o electrónicamente), y no por teléfono o de otro modo verbal. Ese requisito expreso aparece por ejemplo en la Directiva sobre contratación pública de la UE. La cuestión podría considerarse conjuntamente con el artículo 5 bis sobre las comunicaciones en la contratación pública, recogido en el documento A/CN.9/WG.I/WP.50 (texto que sigue al párrafo 4), presentado asimismo al Grupo de Trabajo en su 11º período de sesiones).

Aceptación de la proposición con éxito y entrada en vigor del contrato adjudicado

29. Tal vez desee el Grupo de Trabajo tomar nota de que las disposiciones reflejan las disposiciones equivalentes del procedimiento de licitación, y no el enfoque más flexible para otros métodos de adjudicación, previsto en el artículo 13. El párrafo 6) g) sigue el texto del artículo 36 4), que se refiere a la entrada en vigor del contrato de conformidad con los términos y condiciones de la oferta aceptada. Si esto puede ser una declaración acertada sobre los términos y condiciones del contrato quizá sea otra cuestión que pueda considerar el Grupo de Trabajo al examinar el artículo 36 y las disposiciones equivalentes para otros métodos de contratación, en una fecha ulterior. (Véase también el párrafo 23 *supra* sobre la

²⁰ Cabe estimar que esos riesgos son considerablemente más altos en los sistemas dinámicos de adquisición abiertos, en donde se permite a un número ilimitado de proveedores potenciales competir en la adjudicación de un contrato determinado. (Véase el documento A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1).

posible necesidad de ajustar las disposiciones sobre la aceptación de la oferta u otra proposición ganadora y de la entrada en vigor del contrato, en toda la Ley Modelo).

Párrafos 5) y 6)

Requisito de decidir desde el principio si el acuerdo marco con múltiples proveedores será del modelo 1 o del modelo 2

30. Los párrafos están redactados de tal forma que la entidad adjudicadora no podrá invitar a otra competencia en la segunda etapa del proceso de adjudicación, a no ser que los términos y condiciones del acuerdo marco digan que éste será el procedimiento de adjudicación y, a la inversa, que la entidad adjudicadora no podrá adjudicar un contrato sin competencia en los términos y condiciones del acuerdo marco previstos para la competencia de la segunda. Una fórmula alternativa sería permitir a la entidad adjudicadora decidir ulteriormente, después de la primera etapa, si debía celebrar o no una competencia en la segunda etapa (siempre que esa posibilidad se haya reservado desde el comienzo del procedimiento de adjudicación en los términos y condiciones del acuerdo marco, revelados en el aviso de solicitud). Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si las ventajas de una mayor flexibilidad se verían contrarrestadas por un posible riesgo de abuso.

Posibilidad de competencia en los mismos términos

31. Quizá desee considerar el Grupo de Trabajo: i) si la frase inicial del párrafo 5) del proyecto de artículo debería encerrar su texto entre corchetes, y ii) cuál de los textos entre corchetes o, en su caso, ambos (con la partícula de conexión adecuada) debería conservarse en el encabezamiento del párrafo 6). La decisión dependería de la posición del Grupo de Trabajo con respecto a la posibilidad de celebrar una competencia de segunda etapa aunque todos los términos y condiciones se hubieran enunciado en el acuerdo marco con proveedores múltiples, siempre que esa posibilidad se hubiera reservado desde el comienzo del proceso de adjudicación (véase el párrafo 30 *supra*). A este respecto se señalan a la atención del Grupo de Trabajo las disposiciones de la Directiva sobre contratación pública de la UE, que prevén esa posibilidad (véase el artículo 32 4), segundo inciso).

Párrafo 6)

32. El párrafo 6) establece los procedimientos que deberán seguirse en la segunda etapa de competencia. Este último procedimiento se parece al procedimiento de licitación, con la excepción de que no se celebra una licitación abierta; sólo se notifica a los proveedores que sean partes en el acuerdo marco las adjudicaciones que se producirán en breve. Si se celebra una subasta electrónica inversa, serán aplicables las disposiciones adicionales sobre esas subastas, y habrá que incluir remisiones a esas disposiciones.

33. El enfoque adoptado en la redacción de las disposiciones, que no permite cambiar sustancialmente en la etapa subsiguiente los términos y condiciones del acuerdo marco establecidos al comienzo del procedimiento de adjudicación (véase el párrafo 27 *supra*), impedirá a la entidad adjudicadora utilizar en la segunda etapa procedimientos semejantes a los de una licitación en dos etapas (artículo 46 4)) o de negociación competitiva (artículo 49), que permiten ambos introducir variaciones sustanciales en las especificaciones y criterios de evaluación.

34. Resulta implícito en las disposiciones del párrafo 6), que exige invitar a todos los proveedores o contratistas que sean partes en el acuerdo marco a presentar proposiciones en la segunda etapa, el que todos los proveedores admitidos en el acuerdo marco deben ser capaces de cumplir todos los contratos de que se trate, de forma que el alcance del acuerdo se restrinja efectivamente a un tipo o grupo de elementos que todos los proveedores o partes en el acuerdo marco sean capaces de suministrar. En algunas jurisdicciones se conciertan acuerdos marco de ámbito más amplio para una lista de elementos que no todos los proveedores o contratistas podrían suministrar, o puede ser evidente que ningún proveedor podría cumplir todos los requisitos de la entidad adjudicadora. Por consiguiente, la entidad adjudicadora puede beneficiarse de la flexibilidad para seleccionar los elementos requeridos e invitar a competir únicamente a los proveedores que puedan suministrar los elementos o a una combinación de ellos. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si la Ley Modelo debería prever acuerdos marco de ámbito amplio o estrecho, teniendo presente que uno de los principales objetivos y beneficios de esos acuerdos es asegurar los suministros. Si el Grupo de Trabajo estima que sólo deberían permitirse los acuerdos marco de ámbito estrecho, tal vez desee considerar si en el caso de los acuerdos marco debería excluirse el artículo 27 h) (que prevé las licitaciones parciales). Si desea prever acuerdos marco de ámbito más amplio, tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar cómo podría limitar la entidad adjudicadora el número de proveedores o contratistas invitados a competir en la segunda etapa.

Párrafo 7)

35. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar en qué casos debería exigirse la publicación del aviso de adjudicación de los contratos de adquisición en virtud del acuerdo marco, haciendo referencia en particular a la cantidad pagadera en virtud del contrato de adquisición de que se trate.

36. Quizá desee el Grupo de Trabajo asimismo considerar si exigir además la publicación de avisos anticipados de los contratos de adquisición que se tenga intención de adjudicar puede aumentar la supervisión y revisión adecuadas, y traducirse en una mayor rentabilidad de los contratos de adquisición (por ejemplo, permitiendo a las entidades adjudicadoras conocer mejores oportunidades y hacer adquisiciones al margen del acuerdo marco. (Véanse, sin embargo, los párrafos 24 a 26 *supra* con respecto a la cuestión de las compras realizadas al margen de los acuerdos marco).

E. Otro posible enfoque de la redacción

37. Quizá desee el Grupo de Trabajo considerar otro posible enfoque de la redacción, por ejemplo regulando los acuerdos marco del modelo 1 por separado de los del modelo 2, a fin de reflejar la naturaleza más sencilla de los primeros. Mientras que los acuerdos del modelo 1 con un solo proveedor quedan suficientemente cubiertos por las disposiciones existentes de la Ley Modelo, la regulación de los acuerdos marco de ese modelo con proveedores múltiples exigiría enmiendas en cierto número de disposiciones.

38. En primer lugar, habría que hacer enmiendas al artículo 2 g) de la Ley Modelo, que define un contrato adjudicado, para prever la posibilidad de concertar contratos de esa índole con más de un proveedor o contratista. Esta disposición podría decir:

“Por ‘*contrato adjudicado*’ se entenderá el contrato entre una o más entidades adjudicadoras y uno o más proveedores o contratistas que resulte del proceso de adjudicación²¹.

39. Además, y en relación con ello, para permitir a las entidades adjudicadoras aceptar más de una oferta o su equivalente, en toda la Ley Modelo las referencias a una oferta o propuesta ganadora o aceptada, una oferta mejor y definitiva y la cotización más baja, o al proveedor o contratista que la presenta tendrían que redactarse en plural en una serie de artículos, como los artículos 11, 27 e), 34 4) b), 36, 38 a 44 y 46 a 50, según el contexto.

40. En segundo lugar, habría que hacer revisiones en todo el texto actual de la Ley Modelo, a fin de prever procedimientos de transparencia, supervisión y revisión. Habría que incorporar a la Ley Modelo salvaguardias adecuadas para asegurar: en primer lugar, que los procedimientos para la asignación de órdenes de compra se revelaran a los proveedores al comienzo del procedimiento de adjudicación; y, en segundo, que los proveedores partes en el acuerdo marco tuvieran medios para verificar la observancia real de esos procedimientos (exigiendo, por ejemplo, que, una vez adjudicadas las órdenes de compra, se notificaran a los proveedores partes en el acuerdo marco las órdenes de compra asignadas y sus beneficiarios). Aunque no habría dificultad para incorporar a la Ley Modelo el requisito de revelar al comienzo del procedimiento de adjudicación los procedimientos de asignación de órdenes de compra en virtud del contrato marco (mediante adiciones al artículo 27 y artículos equivalentes que regulan otros métodos de adjudicación), puede haber mayor dificultad para establecer una supervisión y revisión efectivas, ya que tales disposiciones se aplicarían entonces en la etapa de administración de los contratos²². Además, se plantearía la cuestión de por qué las adjudicaciones a largo plazo o en gran escala no se sometían también a disposiciones similares en esa fase. El Grupo de Trabajo no ha decidido aún si la Ley Modelo debería regular esa fase de la contratación²³.

²¹ Esta definición enmendada permitiría que se concertara un contrato con más de un proveedor no sólo en el caso de los contratos marco. Si el Grupo de Trabajo considera que, como principio general, las entidades adjudicadoras no deberían tener flexibilidad para aceptar más de una oferta y concertar contratos con proveedores múltiples, como principio general, salvo en contexto de los acuerdos marco, se podrían insertar las palabras “en el caso de los acuerdos marco” en la definición, en el lugar que procediera.

²² Véase la nota 5, *supra*.

²³ *Ibid.*