



Asamblea General

Distr. limitada
25 de junio de 2008
Español
Original: inglés

[Sustit]

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
14º período de sesiones
Viena, 8 a 12 de septiembre de 2008

**Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la
Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos
normativos propuestos para la utilización de las comunicaciones
electrónicas en la contratación pública, la publicación de
información relacionada con la contratación pública, las subastas
electrónicas inversas y las ofertas anormalmente bajas**

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-2	3
II. Proyectos de disposición relativos a la publicación de información referente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.58, párrs. 3 y 4)	3-7	3
III. Proyectos de disposición sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en el marco de la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.58, párrs. 5 y 6)	8-14	5
A. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia al artículo [5 bis]: Comunicaciones en la contratación pública	8-12	5
B. Apertura de las ofertas (A/CN.9/WG.I/WP.58, párrs. 9 y 10)	13-14	7
IV. Proyectos de disposición sobre las ofertas anormalmente bajas: texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia al proyecto de artículo 12 bis	15	8
V. Proyectos de disposición encaminados a permitir el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública de conformidad con la Ley Modelo	16-18	12



A.	Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno referente al proyecto de artículo 22 bis (Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa) (A/CN.9/WG.I/WP.59, párr. 3)	16	12
B.	Procedimientos aplicables en las etapas de preparación y sustanciación de una subasta: proyectos de artículo 51 bis a septies (A/CN.9/WG.I/WP.59, párr. 5)	17-18	20

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 (en adelante, “la Ley Modelo”) (A/49/17 y Corr.1, anexo I) figuran en los párrafos 12 a 85 del documento A/CN.9/WG.I/WP.60, que el Grupo de Trabajo tiene a disposición en su 14º período de sesiones. El principal objetivo del Grupo de Trabajo es actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de dar cabida en ella las novedades recientes, incluida la utilización de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en la contratación pública.

2. La presente nota se ha preparado con objeto de dar cuenta del examen hecho por el Grupo de Trabajo de los proyectos de disposición, así como del texto complementario de la Guía para la incorporación al derecho interno, en lo relativo a la publicación de información referente a la contratación pública, la utilización de comunicaciones electrónicas en la contratación pública, las subastas electrónicas inversas y la forma de evitar las ofertas anormalmente bajas. En el 13º período de sesiones se propusieron varios cambios de redacción, que se han consignado a continuación con miras a facilitar la labor de continuación del examen de esas disposiciones por parte del Grupo de Trabajo en un futuro período de sesiones¹.

II. Proyectos de disposición relativos a la publicación de información referente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.58, párrs. 3 y 4)²

3. El Grupo de Trabajo examinó, en su 13º período de sesiones, la propuesta de proyecto de artículo titulado “Artículo 5. Publicidad de textos jurídicos e información sobre contratos próximamente adjudicables”, cuyo párrafo 3 decía lo siguiente:

“3) Las entidades adjudicadoras podrán publicar de vez en cuando información sobre los contratos próximamente adjudicables. Tal publicación no constituirá una convocatoria y no obligará a ninguna entidad adjudicadora a publicar solicitudes de ofertas para los contratos que se hubieren dado a conocer.” (subrayado añadido)

¹ A/CN.9/648, párr. 15. El Grupo de Trabajo examinó los documentos A/CN.9/WG.I/WP.58 y A/CN.9/WG.I/WP.59. Por razones de espacio no se mencionaron en detalle las observaciones del Grupo de Trabajo en su informe, por lo que se reproducen en la presente nota con el fin de prestar asistencia al Grupo de Trabajo cuando reexamine los textos normativos propuestos. Por consiguiente, en los títulos de las secciones del presente documento se indican las referencias para ayudar al Grupo de Trabajo a localizar los textos normativos pertinentes. En los casos en que en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.58 y A/CN.9/WG.I/WP.59 no se hicieron observaciones sobre los textos normativos, se han omitido las secciones pertinentes, pero el Grupo de Trabajo tal vez desee examinarlas cuando, en su momento, vuelva a estudiar dichos documentos.

² En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que las sugerencias formuladas eran de carácter preliminar y que probablemente en un futuro período de sesiones se presentarían nuevas propuestas.

4. La cuestión que analizó el Grupo de Trabajo fue la de la amplitud que se pretendía dar al alcance de los “contratos próximamente adjudicables” que se mencionaban. Se señaló que ni en el texto ni en la Guía para la incorporación al derecho interno figuraba una definición de los “contratos próximamente adjudicables”.

5. Se recordó asimismo que el propósito de la disposición era facilitar la competencia dando a conocer a los proveedores las posibilidades de contratación pública a corto y a mediado plazo, así como contribuir a imponer a las entidades adjudicadoras disciplina en su planificación (objetivos que ya venían explicados en el resto del texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que se refería al artículo 5 propuesto y que se enunciaba en el párrafo 4 del documento A/CN.9/WG.I/WP.58).

6. Se sugirió que se secundara el logro de estos objetivos mediante la inclusión de una referencia a los planes de contratación pública como complemento de la “información sobre contratos próximamente adjudicables”, y que tal referencia no se insertara en el texto de la Ley Modelo sino en el de la Guía para la incorporación al derecho interno. Actualmente se hace hincapié en el carácter facultativo y no vinculante de esa publicación, de modo que las disposiciones alentarían pero no exigirían tal publicación y, en consecuencia, cualquier publicación de esa índole no constituiría una forma de convocatoria, y también se señala que los proveedores no tendrían ninguna vía de recurso en caso de que la información resultara inexacta o de que fuera modificada. De este modo, las entidades adjudicadoras no correrían ningún riesgo al publicar planes de contratación pública, que representarían un factor importante para la divulgación y el conocimiento de esa información, lo cual constituía una de las finalidades de la disposición.

7. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la sección revisada del párrafo 6 del texto propuesto de la Guía, con el que se pretende aclarar los objetivos antes descritos de la disposición y que dice lo siguiente:

“6. En el párrafo 3) del artículo se permite la publicación de información sobre las oportunidades de contratos próximamente adjudicables y sobre los planes de contratación pública. Los legisladores tal vez estimen apropiado poner de relieve las ventajas que entraña la publicación de tal información, así como el hecho de que las entidades adjudicadoras no quedan vinculadas por ella. En particular, con la publicación de esa información las entidades adjudicadoras pueden planificar con mayor disciplina su contratación pública, con lo cual pueden disminuir los casos de adjudicación “especial” y “de emergencia” y, en consecuencia, los de empleo de métodos menos competitivos de contratación pública. Asimismo, puede aumentar la competencia al permitirse que un mayor número de proveedores tenga conocimiento de las oportunidades existentes de contratación pública, evalúe su interés en participar y, en consecuencia, planifique su participación con suficiente antelación. La publicación de esa información también puede tener efectos positivos sobre el contexto más amplio de la buena administración de los asuntos públicos, en particular al someter la contratación pública a un examen público general y al permitir que la comunidad local participe en ella. ...”

III. Proyectos de disposición sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en el marco de la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.58, párrs. 5 y 6)³

A. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia al artículo [5 bis]: Comunicaciones en la contratación pública

8. En su 13º período de sesiones, al examinar el proyecto de artículo 5 bis (Comunicaciones en la contratación pública), el Grupo de Trabajo puso de relieve la importancia de que se permitiera, en la contratación pública, la utilización de más de un medio de comunicación.

9. No obstante, se expresó la duda acerca de si una total flexibilidad a este respecto podría entrañar que la información consignada en el pliego de condiciones dejara de tener importancia. Por ejemplo, en el pliego de condiciones cabría permitir que se recurriera a todos los medios de comunicación posibles en cualquier etapa del proceso, a fin de evitar dificultades si se cambiaba de medio durante dicho proceso. Se observó además que nada indicaba que por razones de eficiencia debiera emplearse un único medio de comunicación o el menor número posible de medios, por lo que se sugirió que se puntualizara esta cuestión en el texto.

10. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las propuestas sobre el párrafo 5 del proyecto de Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia al artículo 5 bis y cuyo texto es el siguiente:

“5) A fin de garantizar la previsibilidad y un examen, un control y una auditoría adecuados, en el párrafo 3) del artículo se exige a la entidad adjudicadora que, al solicitar por primera vez la participación de proveedores o contratistas en el proceso de contratación, especifique todo requisito de forma, así como los medios que se utilizarán para comunicar información en un determinado proceso de contratación. La entidad adjudicadora debe dejar claro si pueden utilizarse una o varias formas y uno o varios medios para comunicar información y, en caso de que se pudieran utilizar varios, qué forma y qué medio debe emplearse en cada etapa del proceso de contratación y respecto de qué tipos o clases de información o medidas. Por ejemplo, pueden estar justificadas algunas disposiciones especiales para presentar dibujos técnicos complejos o muestras, o para efectuar copias de seguridad adecuadas cuando exista el riesgo de que se pierdan los datos si se presentan únicamente en una sola forma o por un solo medio. Al principio del proceso de contratación, la entidad adjudicadora puede prever que, durante un determinado proceso de adjudicación, podrá introducir modificaciones en los requisitos de forma o los medios de comunicación. Esa opción podría estar justificada, por ejemplo, en las contrataciones públicas de larga duración, como las que implican acuerdos marco en virtud del artículo [...] de la presente Ley. En ese caso, se exigirá a la entidad adjudicadora, además de reservarse

³ En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo señaló que las sugerencias formuladas eran de carácter preliminar y que probablemente en un futuro período de sesiones se presentarían nuevas propuestas.

esa posibilidad cuando solicite por primera vez la participación de los proveedores o contratistas en el procedimiento de adjudicación, que garantice el respeto de las salvaguardias enunciadas en [el párrafo 4) del artículo 5 bis] cuando escoja cualquier forma o medio de comunicación nuevos, y que la modificación se notifique a todos los interesados con prontitud. No obstante, la utilización de varios medios de comunicación o el hecho de comunicar que durante el proceso podrá cambiarse libremente de medios tendrán repercusiones tanto en la eficiencia del procedimiento de adjudicación como en la validez de la información relativa a los medios de comunicación. Por consiguiente, las entidades adjudicadoras deberían prever únicamente los medios de comunicación y las modificaciones de los mismos que resultaran justificables y que de antemano se consideraran apropiados para el proceso de que se trate.”

11. Por último, dado que el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia a las comunicaciones en la contratación pública no trata de alentar la utilización de las comunicaciones electrónicas, en gran parte debido a la necesidad de determinar si sería apropiado permitir que la entidad adjudicadora insistiera en que los distintos Estados promulgantes emplearan determinados medios, se estimó que sería útil formular, en una introducción general a la contratación pública por medios electrónicos en la Ley Modelo, observaciones acerca de las ventajas de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública y de las salvaguardias que deben preverse.

12. A este respecto, el Grupo de Trabajo recordará que ha convenido en insertar tal introducción general en la sección de la Guía que precede a las observaciones sobre cada uno de los artículos, con objeto de analizar los beneficios que puede aportar y los problemas que puede plantear la contratación pública por medios electrónicos (inclusive la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública), la interacción entre la contratación pública por vía electrónica y la legislación en materia de comercio electrónico, y el criterio general de la Ley Modelo revisada en lo referente a la regulación de la contratación pública por medios electrónicos⁴. El Grupo de Trabajo, a fin de explicar conceptos que se analizarán en detalle en las observaciones artículo por artículo (con las remisiones del caso), tal vez desee incluir en el texto de orientación pertinente los siguientes elementos:

a) Un examen del “criterio del equivalente funcional”, que permite redactar cualquier escrito o documento, proceder a una firma o a una reunión mediante una comunicación electrónica;

b) Un análisis de las repercusiones que puede tener el hecho de que exista un reconocimiento jurídico en la legislación sobre comercio electrónico, pero no en la propia Ley Modelo;

c) Un estudio sobre las salvaguardias que es necesario adoptar al prever comunicaciones electrónicas, por ejemplo, que la elección del medio de comunicación por la entidad adjudicadora esté sujeta a disposiciones que prohíban la discriminación, que tal elección deba hacerse constar en el pliego de condiciones,

⁴ A/CN.9/595, párrs. 18 a 22, A/CN.9/WG.I/WP.42, párr. 13, A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párr. 2, y A/CN.9/WG.I/WP.54, párr. 25.

y que se exijan medidas para garantizar la autenticidad, la integridad y la confidencialidad;

d) Un examen del modo en que pueden obtenerse los beneficios de la contratación pública por vía electrónica, que son, entre otros, la eficiencia administrativa durante el proceso de contratación pública y el aumento de la transparencia y de la capacidad de supervisión del proceso. A este respecto, cabría observar en el texto de orientación pertinente que las condiciones óptimas para lograr esto último se dan cuando los sistemas de contratación, rendición de cuentas y supervisión están integrados y cuando se incluyen todas las etapas de la contratación, desde la planificación hasta la administración de los contratos;

e) El hecho de que los beneficios de la eficacia administrativa tal vez no puedan obtenerse de igual manera en todos los procedimientos de contratación; se considera en general que esos beneficios se logran especialmente en las contrataciones simples y que tienen una menor incidencia en los procedimientos complejos.

B. Apertura de las ofertas (A/CN.9/WG.I/WP.58, párrs. 9 y 10)

13. En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó el texto que se proponía insertar en la parte de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia al párrafo 2) del proyecto del artículo 33 (Apertura de ofertas), el cual se centraba en los requisitos para que los participantes en una convocatoria virtual de ofertas pudieran seguir el procedimiento “plena y oportunamente”, como se explicaba en el párrafo 2 del proyecto. Se opinó que el texto actual era demasiado largo y que sería ventajoso analizar por separado la expresión “plena y oportunamente” y la forma de abordar las irregularidades que surgían en una subasta. En consecuencia, el párrafo propuesto se ha dividido en tres partes y se ha revisado del modo siguiente:

“2. El párrafo 2) enuncia la regla de que la entidad adjudicadora debe permitir que todo proveedor o contratista que haya presentado una oferta, o su representante, asistan al acto de apertura de las ofertas. Esa asistencia puede ser en persona o por medios que satisfagan lo prescrito en el artículo 5 bis de la Ley Modelo (véase el examen de los requisitos pertinentes en los párrafos [...] de la presente Guía)⁵. En la segunda frase del párrafo 2) del artículo 33 se complementan esas disposiciones del [párrafo 4) del artículo 5 bis] aclarando que, en el contexto de la apertura de ofertas, se entenderá que se ha permitido a los proveedores o contratistas asistir a la apertura de las ofertas si se les ha dado la oportunidad de mantenerse plena y oportunamente informados de

⁵ En el [apartado d) del párrafo 3) del artículo 5 bis] se exige que la entidad adjudicadora, al solicitar por primera vez la participación de proveedores o contratistas en el procedimiento de adjudicación, especifique los medios que se habrán de utilizar para celebrar las reuniones de proveedores o contratistas. De acuerdo con el [párrafo 4) del artículo 5 bis], esos medios deberán poder utilizarse fácilmente junto con los que habitualmente emplean los proveedores o contratistas en el contexto de que se trate y deberán garantizar que los proveedores o contratistas puedan participar plenamente y en tiempo real en la reunión. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si sería suficiente hacer una remisión a las mencionadas disposiciones o si habría que insertar su texto en la presente sección de la Guía, ya sea en el párrafo o como nota de pie de página.

dicha apertura. Esa disposición está en consonancia con lo establecido en otros instrumentos internacionales.

La expresión “plena y oportunamente” significa que se dé a los proveedores o contratistas la oportunidad de observar en tiempo real (escuchando o leyendo) exactamente la misma información comunicada durante la apertura. Esta oportunidad debe brindarse al mismo tiempo en que toda persona físicamente presente en la apertura de las ofertas seguiría u oiría la información pertinente, a reserva del tiempo requerido para cargarla informáticamente en el lugar en que deberá leerse. Esta información comprende los anuncios hechos de conformidad con el párrafo 3) del artículo 33.

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

14. En lo que respecta a los riesgos que puede correr la integridad de las ofertas en caso de que éstas sean abiertas de forma automatizada, en el 13º período de sesiones se observó que convendría reexaminar la última parte del párrafo 4 del texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia al párrafo 2) del artículo 33. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el siguiente proyecto revisado:

“4. ... Deberían haberse adoptado medidas para impedir que quede entredicho la integridad de las ofertas e impedir que éstas se borren o que se destruya el sistema cuando éste proceda a abrir las ofertas. El sistema debería también estar concebido de modo tal que permitiera seguir todas las operaciones realizadas durante la apertura de las ofertas, incluida la determinación de la identidad de la persona que abrió cada una de las ofertas y sus componentes, así como la fecha y hora en que lo hizo. También debe garantizar que la información abierta sólo permanecerá accesible a las personas autorizadas a tener conocimiento de su contenido (como los miembros de un comité de evaluación o los auditores en etapas posteriores del procedimiento de adjudicación). Las reglamentaciones de la contratación pública y otras reglamentaciones que habrá de aprobar el Estado promulgante deberán abordar esas y otras cuestiones.”

IV. Proyectos de disposición sobre las ofertas anormalmente bajas: texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia al proyecto de artículo 12 bis

15. En sus períodos de sesiones 11º y 12º, el Grupo de Trabajo examinó los proyectos de disposición de la Guía que se habían redactado en apoyo de la

propuesta de artículo 12 bis (Rechazo de licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas anormalmente bajas)⁶. El texto revisado, al que se han incorporado las sugerencias formuladas, dice lo siguiente:

- “1) La finalidad del artículo es facultar a la entidad adjudicadora para rechazar toda licitación, propuesta, oferta, cotización o puja (denominadas en adelante “ofertas anormalmente bajas”) a raíz de las cuales la entidad adjudicadora abrigue dudas sobre la capacidad del proveedor o contratista que haya presentado alguna de esas ofertas anormalmente bajas para cumplir el contrato, de serle adjudicado. El artículo es aplicable a cualquier procedimiento de contratación pública realizado en el marco de la Ley Modelo, inclusive los de subastas electrónicas inversas, en los que los riesgos de que se presenten ofertas pueden considerarse mayores que en otros procedimientos, particularmente cuando la técnica empleada sea nueva para el sistema pertinente.
- 2) El artículo no exige la aprobación de una autoridad administrativa superior para que la entidad adjudicadora adopte las medidas en él mencionadas, y tampoco obliga a la entidad adjudicadora a rechazar una oferta anormalmente baja.
- 3) El artículo prevé las salvaguardias necesarias, que tienen por objeto proteger los intereses legítimos de ambas partes (los de las entidades adjudicadoras y los de los proveedores y contratistas). Por un lado, permite a la entidad adjudicadora ocuparse de las posibles ofertas anormalmente bajas antes de concertar un contrato. Desde la perspectiva de la entidad adjudicadora, una oferta anormalmente baja entraña el riesgo de que el contrato no pueda cumplirse, o de que no pueda cumplirse al precio ofrecido, y de que se produzcan costos adicionales y demoras en el proyecto que den lugar a precios más altos y perturben el procedimiento de contratación pertinente. Es, pues, necesario que la entidad adjudicadora adopte medidas para evitar ese riesgo de incumplimiento.
- 4) Por otro lado, la entidad adjudicadora no puede rechazar automáticamente una oferta por el mero hecho de que el precio de ésta parezca anormalmente bajo. Si se confiriera ese derecho a las entidades adjudicadoras, se daría pie a los abusos, ya que podrían rechazarse ofertas conceptuadas como anormalmente bajas sin justificación alguna o sobre la base de criterios puramente subjetivos. Ese riesgo es especialmente grave en la contratación pública internacional, donde un precio anormalmente bajo en un país puede ser perfectamente normal en otro. Además, algunos precios pueden parecer anormalmente bajos si son inferiores al costo; sin embargo, podría ser lícito vender existencias antiguas por un precio inferior al de su costo, o fijar precios inferiores a los costos para mantener ocupada la mano de obra, a reserva de las reglamentaciones aplicables en materia de competencia.
- 5) Por esas razones, el artículo protege a los proveedores y contratistas frente a la posibilidad de que las entidades adjudicadoras adopten decisiones

⁶ A/CN.9/623, párrs. 48, 53 y 55, y A/CN.9/640, párrs. 42, 48 y 49. El Grupo de Trabajo observó que las sugerencias formuladas en esos períodos de sesiones eran de carácter preliminar y que probablemente en un futuro período de sesiones se presentarían nuevas propuestas.

arbitrarias o prácticas abusivas impidiendo que éstas rechacen una oferta anormalmente baja salvo en el caso en que tengan verdaderas dudas sobre la capacidad del proveedor o contratista para cumplir el contrato, en caso de serle adjudicado, y exigiendo que tales dudas estén bien fundadas. Sin embargo, esas condiciones no prejuzgan la capacidad que tenga la entidad adjudicadora, en virtud de cualquier otro derecho aplicable, para rechazar una oferta anormalmente baja, por ejemplo, si se han seguido actos delictivos (como blanqueo de dinero) o si se han seguido prácticas ilegales (como el incumplimiento de la legislación en materia de salarios mínimos o seguridad social).

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

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

8) El Estado promulgante podrá decidir regular el tipo de información cuya presentación podrá solicitar la entidad adjudicadora a efectos de justificación del precio. En este contexto, conviene señalar que la evaluación se hará para saber si el precio es realista (basándose en los elementos constitutivos de la oferta, como los abordados en el párrafo anterior) y para ello se recurrirá a factores como las estimaciones anteriores a la oferta, los precios del mercado o los precios de contratos anteriores, si se dispone de ellos. Podría no ser adecuado solicitar información sobre los costos en que se han basado los proveedores o contratistas para determinar el precio en sí. Dado que la evaluación de los costos puede ser engorrosa y compleja, y como tampoco es posible realizarla en todos los casos, la capacidad de las entidades adjudicadoras para evaluar los precios sobre la base del costo puede ser limitada. En algunos ordenamientos, la ley puede prohibir a las entidades adjudicadoras solicitar información sobre la estructura de costos debido al riesgo de que esa información sea mal utilizada.

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

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

11) La entidad adjudicadora sólo podrá rechazar la oferta anormalmente baja una vez que haya adoptado las medidas descritas en los apartados a) a c) del párrafo 1. La decisión sobre el rechazo de la oferta anormalmente baja deberá hacerse constar en el expediente del procedimiento de contratación y comunicarse sin demora al proveedor o contratista afectado, de conformidad con el párrafo 2) del artículo. [Si el Grupo de Trabajo decide que debería permitirse a los interesados apelar contra tal decisión, una cuestión que se resolverá cuando el Grupo de Trabajo examine el capítulo VI de la Ley Modelo, la referencia y el comentario pertinentes se insertarían aquí]

12) Los Estados promulgantes deberían ser conscientes de que, además de las medidas previstas en el presente artículo, cabe adoptar otras medidas con las que se pueden prevenir eficazmente los riesgos de incumplimiento que pudieran dimanar de ofertas anormalmente bajas. La evaluación exhaustiva de las calificaciones de los proveedores (de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Ley Modelo) y la evaluación de sus licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas (de conformidad con el artículo 34 y su equivalente para los métodos de contratación sin licitación) pueden desempeñar una función particularmente importante en este contexto. Estas medidas dependen a su vez de que se formulen adecuadamente los requisitos de calificación y de que se redacten con precisión las especificaciones. Las entidades adjudicadoras deberían recibir instrucciones adecuadas al respecto y ser conscientes de la necesidad de reunir información exacta y amplia sobre las calificaciones de los proveedores o contratistas, inclusive sobre sus respectivos historiales, y de prestar la debida atención, en la evaluación, a todos los aspectos de las licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas presentadas, y no únicamente al precio (sino también, por ejemplo, a los costos de mantenimiento y de sustitución, cuando proceda). Estas medidas pueden resultar de eficacia a la hora de determinar los riesgos de incumplimiento.

13) Otras medidas que cabría adoptar consistirían en: i) dar a conocer los efectos perjudiciales de las ofertas anormalmente bajas; ii) proporcionar capacitación, recursos suficientes e información a los funcionarios encargados de la contratación pública, concretamente sobre los precios de referencia o del mercado; y iii) prever tiempo suficiente para cada etapa del proceso de contratación. A fin de eliminar todo aliciente que los proveedores y contratistas pudieran encontrar en la presentación de ofertas anormalmente bajas y de promover una actuación responsable por parte de éstos en la presentación de sus ofertas, podría ser conveniente que las entidades adjudicadoras especificaran en el pliego de condiciones, o en otros

documentos equivalentes, que las ofertas presentadas podrán rechazarse si son anormalmente bajas y si hacen dudar a la entidad adjudicadora sobre la capacidad del proveedor o contratista para ejecutar el contrato adjudicable.”

V. Proyectos de disposición encaminados a permitir el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública de conformidad con la Ley Modelo

A. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno referente al proyecto de artículo 22 bis (Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa) (A/CN.9/WG.I/WP.59, párr. 3)

16. En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo, al examinar el proyecto de artículo 22 bis (Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa), formuló algunas sugerencias preliminares para el texto de la Guía que habría de referirse a ese artículo. Según una observación adicional dirigida a la Secretaría, debería redactarse una introducción general a la utilización de las subastas electrónicas inversas que se insertara antes de las observaciones artículo por artículo. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el texto revisado de los comentarios introductorios y de las observaciones referentes al artículo 22 bis, que se exponen a continuación, y determinar si los comentarios introductorios y las observaciones deberían seguir figurando en el mismo lugar o si los comentarios deberían insertarse en otra parte de la Guía. El texto revisado es el siguiente:

“Artículo 22 bis: Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa

1) Cabe definir la subasta electrónica inversa como una subasta dinámica realizada en tiempo real y por vía informática entre una organización compradora y varios proveedores que compiten entre sí para obtener la adjudicación de un contrato presentando sucesivamente ofertas de precio inferior o mejor calificadas durante un plazo predeterminado. Así pues, la subasta es un proceso repetitivo para seleccionar la oferta ganadora, que supone la utilización, por los proveedores, de comunicaciones electrónicas para presentar ya sea su nuevo precio inferior o su oferta revisada a la baja en función del precio y del valor ponderado de los demás criterios que se vayan a utilizar para determinar la oferta ganadora.

2) Esta clase de subastas se ha venido utilizando cada vez más desde que en 1994 se adoptó el texto de la Ley Modelo original (texto en que no se preveían tales subastas). Las tecnologías electrónicas han facilitado la utilización de la subasta inversa al reducir enormemente los gastos de las operaciones y al permitir que los proveedores ofertantes (los “concurstantes”) mantuvieran anónima su identidad, ya que las subastas se realizaban virtualmente sin la presencia física de los concursantes.

3) Se ha observado que la subasta electrónica inversa puede tener muchas ventajas. En primer lugar, puede incrementar el valor obtenido por el mismo dinero (debido al aumento de la competencia entre los concursantes y a

las sustanciales economías de gastos que pueden realizarse por medio de un comercio dinámico efectuado en tiempo real). En segundo lugar, puede reforzar la eficiencia en la asignación de recursos (abreviando el plazo necesario para adjudicar un contrato y reduciendo los gastos administrativos en comparación con los del procedimiento tradicional de licitación abierta).

4) En tercer lugar, la subasta electrónica inversa puede fomentar la transparencia en el proceso de contratación y contribuir a prevenir los abusos y la corrupción al garantizar que se disponga de información sobre otras ofertas y que el resultado del procedimiento sea visible para los participantes. La información sobre los resultados sucesivos de la evaluación de las ofertas en cada etapa de la subasta y sobre el resultado final de ésta se da a conocer instantánea y simultáneamente a todos los concursantes. Toda oferta revisada que se presente da lugar a una clasificación o reclasificación⁷ de los concursantes, que se efectúa mediante métodos automáticos de evaluación y una fórmula matemática. La Ley Modelo sólo permite procesos de evaluación automática cuando pueda preservarse el anonimato de los concursantes y el carácter confidencial y localizable del procedimiento. Así, esas subastas se caracterizan por un proceso de evaluación totalmente automatizado o con una intervención limitada de personas; este factor puede también de por sí desalentar las prácticas abusivas y la corrupción.

5) Por otra parte, la subasta electrónica inversa puede incitar a dar excesiva importancia al precio y la facilidad de su empleo puede dar lugar a que se utilice excesivamente o en casos inadecuados. Puede también tener efectos de competencia desleal a mediano y a largo plazo. En particular, este tipo de subasta es más vulnerable que otros métodos de contratación al empleo de ciertas prácticas de colusión entre concursantes, especialmente en proyectos en que participen pocos concursantes o en los que se convoque repetidas veces a subasta a un mismo grupo de concursantes*.

6) Sucede a menudo que la entidad adjudicadora encarga a un tercero, es decir, a una agencia proveedora de servicios, que organice y administre la subasta y la asesore sobre la estrategia que debe seguir. La entidad adjudicadora debe ser consciente de las posibles consecuencias negativas que entraña el hecho de encomendar las decisiones a entidades fuera del ámbito gubernamental, como a proveedores terceros de programas informáticos o prestadores de servicios, cuando tienen lugar subastas electrónicas inversas. Esas agencias pueden representar y tener acceso tanto a las entidades adjudicadoras como a los concursantes, lo cual puede dar lugar a conflictos de organización que pueden suponer una grave amenaza para la competencia leal entre los concursantes. Todos esos factores pueden a su vez mermar la confianza de los proveedores y contratistas en el procedimiento de contratación que se realice mediante una subasta electrónica inversa. Las entidades adjudicadoras pueden también verse obligadas a pagar gastos generales para la preparación de los proveedores y contratistas con el fin de

⁷ El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la sustitución de este término por un sinónimo.

* Existe colusión cuando dos o más concursantes se entienden entre sí para manipular el precio de una subasta, o para influir en él, manteniéndolo artificialmente alto, o cuando se reparten el mercado recurriendo a la táctica de no presentar ofertas o de presentar ofertas perdedoras. Sobre esta cuestión véase el examen más detallado que figura en los párrafos [...] de la presente Guía.

facilitarles la presentación de ofertas mediante subastas electrónicas inversas. A consecuencia de ello, la entidad adjudicadora puede verse expuesta a gastos adicionales derivados del hecho de que se recurra a una subasta electrónica inversa (por ejemplo, los costos de oportunidad dimanantes del hecho de que algunos proveedores o contratistas decidan abandonar el proceso gubernamental si se les exige presentar ofertas tramitadas por el método de la subasta electrónica inversa) y a precios superiores a los que se habrían logrado de haberse empleado otras técnicas de contratación. Además, en el marco de una subasta electrónica, puede existir un alto riesgo de que los proveedores consigan tener acceso no autorizado a información delicada desde el punto de vista comercial sobre los concursantes concurrentes.

7) Reconociendo a la vez las ventajas y los riesgos eventuales de la subasta electrónica inversa, la Ley Modelo permite el recurso a dicha técnica a reserva de que se respeten las salvaguardias enunciadas en las condiciones exigidas para el empleo de la subasta electrónica, que figuran en el artículo [22 bis] y los requisitos de procedimiento indicados en los artículos [51 bis a septies] de la Ley Modelo. Los criterios que se exponen a continuación se consideran particularmente importantes para la realización satisfactoria de subastas electrónicas inversas; en el comentario artículo por artículo que figura más abajo se ofrece una mayor orientación acerca de esos criterios y de los diversos aspectos de las disposiciones de la Ley Modelo. Los criterios consisten en que:

a) Deben formularse condiciones y especificaciones claras, que deben darse a conocer a los proveedores al principio del proceso de contratación, junto con toda la información relativa al modo en que se llevará a cabo la subasta electrónica inversa;

b) La subasta electrónica inversa sea apropiada para los bienes y servicios comúnmente utilizados, para los que exista un mercado competitivo, aunque los Estados promulgantes deben asegurarse de que las entidades adjudicadoras conozcan las condiciones pertinentes para recurrir a tales subastas y las circunstancias en que este método resulte apropiado;

c) La subasta electrónica inversa sea adecuada en un procedimiento de contratación en el que el precio sea el factor determinante o un factor determinante destacado;

d) Es importante que participe en la subasta un número suficiente de concursantes a fin de garantizar la competencia;

e) Es importante salvaguardar el anonimato de los concursantes;

f) Es imprescindible que en la subasta se tengan en cuenta el criterio del precio y criterios objetivamente cuantificables no relacionados con el precio (como los plazos de entrega y las consideraciones técnicas), y que se evite tomar en consideración elementos subjetivos al cuantificar dichos criterios, a fin de prevenir todo posible abuso;

g) La subasta electrónica inversa constituya una ronda única y final antes de seleccionar al concursante ganador, también con el objetivo de impedir los abusos;

h) El precio de la oferta ganadora deba figurar en el contrato adjudicado; e

i) Se especifiquen claramente y por adelantado, el momento de la apertura, así como los criterios que regirán el cierre de una subasta electrónica inversa.

8) De conformidad con la Ley Modelo, las subastas electrónicas inversas pueden sustanciarse como método de contratación en sí o como la etapa final que antecede a la adjudicación del contrato en otros métodos de contratación, según el caso y cuando proceda. Cabe la posibilidad de que el recurso a una subasta electrónica inversa, como etapa de algún otro método, no resulte apropiado respecto de todas las técnicas de contratación previstas en la Ley Modelo. El que dicha opción resulte apropiada dependerá en primer lugar de si se cumplen las condiciones para recurrir a una subasta electrónica inversa que se enuncian en el artículo [22 bis] de la Ley Modelo y las condiciones exigibles para el empleo y el método de adjudicación en el cual vaya a ser utilizada. Por ejemplo, el artículo 19 de la Ley Modelo autoriza a la entidad adjudicadora a recurrir a la adjudicación por el método de solicitud de propuestas cuando no resulte viable para la entidad adjudicadora formular especificaciones detalladas sobre el objeto del contrato adjudicable. Esta regla está en contradicción directa con la principal condición enunciada en el artículo [22 bis 1) a)], para el empleo de la subasta electrónica inversa, por lo que el recurso a dicha técnica en el marco de la solicitud de propuestas sería contrario a los requisitos establecidos en la Ley Modelo. Los requisitos de procedimiento de alguno de los métodos de adjudicación pueden ser también contrarios a los rasgos inherentes a la subasta electrónica inversa. Por ejemplo, el régimen propio de la licitación prohíbe toda negociación con los proveedores o contratistas, así como la presentación de ofertas tras la expiración del plazo señalado para tal fin, lo cual contradice el curso natural de una subasta electrónica inversa en la que los proveedores o contratistas van presentando sucesivamente ofertas más bajas⁸.

9) Será adecuado recurrir a subastas electrónicas inversas durante la segunda etapa competitiva en el caso de acuerdos marco. [remisión a las disposiciones sobre los acuerdos marco]

⁸ El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las dudas acerca de si la presentación de ofertas revisadas no está en consonancia con el principio general en que se basan los procedimientos de licitación se plantean también, al menos en parte, en todos los métodos de adjudicación previstos en la Ley Modelo, a excepción de la contratación negociada. Para hacer frente al problema de los procedimientos de licitación, cabría enmendar el artículo 35 de la Ley Modelo modificándolo de forma similar al texto del artículo 34 1) a), tal como convino el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 14 a 17, A/CN.9/590, párr. 101, y A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párr. 3). Así, cabría enmendar el texto del artículo 35 para que dijera lo siguiente: “La entidad adjudicadora no celebrará negociación alguna con ningún proveedor o contratista respecto de la oferta que haya presentado. Esta prohibición no afectará a la presentación de ofertas revisadas durante una subasta electrónica inversa llevada a cabo de conformidad con los artículos [22 bis y 51 bis y siguientes] de la presente Ley. El Grupo de Trabajo también podría plantearse la posibilidad de insertar en el texto una disposición en virtud de la cual se permitiera la presentación de ofertas revisadas en cualquier método de adjudicación empleando esta formulación u otra formulación similar.

10) En el artículo [22 bis] se enuncian los requisitos para recurrir a una subasta electrónica inversa, que constituye uno de los principales métodos para asegurar que los criterios fundamentales antes expuestos se apliquen en la práctica. Estos criterios se basan en la idea de que la subasta electrónica inversa está ante todo concebida para satisfacer ciertas necesidades periódicas que puedan tener las entidades adjudicadoras de bienes sencillos, normalizados y de uso general (por ejemplo, artículos de oficina), como productos básicos, bienes de equipo informático normalizados y materiales básicos para la construcción. En los contratos de esta índole, el factor determinante es el precio o la cantidad; no se requiere ningún proceso complejo de evaluación; las repercusiones de los gastos de postventa suelen ser nulas (o limitadas); y no cabe prever ninguna ventaja adicional ni ningún servicio que pueda prestarse una vez concluido el contrato inicial. Normalmente, no debería recurrirse a subastas electrónicas inversas en los tipos de contratación que prevean múltiples variables o en que los factores cualitativos tengan preeminencia sobre el criterio del precio y las consideraciones cuantitativas.

11) La obligación de facilitar unas especificaciones detalladas y precisas enunciada en el apartado 1) a) impedirá el recurso a esta técnica para la adjudicación de la mayoría de los contratos de servicios o de obras, salvo que sean de carácter muy sencillo (por ejemplo, simples tareas de mantenimiento de la red viaria). Además, y con miras a que la subasta electrónica inversa cumpla correctamente su objetivo de lograr precios bajos pero realistas, es importante que los concursantes conozcan plenamente sus estructuras de costos, lo cual es improbable cuando hay varios niveles de subcontratistas, una situación común en los procedimientos más complejos de adjudicación de obras. También sería improcedente, por ejemplo, recurrir a una subasta para adjudicar contratos de obras o servicios que requieran alguna prestación intelectual, como pudiera ser alguna labor de diseño. En función de las circunstancias que se den en un determinado Estado promulgante y concretamente su grado de experiencia con la subasta electrónica inversa, un Estado promulgante puede decidir limitar el empleo de este tipo de subasta a la adjudicación de contratos para el suministro de bienes, excluyendo los contratos de obras y de servicios en el artículo.

12) En algunos países se llevan listas de las categorías de bienes, obras o servicios que sean adjudicables por medio de una subasta electrónica inversa. Conviene que el Estado promulgante tenga en cuenta lo engorroso que puede resultar en la práctica llevar una de esas listas, dado que deberá ser actualizada periódicamente a medida que aparezcan nuevos productos y otros artículos pertinentes. Si se desea llevar una lista, tal vez sea preferible elaborar una lista ilustrativa de los bienes que cabrá adjudicar por medio de la subasta electrónica inversa, o bien enunciar una lista de las características genéricas determinantes para decidir si un artículo concreto se presta o no a la adquisición por medio de esta técnica de contratación.

13) Al formular especificaciones detalladas y precisas, la entidad adjudicadora deberá prestar particular atención a la objetividad de las características técnicas y cualitativas de los bienes, las obras o los servicios que sean objeto del contrato adjudicable, conforme lo exige el artículo 16 2) de la Ley Modelo, a fin de que los concursantes dispongan de una base común

al ir a formular sus ofertas. Procede por ello utilizar una terminología común para definir los bienes, las obras o los servicios mediante códigos o por referencia a normas generales definidas por el mercado.

14) El apartado 1) b) tiene por objeto reducir los riesgos de colusión y procurar que la subasta culmine con un resultado satisfactorio para la entidad adjudicadora. En él se exige que exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas presumiblemente aptos para participar en la subasta electrónica inversa. Se ha incluido en el texto esta disposición porque se ha comprobado que el marco de una subasta propicia más la colusión que otros métodos de contratación, por lo que es fundamental mantener el anonimato de los concursantes. Así pues, no es conveniente recurrir a la subasta electrónica inversa en un mercado con un número reducido de proveedores potencialmente cualificados e independientes, o en un mercado dominado por uno o varios proveedores preponderantes, ya que dichos mercados son particularmente vulnerables a la manipulación de precios y a otras prácticas de competencia desleal. El apartado 1) b) también está complementado por lo dispuesto en el artículo [51 quater 6)], que exige que la entidad adjudicadora tenga presente, al invitar a los proveedores o contratistas, la necesidad de velar por que haya una competencia efectiva durante la subasta. La entidad adjudicadora tendrá derecho a cancelar la subasta, conforme a lo previsto en el artículo [51 quinquies 2)] si el número de proveedores o contratistas que se hayan inscrito para participar en la subasta es insuficiente para garantizar una competencia efectiva en el curso de la misma [remisión apropiada al texto de Guía que haría referencia a los artículos pertinentes].

15) La referencia en el artículo 22 bis 1) b) a proveedores que se estime que son aptos para participar en la subasta electrónica inversa no debe entenderse en el sentido de que será necesario que los candidatos se precalifiquen para participar en ese tipo de subasta. Tal vez suceda que, para agilizar el proceso y reducir gastos, tan sólo se verifiquen las calificaciones del proveedor o contratista que presentó la oferta aceptada [remisión pertinente al texto de la Guía en que se analicen las opciones posibles, particularmente en el marco del artículo 51 septies 2)].

16) Este artículo se ha concebido para ser aplicado a la adjudicación de contratos que se haga en función del precio o en función del precio y de otros criterios señalados al comienzo del proceso de adjudicación, es decir, en el anuncio de la subasta electrónica inversa. El concepto de la subasta implica que la competencia de precios es un importante factor determinante (cuando no el único); la subasta electrónica inversa no se presta a procedimientos de adjudicación complejos, en los que tienen importancia los juicios de valor. Cuando para determinar la oferta ganadora se toman en consideración criterios distintos del precio, el párrafo 1) c) (al igual que otras disposiciones de la Ley Modelo) exige que dichos criterios sean transparentes, objetivos y cuantificables (en cifras o porcentajes) y que puedan expresarse en términos monetarios. No deben confundirse esos criterios ajenos al precio con los elementos de las especificaciones que se utilizarán para determinar la conformidad de una oferta (expresable en términos con criterios de apta/no apta; véase el artículo 34 2) de la Ley Modelo). Este artículo requiere que toda evaluación con criterios distintos del precio se haga con anterioridad a la

subasta, en el marco de la evaluación completa que se haga de las ofertas iniciales, y que los resultados de dicha evaluación sean comunicados, según corresponda, por separado y simultáneamente a cada proveedor o contratista interesado, junto con la fórmula matemática que se utilizará durante la subasta para determinar la oferta ganadora. Dicha fórmula deberá permitir que cada proveedor o contratista interesado determine su propia posición respecto de los demás proveedores con anterioridad a la subasta y durante cualquier etapa de la misma. Se trata así de conseguir una evaluación objetiva y transparente efectuada conforme a los criterios aplicables (gracias a la divulgación previa de los procedimientos que deben seguirse y de la fórmula matemática utilizable, así como de los resultados de la evaluación de las ofertas iniciales), evitándose toda manipulación o subjetividad (por ejemplo, mediante un sistema de puntuación) a la hora de determinar la oferta ganadora. La entidad adjudicadora deberá tratar toda oferta inicial que reciba como habría de tratar cualquier otra oferta que le fuera presentada en el marco de la Ley Modelo, por lo que deberá respetar su integridad y confidencialidad⁹.

17) Sin embargo, el Estado promulgante y las entidades adjudicadoras deben ser conscientes del riesgo que entraña el hecho de permitir que se apliquen criterios distintos del precio en la determinación de la oferta ganadora. Además de los riesgos comunes a todos los métodos y técnicas de contratación (en relación con el análisis pertinente, véanse los párrafos ... de la presente Guía), el Estado promulgante deberá tener presentes los riesgos particulares inherentes a la subasta electrónica inversa, como pudieran ser: **[en un futuro período de sesiones se agregarán detalles sobre cuestiones como la modificación de la calidad de las ofertas cuyo alcance sea tal que la subasta deje efectivamente de basarse en una especificación común; cuanto mayor sea el número de criterios variables, más difícil resultará tanto para la entidad adjudicadora como para los proveedores entender la forma en que la modificación de un elemento repercutirá en la clasificación general; la forma de abordar los criterios de calidad que sean criterios de evaluación (es decir, excluyendo los criterios de conformidad de las ofertas, calificadas de aptas o no aptas) que se evalúen antes de la subasta; y la necesidad de evitar subastas en las que el precio se subaste separadamente de los artículos de calidad, y respecto de las cuales se hayan observado abusos en la práctica].**

18) El Estado promulgante será el que decida si la decisión de adjudicación en un procedimiento de contratación pública efectuado mediante subasta electrónica inversa se adoptará únicamente en función del precio o también en función de otros criterios, según cuáles sean las circunstancias locales, particularmente el grado de experiencia adquirido en el empleo de la subasta electrónica inversa y el sector de la economía en el que se pretenda realizar una subasta de esta índole. Se recomienda a todo Estado promulgante que no haya adquirido aún suficiente experiencia en el empleo de la subasta electrónica inversa que la introduzca gradualmente, dado que la experiencia en esta técnica evoluciona; es decir, que comience permitiendo subastas sencillas

⁹ El Grupo de Trabajo expresó anteriormente la opinión de que el artículo 45 de la Ley Modelo actual debería ser aplicable a todos los métodos de contratación, por lo que debería insertarse una referencia o una remisión pertinente.

en las que el precio sea el único factor para determinar la oferta ganadora, y que, más adelante, si procede, recurra a subastas más complejas en las que los criterios de adjudicación sean otros, además del precio. Este último tipo de subasta requiere un alto nivel de experiencia y pericia por parte de la entidad adjudicadora, concretamente la capacidad de incorporar criterios distintos del precio a una fórmula matemática que permita evitar toda subjetividad en el proceso de evaluación. Este grado de experiencia y pericia será necesario incluso en supuestos en los que la entidad adjudicadora encomiende la tramitación de la subasta a un tercero, prestador de servicios, que actúe en nombre de la entidad adjudicadora, dado que ésta aún debe poder supervisar debidamente las actividades de estos terceros proveedores de servicios.

19) A fin de obtener los máximos beneficios de una subasta electrónica inversa, es preciso que tanto las entidades adjudicadoras como los proveedores sean conscientes de las ventajas que este método entraña y obtengan el apoyo necesario para confiar en el proceso. Así pues, si el Estado promulgante decide introducir esta técnica de adjudicación de contratos, debería estar dispuesto a invertir recursos suficientes en programas de divulgación y capacitación, a fin de demostrar en el plazo más breve posible que la nueva técnica introducida es rentable y sostenible para todos los interesados. De lo contrario, un mercado en el que se hubieran empleado con éxito otras técnicas de contratación podría perder concursantes al introducirse esta técnica, frustrándose así la inversión gubernamental en el sistema de la subasta electrónica inversa. Deberá impartirse formación al personal de las entidades adjudicadoras para que adquieran la pericia requerida para tramitar la subasta electrónica inversa y comprendan sus ventajas y también los problemas y riesgos que entrañan. Es preciso que los proveedores y contratistas, particularmente los del sector de la pequeña y mediana empresa, conozcan y comprendan los cambios que supone la negociación de contratos públicos por medio de una subasta electrónica, así como las repercusiones que esos cambios tendrán en su respectiva actividad empresarial. Conviene que el público en general sea consciente de las ventajas de la nueva técnica de adjudicación de contratos y que confíe en que dicho método favorecerá el logro de los objetivos de la contratación pública. Los programas de divulgación y capacitación podrán ser impartidos por diversos conductos y medios, muchos de los cuales tal vez ya existan (por ejemplo, sesiones informativas periódicas, boletines, monografías, servicios regulares de asistencia y asesoramiento, guías sencillas y de fácil consulta, subastas simuladas y cursos de inducción y orientación). Al organizar esos programas de divulgación y capacitación deberá preverse algún mecanismo que permita informarse acerca de los resultados obtenidos por todos los interesados, de modo que puedan analizarse y, eventualmente, puedan introducirse los ajustes necesarios en los procesos con subasta electrónica inversa.

20) Las disposiciones de la Ley Modelo no deberán interpretarse en el sentido de que la subasta electrónica inversa resulta apropiada y debe recurrirse siempre a ella, aun cuando no se cumplan todos los requisitos del artículo [22 bis]. Tal vez el Estado promulgante desee especificar en un reglamento alguna condición adicional para el empleo de la subasta electrónica inversa, como pudiera ser la conveniencia de agrupar las compras con miras a amortizar los gastos que entraña el establecimiento del sistema para celebrar una subasta electrónica inversa, entre los que cabe destacar los gastos de

contratación de servicios informáticos externos y de los prestadores de servicios.”

B. Procedimientos aplicables en las etapas de preparación y sustanciación de una subasta: proyectos de artículo 51 bis a septies (A/CN.9/WG.I/WP.59, párr. 5)

Texto propuesto para la Ley Modelo revisada¹⁰

17. En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo, al examinar los proyectos de artículo 51 bis a septies (Procedimientos en las etapas de preparación y sustanciación de una subasta), formuló las siguientes sugerencias de modificación del texto propuesto de la Ley Modelo:

a) Sustitución del párrafo 2) del proyecto de artículo 51 bis por el siguiente texto:

“2) Cuando se vaya a utilizar una subasta electrónica inversa en el marco de algún [otro] método de contratación pública previsto en la presente Ley, la entidad adjudicadora publicará un anuncio de la subasta electrónica inversa cuando convoque por primera vez a proveedores o contratistas a la participación en dicho proceso de contratación de conformidad con las disposiciones pertinentes de la presente Ley;”

b) Sustitución de la primera frase del párrafo 2) del proyecto de artículo 51 ter por el siguiente texto:

“La entidad adjudicadora podrá fijar el número mínimo o un máximo de proveedores contratistas que se invitará a participar en la subasta a condición de que, al imponer dicho límite, actúe con la convicción de que con ello propiciará el mantenimiento de una competencia efectiva y de la equidad en el trato de los concursantes¹¹;”

c) Sustitución de la primera frase del párrafo 4) del proyecto de artículo 51 ter por el siguiente texto:

“La entidad adjudicadora podrá decidir que toda subasta electrónica inversa deberá ir precedida de una evaluación de la conformidad de las ofertas;”

d) Supresión, en el párrafo 6) del proyecto de artículo 51 quater, de las palabras “en la medida de lo posible”;

e) Sustitución del apartado d) del párrafo 1) del proyecto de artículo 51 sexies por el siguiente texto:

¹⁰ El Grupo de Trabajo convino en que esas sugerencias eran de carácter preliminar y en que se formularían otras propuestas cuando el Grupo de Trabajo pasara a examinar el texto.

¹¹ El Grupo de Trabajo convino también en examinar, en un futuro período de sesiones, la cuestión de si esa concepción debería o no constituir una obligación general aplicable a todos los tipos de contratación pública regulados por la Ley Modelo, y si tal consideración debería enunciarse en el texto de la Ley Modelo, o analizarse en la Guía para la incorporación al derecho interno, de modo que fuera aplicable a todas esas técnicas de contratación (inclusive la adjudicación por medio de subastas electrónicas inversas).

“No se intercambiará comunicación alguna entre la entidad adjudicadora y los concursantes, o entre éstos, a excepción de lo dispuesto en los apartados a) y c) del presente párrafo;”

f) Supresión, en el párrafo 4) del proyecto de artículo 51 sexies, de las variantes “podrá” y “estará obligada a”; y

g) En la versión inglesa del apartado b) del párrafo 1) del proyecto de artículo 51 septies, sustitución de la palabra “submission” por “submissions”.

Texto propuesto para la Guía para la incorporación al derecho interno

18. En sus períodos de sesiones 12° y 13°, el Grupo de Trabajo recordó que, en un futuro período de sesiones, examinaría el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que haría referencia a los proyectos de artículo 51 bis a 51 septies. Asimismo, en su 13° período de sesiones, observó que si una subasta electrónica inversa era cancelada por alguno de los motivos enunciados en el párrafo 1) del proyecto de artículo 51 septies, podía quedar en entredicho el anonimato de los concursantes de la subasta y que, por consiguiente, habría que introducir en la Guía un comentario por el que se advirtiera a las entidades adjudicadoras que no es conveniente celebrar una segunda subasta durante el mismo procedimiento de contratación si se considera que ello puede entrañar un riesgo para el anonimato de los concursantes.
