



Asamblea General

Distr. limitada
22 de septiembre de 2010
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
19º período de sesiones
Viena, 1 a 5 de noviembre de 2010

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios – texto revisado de la Ley Modelo

Nota de la Secretaría

Adición

En la presente nota se recoge una propuesta de capítulo VI (Subastas) de la Ley Modelo revisada, que comprende los artículos 47 a 51.

Las observaciones de la Secretaría figuran en las notas de pie de página correspondientes.



CAPÍTULO VI. SUBASTAS

Artículo 47. Procedimientos para solicitar la participación en una subasta como método de contratación

- 1) La entidad adjudicadora solicitará ofertas publicando una invitación a participar en el proceso de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo [29 bis]. La invitación incluirá lo siguiente:
- a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;
 - b) Una descripción del objeto de la contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo [10] de la presente Ley, y el momento y el lugar convenientes o requeridos para suministrar el objeto de la contratación;
 - c) Las cláusulas y condiciones del contrato, de ser conocidas por la entidad adjudicadora, y el formulario de contrato que hayan de firmar las partes, de haberlo;
 - d) Una declaración con arreglo al artículo [8] de la presente Ley;
 - e) Los criterios y procedimientos que se aplicarán para evaluar la idoneidad de los proveedores o contratistas, y los documentos probatorios y demás información que deban presentar los proveedores y contratistas para demostrar su idoneidad, de conformidad con el artículo [9] de la presente Ley;
 - f) Los criterios y el procedimiento de evaluación de las ofertas según la descripción del objeto del contrato adjudicable¹;
 - g) Los criterios y procedimientos de evaluación de las ofertas, de conformidad con lo dispuesto en el [párrafo 5) del artículo 11] de la presente Ley, con inclusión de toda fórmula matemática que se vaya a utilizar en el procedimiento de evaluación durante la subasta²;
 - h) [suprimido]³;
 - i) La forma en que habrá de formularse y expresarse el precio de la propuesta, así como una indicación de si ese precio habrá de incluir otros elementos distintos del costo en sí del objeto de la contratación, tales como gastos por concepto de transporte o de seguros, derechos de aduana e impuestos aplicables;
 - j) La moneda o las monedas en que deberá formularse y expresarse el precio de la propuesta⁴;

¹ En la Guía adjunta se explicará que el examen podrá efectuarse después de la subasta, tal como se dispone en el artículo 51.

² Se suprimió la referencia a “todo criterio que no pueda modificarse en el curso de la subasta” que figuraba al final de esta disposición en anteriores versiones porque parece referirse a criterios de examen/conformidad ya abarcados por el apartado f) de este párrafo.

³ Se suprimió la referencia a la posibilidad de presentar ofertas para una parte o partes del objeto del contrato adjudicable porque esto supondría celebrar varias subastas separadas como parte del mismo proceso de contratación.

⁴ Modificado de conformidad con lo dispuesto en A/CN.9/690, párr. 22 b). En la Guía adjunta se indicará que la entidad adjudicadora podrá decidir no incluir esta información en la contratación nacional, si, dadas las circunstancias, resulta innecesario.

k) El número mínimo de proveedores o contratistas que deban inscribirse para la subasta a fin de que ésta pueda tener lugar, que habrá de ser suficiente para asegurar una competencia efectiva⁵;

l) Caso de imponerse un límite al número de proveedores o contratistas que pueden inscribirse para la subasta, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2) de este artículo, el número máximo de que se trate y los criterios y el procedimiento que, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley, se seguirán para seleccionarlo;

m) La vía de acceso a la subasta, incluida información apropiada para conectarse a la subasta⁶;

n) El plazo para que los proveedores y contratistas se inscriban a fin de participar en la subasta y los requisitos de inscripción;

o) La fecha y el momento de la apertura de la subasta y los requisitos de identificación de los concursantes en el momento de la apertura de la subasta;

p) [suprimido]⁷;

q) Los criterios por los que se regirá la clausura de la subasta;

r) Otras normas aplicables a la subasta, así como la información que se facilitará a los concursantes en el curso de la subasta, el idioma en que se proporcionará⁸ y las condiciones para la presentación de ofertas;

s) Remisiones a la presente Ley, a la reglamentación de contratación pública o a cualquier otra disposición de derecho interno que sea directamente aplicable al proceso de contratación, inclusive a la aplicable a la contratación con información reservada o no divulgable, y el lugar en que pueden consultarse esas disposiciones;

⁵ En la Guía adjunta se abordarán las cuestiones de la objetividad y el trato equitativo, conforme a lo sugerido en el Grupo de Trabajo, y las razones para no fijar ningún mínimo en la Ley Modelo, tal como se hace, por ejemplo, en los procedimientos de solicitud de propuestas.

⁶ La frase “con información apropiada para efectuar la conexión”, reemplaza la frase “informándose sobre el equipo electrónico que se vaya a utilizar y las especificaciones técnicas para efectuar la conexión”, que se había utilizado en anteriores versiones, ya que la primera es más neutra desde un punto de vista tecnológico. En la Guía adjunta se especificarán los aspectos técnicos que deberán cumplirse (como el sitio web, todo programa informático concreto, las características, la capacidad, el equipo electrónico que se va a utilizar y las especificaciones técnicas para efectuar la conexión).

⁷ Se suprimió la disposición que decía “si la subasta se desarrollará en una sola o en varias etapas (en cuyo caso, se indicará el número de etapas y su duración prevista)” en el entendimiento de que no será necesario que haya distintas etapas si no se excluyen concursantes al final de cada etapa. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar que, incluso si se mantiene la posibilidad de celebrar una subasta en una multiplicidad de etapas, pueden proporcionarse datos detallados en las reglas para la realización de la subasta a que se hace referencia en el apartado r) de este párrafo.

⁸ La Secretaría entiende que en la Guía adjunta debería indicarse (para armonizarlo con las decisiones del Grupo de Trabajo sobre disposiciones parecidas relativas al idioma) que la entidad adjudicadora podrá decidir no incluir esta información en la contratación nacional, si, dadas las circunstancias, se considera innecesario, pero que en algunos países multilingües podría ser importante indicar el idioma o los idiomas que se emplearán (véase A/CN.9/690, párr. 22 b)).

t) Los medios por los cuales los proveedores o contratistas podrán pedir aclaraciones respecto de los procedimientos de contratación⁹;

u) El nombre, el cargo y la dirección de uno o varios funcionarios o empleados de la entidad adjudicadora que hayan sido autorizados para tener comunicación directa con los proveedores o contratistas en relación con el proceso de contratación, antes y después de la subasta¹⁰, sin intervención de un intermediario;

v) [suprimido]¹¹;

w) Una notificación del derecho previsto en el artículo [61] de la presente Ley a interponer un recurso por incumplimiento de las disposiciones de la presente Ley, junto con la información acerca de la duración del período de moratoria aplicable y, de no haberlo, una declaración a tal efecto y las razones del caso;

x) Cualquier formalidad que sea requerida después de la subasta para la validez del contrato adjudicado, inclusive, cuando corresponda, la evaluación de la idoneidad o de la conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo [51] de la presente Ley y la firma de un contrato escrito, conforme a lo previsto en el artículo [20] de la presente Ley¹²;

y) Cualquier otro requisito establecido por la entidad adjudicadora de conformidad con la presente Ley y el reglamento de la contratación pública aplicable al proceso de adjudicación¹³.

2) La entidad adjudicadora podrá imponer un límite máximo al número de proveedores o contratistas que podrán inscribirse para la subasta solo en la medida en que así lo exijan las limitaciones de capacidad de su sistema de comunicaciones¹⁴. La entidad adjudicadora, consignará, en el expediente previsto en

⁹ En este caso se han omitido las disposiciones adicionales que suelen utilizarse en este contexto a lo largo de toda la Ley Modelo y que dicen “y una indicación de si la entidad adjudicadora se propone convocar, para dicho fin, una reunión de proveedores o contratistas” ya que sería inapropiado en una situación de subasta en que es de capital importancia preservar el anonimato de los concursantes. En la Guía adjunta se hablará más de esta discrepancia.

¹⁰ Se agregaron las palabras “antes y después de la subasta” habida cuenta de lo dispuesto en el apartado d) del párrafo 2) del artículo 50 de la versión actual.

¹¹ Se suprimió la referencia a cualquier compromiso que haya de asumir el proveedor o contratista al margen del contrato adjudicado, de conformidad con lo dispuesto en A/CN.9/690, párr. 39 h).

¹² En este caso se han omitido las disposiciones adicionales que suelen utilizarse en este contexto a lo largo de toda la Ley Modelo, que dicen “o la aprobación de una autoridad u otro órgano público superior y una estimación del tiempo que, una vez expedido el aviso de aceptación, se necesitará para obtener esa aprobación” habida cuenta de las condiciones para recurrir a las subastas como método autónomo de contratación. Es poco probable que la aprobación por una autoridad superior o por el gobierno sea necesaria para la contratación de un objeto según lo previsto en el párrafo 1) del artículo 28 de la versión actual.

¹³ Durante las consultas entre períodos de sesiones se sugirió que en la Guía adjunta se insistiera en que si se va a aplicar un derecho de admisión a la subasta (cosa que no se recomienda en vista de las conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo en anteriores períodos de sesiones al examinar las disposiciones del artículo 7 y la cuestión de la subasta electrónica inversa), como mínimo se dé a conocer al iniciarse la contratación.

¹⁴ La frase “sólo en la medida en que las limitaciones de capacidad de su sistema de comunicaciones así lo exijan” reemplaza la frase “por motivos técnicos o de capacidad” que se utilizaba anteriormente. La Secretaría entiende que no debería haber limitaciones de capacidad,

el artículo [23] de la presente Ley, una relación de las razones y circunstancias en que se basó para imponer ese límite máximo.

3)¹⁵ La entidad adjudicadora podrá decidir, habida cuenta de las circunstancias de la contratación de que se trate, que la subasta irá precedida de un examen o evaluación de las ofertas iniciales¹⁶. En tal caso, la invitación a la subasta, además de la información enumerada en el párrafo 1) de este artículo, incluirá:

a) Una invitación a presentar ofertas iniciales, junto con las instrucciones para preparar esas ofertas¹⁷;

b) Una indicación de la forma, el lugar y el plazo para la presentación de ofertas iniciales¹⁸.

4) Cuando la subasta vaya precedida por el examen o evaluación de las ofertas iniciales, la entidad adjudicadora hará llegar sin demora, una vez concluido dicho examen o evaluación:

a) El aviso del rechazo y de los motivos que lo justifiquen a cada proveedor o contratista cuya oferta inicial se haya rechazado;

b) Una invitación a inscribirse para participar en la subasta a cada proveedor o contratista cuya oferta inicial sea conforme, junto con toda la información necesaria para participar en la subasta;

c) Cuando se haya efectuado una evaluación de las ofertas iniciales, cada invitación a inscribirse para la subasta irá acompañada del resultado de la

salvo las que surjan por motivos técnicos. La redacción que se sugiere concuerda con la del párrafo 5) del artículo 50, con referencia a “sus sistemas de comunicaciones”.

¹⁵ En la Guía adjunta se explicará que el Estado promulgante podrá omitir los dos próximos párrafos si decide que su legislación nacional de contratación pública solo preverá subastas muy sencillas, en que no haya una etapa previa a la subasta aparte de la inscripción para la subasta. No obstante, en la Guía se indicará que incluso en este tipo de subastas, si la entidad adjudicadora tiene que imponer un límite al número de concursantes por motivos de limitaciones de capacidad en sus sistemas de comunicaciones (véase el párrafo 2) de este artículo), tal vez prefiera limitar el grupo de esos concursantes declarados aptos y que presenten una oferta conforme y no el número máximo de concursantes especificado que se inscribieron primero.

¹⁶ En la Guía adjunta se indicará que la evaluación de la idoneidad de los proveedores es parte integrante del examen o la evaluación de las ofertas iniciales.

¹⁷ En la versión actual se suprimió la frase que dice “con inclusión del idioma o los idiomas en que habrán de prepararse las ofertas iniciales, de conformidad con el artículo [13] de la presente Ley”, que figuraba al final de esta disposición en versiones anteriores. La Secretaría entiende que bastaría que en la Guía adjunta se hiciera referencia a este punto. Para ajustarse a las decisiones del Grupo de Trabajo sobre disposiciones parecidas relativas al idioma, en la Guía también debería señalarse que la entidad adjudicadora podrá decidir no incluir esta información en la contratación nacional, si, dadas las circunstancias, se considera innecesario, pero que una indicación del idioma o los idiomas que se emplearán podría ser importante en algunos países multilingües (véase A/CN.9/690, párr. 22 b)).

¹⁸ En la Guía adjunta se hará una referencia cruzada a los apartados f) y g) del párrafo 1) en lo que respecta a los criterios de examen y evaluación de las ofertas, que también se aplicará a las ofertas iniciales.

evaluación en lo que concierne al proveedor o contratista al que esté dirigida la invitación^{19, 20}.

Artículo 48. Procedimientos para solicitar la participación en procesos de contratación que comprendan una subasta como fase previa a la adjudicación del contrato²¹

1) Cuando se vaya a utilizar una subasta como fase previa a la adjudicación del contrato en un método de contratación, según el caso, o en un procedimiento de acuerdo marco con segunda etapa consecutiva, la entidad adjudicadora notificará a los proveedores y contratistas, cuando les solicite por primera vez su participación en el proceso de contratación, que se celebrará una subasta, y proporcionará, además de cualquier otra información que deba proporcionarse con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, la siguiente información sobre la subasta:

a) La fórmula matemática²² que se utilizará en el procedimiento de evaluación durante la subasta²³;

b) La vía de acceso a la subasta, con inclusión de información apropiada para efectuar la conexión a la subasta.

2) Antes de la celebración de la subasta, la entidad adjudicadora enviará una invitación a la subasta a todos los proveedores o contratistas que sigan participando en el proceso de contratación, especificando lo siguiente:

a) El plazo para que los proveedores y contratistas se inscriban a fin de participar en la subasta y las condiciones de inscripción;

b) La fecha y el momento de la apertura de la subasta y los requisitos de identificación de los concursantes en el momento de la apertura de la subasta;

c) [suprimido]²⁴;

¹⁹ En la Guía adjunta se indicará el alcance de la información sobre el resultado de la evaluación completa que haya de proporcionarse.

²⁰ En la versión actual se suprimieron las disposiciones relativas a la obligación de la entidad adjudicadora de asegurarse de que se invita a un número suficiente de proveedores o contratistas para que haya competencia efectiva ya que la entidad adjudicadora no tendría medios de asegurarse de que: se invitara a todos los concursantes que hubieran presentado una oferta conforme hasta cualquier máximo especificado en la invitación a la subasta. La entidad adjudicadora no puede ampliar el grupo de concursantes conformes si resultara ser reducido. En tal caso, se aplicarían las disposiciones del párrafo 2) del artículo 49.

²¹ El título se abrevió de conformidad con lo dispuesto en A/CN.9/690, párr. 42 a).

²² En su 18º período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó modificar esta redacción sustituyendo la limitada referencia a una fórmula matemática por una referencia más amplia a una metodología de evaluación automática que previera tal fórmula, sobre la base del texto pertinente de la versión de 2006 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC (A/CN.9/690, párrafo 42 c)). Esto se ha hecho agregando unas palabras a la definición de subasta que figura en el artículo 2, y se aborda en el apartado b) del párrafo 2) del artículo 50.

²³ Se suprimió la referencia que figuraba al final de esta disposición en anteriores versiones a "todo criterio que no pueda verificarse durante la subasta". Véase la correspondiente nota de pie de página *supra* en lo que respecta al apartado g) del párrafo 1) del artículo 47.

²⁴ Véase la correspondiente nota de pie de página, *supra*, respecto de las fases de la subasta.

- d) Los criterios por los que se regirá la cláusula de la subasta;
- e) Otras normas aplicables a la subasta, así como la información que se facilitará a los concursantes en el curso de la subasta, el idioma en que se proporcionará²⁵ y las condiciones para la presentación de ofertas.

Artículo 49. Inscripción para participar en la subasta y plazo para la apertura de la subasta

- 1) La confirmación de la inscripción para participar en la subasta será comunicada sin tardanza a cada proveedor o contratista inscrito.
- 2) Si el número de proveedores o contratistas inscritos no es suficiente para asegurar una competencia efectiva²⁶, la entidad adjudicadora podrá cancelar la subasta. La cancelación será comunicada sin tardanza a cada proveedor o contratista inscrito.
- 3) El plazo de tiempo entre el envío de la invitación a inscribirse para participar en la subasta y la celebración de ésta será suficientemente largo para dar tiempo a los proveedores o contratistas a prepararse para la subasta, teniendo en cuenta las necesidades razonables de la entidad adjudicadora²⁷.

Artículo 50. Condiciones exigibles en el curso de la subasta

- 1) La subasta se basará:
 - a) Cuando el contrato público se adjudique a la oferta con el precio más bajo, en los precios; o
 - b) Cuando el contrato público se adjudique a la oferta más ventajosa, en el precio y en los demás criterios que se hayan comunicado a los concursantes de conformidad con los artículos [47 y 48] de la presente Ley, según corresponda.
- 2) En el curso de una subasta:
 - a) Todos los concursantes gozarán por igual de la posibilidad de presentar en cualquier momento sus ofertas;

²⁵ La Secretaría entiende que en la Guía adjunta debería indicarse (para armonizarlo con las decisiones del Grupo de Trabajo sobre disposiciones parecidas relativas al idioma) que la entidad adjudicadora podrá decidir no incluir esta información en la contratación nacional, si, dadas las circunstancias, se considera innecesario, pero que en algunos países multilingües podría ser importante indicar el idioma o los idiomas que se emplearán (véase A/CN.9/690, párr. 22 b)).

²⁶ Modificado de conformidad con lo dispuesto en A/CN.9/690, párr. 45.

²⁷ En la Guía adjunta se explicará que este período también debe ser suficientemente largo para que pueda examinarse efectivamente el pliego de condiciones de la convocatoria conforme al capítulo VIII de la presente Ley. Con arreglo a las disposiciones pertinentes de ese capítulo en la versión actual, el pliego de condiciones solo puede impugnarse antes de que expire el plazo para la presentación de ofertas, lo cual en las subastas sencillas (sin un examen o evaluación previos a la subasta de las ofertas iniciales), significará hasta el momento de la apertura de la subasta.

b) Toda oferta será objeto de una evaluación automática con arreglo a los criterios, procedimientos y fórmulas comunicados a los proveedores o contratistas con arreglo a lo dispuesto en los artículos [47 y 48] de la presente Ley, según corresponda;

c) Cada concursante recibirá, de modo instantáneo y continuo, información suficiente para poder conocer la posición de su oferta respecto de las demás ofertas²⁸;

d) No se intercambiará comunicación alguna entre la entidad adjudicadora y los concursantes, o entre los concursantes, que no esté prevista en los apartados a) y c) del presente párrafo.

3) En el curso de la subasta, la entidad adjudicadora no dará a conocer la identidad de ninguno de los concursantes.

4) La subasta será clausurada de conformidad con los criterios comunicados a los proveedores o contratistas conforme a los artículos [47 y 48] de la presente Ley, según corresponda.

5) La entidad adjudicadora suspenderá o dará por clausurada la subasta de haber sufrido su sistema de comunicaciones alguna disfunción que comprometa el curso de la subasta o por cualquier otro motivo previsto en las normas aplicables a la subasta. La entidad adjudicadora no dará a conocer la identidad de ninguno de los concursantes, de haber tenido que suspender o declarar clausurada la subasta²⁹.

Artículo 51. Condiciones exigibles después de la subasta

1) La oferta que al clausurarse la subasta tenga el precio más bajo o sea la oferta más ventajosa, según el caso, será la propuesta ganadora.

2) En la contratación mediante subasta en que la subasta no vaya precedida del examen o la evaluación de las ofertas iniciales³⁰, la entidad adjudicadora se asegurará de la conformidad de la oferta ganadora y de la idoneidad del proveedor o contratista que la presente. La entidad adjudicadora rechazará la oferta si se comprueba que no es conforme o que el proveedor o contratista que la presenta no está calificado. Sin perjuicio del derecho de la entidad adjudicadora a cancelar el procedimiento de conformidad con el [párrafo 1) del artículo 17] de la presente Ley,

²⁸ En la Guía adjunta se destacarán los riesgos de colusión que pueden surgir cuando se facilita información sobre las demás ofertas. También se insistirá en los riesgos de que los proveedores puedan invertir las ofertas de otros en las subastas más complejas utilizando la fórmula matemática prevista. Se analizarán las dificultades que supone impedir que esto suceda y las dificultades de asegurar un proceso de licitación y de evaluación automática significativos, sin revelar por ello datos delicados desde el punto de vista comercial. También se destacarán las dificultades que supone preservar el anonimato de los concursantes, a pesar de las disposiciones de este artículo y de todo el capítulo, en la contratación de objetos respecto de los cuales existe un grupo de proveedores más o menos estable, aunque pueda asegurarse la competencia entre ellos. Por consiguiente, en la Guía deberán darse ejemplos de las buenas prácticas existentes para mitigar todos estos riesgos.

²⁹ En la Guía adjunta se indicará que como resultado de dar por clausurada la subasta puede cancelarse la contratación.

³⁰ En la Guía adjunta se indicará que la evaluación de la idoneidad de los proveedores es parte integrante del examen o evaluación de las ofertas iniciales.

la entidad adjudicadora podrá seleccionar la oferta que a la clausura de la subasta tenga el siguiente precio más bajo o sea la siguiente oferta más ventajosa, a condición de que se comprueben la conformidad de la oferta y la idoneidad del proveedor.

3) La entidad adjudicadora podrá proceder con arreglo a lo previsto en el artículo [18] de la presente Ley si la oferta que a la clausura de la subasta se haya considerado ganadora le parece anormalmente baja o da lugar a algún temor acerca de la aptitud del concursante que la presentó para cumplir el contrato adjudicado. Si la entidad adjudicadora rechaza la oferta por considerarla anormalmente baja según lo previsto en el artículo [18], deberá seleccionar la oferta que a la clausura de la subasta tenga el siguiente precio más bajo o sea la siguiente oferta más ventajosa. Esta disposición no irá en perjuicio del derecho de la entidad adjudicadora de cancelar el procedimiento de conformidad con el [párrafo 1) del artículo 17] de la presente Ley³¹.

³¹ Durante las consultas entre períodos de sesiones, se sugirió que en la Guía adjunta se explique el carácter de las ofertas (vinculantes o no y en qué condiciones) y las aplicaciones de las disposiciones de la presente Ley respecto de una moratoria y del examen en el marco de las subastas.