



Asamblea General

Distr. limitada
20 de febrero de 2006
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
Noveno período de sesiones
Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: cuestiones suscitadas por la utilización de listas de proveedores

Nota de la Secretaría

Adición

Índice

[Los capítulos I y II se publican en el documento A/CN.9/WG.I/WP.45]

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
III. Posibles revisiones de Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno en lo relativo a la utilización de listas de proveedores: propuestas de reforma	1-29	3
A. Reglamentación de la cuestión de las listas de proveedores de la Ley Modelo	1-9	3
1. Historial de la redacción	1-5	3
2. Reglamentación de la cuestión en la Ley Modelo	6-9	4
B. Examen del tema en el sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004)	10-11	5



C.	Propuestas de reforma	12-29	6
1.	Consideraciones generales.....	12-17	6
	a) Utilización de listas obligatorias u optativas o de ambas	12-13	6
	b) Publicidad de las listas y no de contratos determinados	14-15	7
	c) Controles de la utilización de las listas	16-17	7
2.	Sugerencias de redacción.....	18-29	8
	a) Ley Modelo.....	18-28	8
	b) Guía para la incorporación al derecho interno.....	29	13

III. Posibles revisiones de Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno en lo relativo a la utilización de listas de proveedores: propuestas de reforma

A. Reglamentación de la cuestión de las listas de proveedores de la Ley Modelo

1. Historial de la redacción

1. La Ley Modelo no contiene ninguna disposición expresa sobre la utilización de listas de proveedores. Cuando se redactó, el Grupo de Trabajo de entonces convino en que se mantuvieran al mínimo nivel los requisitos de admisibilidad que excluyeran a determinados tipos de empresas de participar en la licitación, y en que la entidad adjudicadora debía estar en condiciones de aplicar únicamente los requisitos que se enunciaran expresamente en la Ley Modelo sobre Contratación Pública. El Grupo de Trabajo de entonces acordó también mantener al mínimo nivel los procedimientos y formalidades por los cuales la entidad adjudicadora determinaría la admisibilidad de los proveedores o contratistas para participar en un proceso de contratación¹.

2. En la primera versión de la Secretaría figuraba una disposición sobre la utilización de listas de proveedores inscritos (artículo 13)². El proyecto de artículo decía lo siguiente:

“Artículo 13. *Registros de contratistas y proveedores aprobados*

La entidad contratante podrá utilizar un registro de contratistas y proveedores aprobados como fuente para la selección de los contratistas y proveedores a quienes invitará a presentar ofertas de conformidad con el párrafo 2 del artículo 12 solamente si:

a) las solicitudes de inscripción en el registro de los contratistas o proveedores interesados se reciben en cualquier momento y son atendidas dentro de un plazo razonablemente breve;

b) para la inscripción en el registro no se aplican criterios de admisibilidad más estrictos que los establecidos en el inciso a) del párrafo 1 del artículo 8 ni criterios de idoneidad más estrictos que los establecidos de conformidad con el artículo 15;

c) la existencia del registro, las condiciones que han de reunir los contratistas y proveedores a fin de ser inscritos en ese registro, los métodos conforme a los que se comprobarán esas condiciones, el período de validez de la inscripción y los trámites de inscripción y de renovación de la inscripción se han dado a conocimiento del público de manera de señalarlos a la atención de los contratistas y proveedores;

d) las condiciones, métodos, trámites y otros asuntos que se mencionan en el inciso c) no establecen ninguna discriminación contra los contratistas y proveedores extranjeros en lo tocante a la inscripción en el registro utilizado para la invitación a la presentación de ofertas en el procedimiento de licitación internacional ni a su oportunidad de participar en ese procedimiento; y

e) la selección por parte de la entidad contratante da a todos los contratistas o proveedores inscritos en el registro iguales oportunidades de ser escogidos.”³

3. Como se explicó en el comentario relativo a de ese artículo: i) el artículo se refería a la utilización de listas como fuente para la selección de los contratistas y proveedores que participarían en el procedimiento de licitación restringida; ii) se imponían varias condiciones, con el objetivo de que la entidad adjudicadora contara con una base suficientemente amplia para hacer su elección, de modo que fueran mayores sus posibilidades de encontrar el contratista o proveedor más idóneo para la contratación, y que el empleo de la lista no obstaculizara una competencia efectiva ni excluyera injustamente a ningún contratista ni proveedor; y iii) el artículo no se había concebido de manera que resultara aplicable al procedimiento de licitación abierta en que las listas pudieran utilizarse como sólo uno de esos medios suplementarios para la difusión amplia de información sobre los contratos próximamente adjudicables, y por ello no entrañaba los mismos riesgos que en el procedimiento de licitación restringida⁴.

4. Durante el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo de entonces (Nueva York, 5 a 16 de febrero de 1990), única ocasión en que se examinó el proyecto de artículo, se puso en tela de juicio la necesidad y utilidad del proyecto de artículo 13 si no tenía que utilizarse la lista, o si se podía invitar a presentar ofertas a contratistas y proveedores que no figuraran en ella, que eran las cuestiones que habían quedado pendientes en el proyecto de artículo. En aquel período de sesiones, se expresó la opinión de que la utilización de listas de contratistas y proveedores para la convocatoria a presentar ofertas iba en disminución y, en todo caso, esa práctica no debía alentarse porque las listas podían utilizarse de manera que se discriminara injustamente a determinados contratistas y proveedores. En favor de mantener el artículo, se argumentó que podía servir para eliminar la incertidumbre sobre si la entidad adjudicadora podría o no emplear dichas listas y que podía contribuir a que el empleo de estas listas se hiciera con equidad y transparencia⁵.

5. El proyecto de artículo se suprimió al prepararse la segunda versión de la Ley Modelo. La decisión del Grupo de Trabajo de no incorporar a ella disposiciones sobre las listas de proveedores fue cuestionada posteriormente por algunos Estados y especialistas en contratación pública, que expresaron su preocupación por ello⁶.

2. Reglamentación de la cuestión en la Ley Modelo

6. Los criterios, requisitos o procedimientos que utilice la entidad adjudicadora para evaluar la idoneidad de los proveedores o contratistas para participar en el proceso de contratación se enuncian en el artículo 6 de la Ley Modelo⁷. En el párrafo 3 del artículo 6 se dispone que la entidad adjudicadora no impondrá “criterio, requisito o procedimiento alguno” para participar en el proceso de contratación que sea diferente de lo previsto en ese artículo.

7. Como el artículo 6 no se refiere a la inscripción en una lista como requisito que deban cumplir proveedores o contratistas para participar en el procedimiento de contratación pública, con arreglo a la Ley Modelo quedan prohibidas las listas obligatorias de proveedores. En cambio, nada impide a la entidad adjudicadora utilizar listas optativas. Su establecimiento y administración se hallan implícitas en los procedimientos de contratación basados en convocatoria directa.

8. La convocatoria directa es posible con arreglo a la Ley Modelo, no sólo en la negociación competitiva (artículo 49), la solicitud de cotizaciones (artículo 50) y la contratación con un solo proveedor o contratista (artículo 51) sino también en las solicitudes de propuestas, incluso de servicios (con arreglo a los párrafos 3 del artículo 37 y 2 del artículo 48), en las que puede prescindirse del requisito de publicidad en aras de la economía y la eficiencia. La utilización de listas, tanto obligatorias como optativas, para seleccionar a proveedores o contratistas en estos métodos de contratación es común en la práctica, y en algunos casos puede resultar ciertamente útil y necesario asegurar la transparencia y la equidad en la selección de los proveedores para un determinado contrato si no se requiere publicidad del proceso de contratación pública y no se imponen controles para el empleo de las listas, su utilización para seleccionar a los proveedores en estos procedimientos puede significar en la práctica la exclusión de los proveedores no inscritos, pese a que con arreglo al artículo 6 la inscripción no es condición establecida para participar. De este modo, aunque son oficialmente optativas, las listas resultan, en la práctica, obligatorias, porque los posibles proveedores o contratistas tendrían que figurar en ellas para que se los tuviera en cuenta en el trámite de adjudicación para el que se utilicen.

9. Por lo que atañe a la publicidad de la convocatoria a presentar solicitudes de inclusión en la lista, en vez del anuncio de determinados contratos adjudicables (véase A/CN.9/WG.I/WP.45, párrafo 49), esa publicidad no se permitiría con arreglo a la Ley Modelo en los casos en que se requiriera anunciar todo contrato adjudicable, como en las licitaciones abiertas o en las de dos etapas (conforme al artículo 24 y al párrafo 1 del artículo 46, por remisión al artículo 24, las entidades están obligadas a anunciar la convocatoria a licitación o a precalificación respecto de cada contrato adjudicable) y en las licitaciones restringidas (conforme al párrafo 2 del artículo 47, la entidad adjudicadora debe hacer publicar un aviso de todo proceso de licitación restringida. En otros métodos de contratación en los que es posible la convocatoria directa, la entidad adjudicadora tiene libertad para anunciar la existencia de las listas en lugar de dar publicidad a contratos adjudicables independientes comprendidos en la lista, porque en estos casos no se aplica ningún requisito de dar publicidad a un contrato independiente.

B. Examen del tema en el sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004)

10. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de las listas de proveedores en su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004). En esa ocasión, reconoció que, se consideraran o no compatibles con las metas y objetivos de la Ley Modelo, las listas de proveedores se utilizaban en varios Estados. Convino en que correspondía reconocer su existencia y utilización y someter su empleo a normas mínimas de transparencia. Los objetivos serían establecer una reglamentación que asegurara a los proveedores un acceso a ellas más equitativo y transparente, y lograr una cierta armonización de esa normativa con otros regímenes regionales e internacionales de la contratación pública en que se abordara esa cuestión. Independientemente de todo ello, se convino en que regular el empleo de las listas de proveedores podía ser una manera transparente y no discriminatoria de seleccionarlos en el marco de los métodos de contratación restringidos para los

cuales la Ley Modelo no imponía ningún control respecto de la selección de los proveedores (A/CN.9/568, párrafo 61).

11. El Grupo de Trabajo no llegó a acuerdo sobre las propuestas de reforma, incluidas las relativas a la forma en que las disposiciones sobre la materia podían insertarse en la Ley Modelo propiamente dicha o en la Guía para la incorporación al derecho interno (o, en algunos casos, dejar su ejecución en manos de la normativa nacional de cada Estado), y aplazó hasta un futuro período de sesiones el examen de la cuestión. Sin embargo, el Grupo de Trabajo apoyó resueltamente la utilización de listas de proveedores optativas en lugar de obligatorias, y convino en que se debía dar a todos ellos la posibilidad de i) tener conocimiento de las listas, ii) solicitar en cualquier momento una prueba de aptitud, iii) quedar inscritos en ella en un plazo razonablemente breve (a fin de impedir que, con demoras injustificadas en la inscripción, se redujera de hecho la competencia) y iv) recibir notificación de toda decisión de clausurar una lista o de eliminarlos de la lista. Se convino en que la obligación de dar publicidad a la existencia de las listas sería un factor importante de control sobre su utilización, por lo que su existencia debería anunciarse con una frecuencia razonable o de forma permanente. Además, el Grupo de Trabajo convino en que cuando se volviera a examinar este asunto se abordaran todas las formas de inscripción que vinieran a representar listas de proveedores (incluida la inscripción en una lista llevada por terceros) (A/CN.9/568, párrafos 62 a 67).

C. Propuestas de reforma

1. Consideraciones generales

a) Utilización de listas obligatorias u optativas o de ambas

12. Observando que toda alusión expresa a las listas de proveedores en la Ley Modelo puede indicar que se refrenda su utilización en mayor medida de lo que desearía indicar el Grupo de Trabajo, éste podría decidir que, como regla general, se diera carácter optativo a la utilización de listas de proveedores con arreglo a la Ley Modelo, sin excluir el recurso obligatorio a ellas en determinadas circunstancias. Por ejemplo, la relación entre costos y beneficios podría inclinar la balanza a favor del empleo de listas obligatorias en los métodos de contratación pública basados en convocatoria directa. Exigir a la entidad adjudicadora que utilice listas al aplicar esos métodos, siempre que haya mecanismos de control apropiados y manteniendo la posibilidad de que se incorporen a ellas en cualquier momento nuevos proveedores, puede aumentar la transparencia en la selección de proveedores o contratistas con esas modalidades de contratación pública, lo que con arreglo a las disposiciones actuales de la Ley Modelo queda al arbitrio de la entidad adjudicadora. Si el recurso a las listas sigue siendo optativo, seguirá siendo ilimitada la libertad de la entidad adjudicadora para elegir entre distintos métodos para seleccionar a proveedores o contratistas en esas modalidades de contratación pública. Además, el recurso obligatorio a las listas puede resultar justificado e incluso necesario en otros casos, por ejemplo, en las licitaciones electrónicas.

13. Como consideración aparte, cabe decir que algunos Estados tal vez utilicen listas obligatorias con independencia de que se reconozcan o no en la Ley Modelo, por lo que puede ser útil impartir, al menos en la Guía para la incorporación al derecho interno, orientación sobre la forma de hacerlo.

b) Publicidad de las listas y no de contratos determinados

14. Un asunto relacionado con el de las listas obligatorias es el de si la Ley Modelo revisada debería permitir que se anunciara la existencia de una lista en lugar de la próxima adjudicación de determinados contratos comprendidos en ella, y de si en este caso se debería permitir la participación en el proceso únicamente a los proveedores inscritos o a todos. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó volver a examinar esta cuestión en fecha posterior (A/CN.9/568, párrafo 65). Cuando lo haga, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota del grado considerable de solapamiento entre el funcionamiento de las listas de proveedores que se anuncian en lugar de los distintos contratos incluidos en ellas y los acuerdos marco (estos últimos se examinan en el documento A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1).

15. En algunos métodos de contratación en que es importante el anuncio de cada contrato adjudicable, la práctica de anunciar una lista en lugar de contratos independientes no resulta adecuada, por lo que no debe autorizarse. En otros casos, por ejemplo, con respecto a las solicitudes de propuestas, exigir que se les dé publicidad por medio de una lista haría más difícil eliminar del todo el requisito de publicidad, lo cual, por ejemplo, es posible actualmente en virtud del párrafo 2 del artículo 48 de la Ley Modelo si ello obedece a razones de eficiencia y economía. Si no existe el requisito de dar publicidad a un determinado contrato, esta modalidad puede fortalecer el sistema, haciendo más transparentes y competitivos los procesos de contratación, ahorrando tiempo y recursos y manteniendo la flexibilidad necesaria en esos métodos de contratación pública.

c) Controles de la utilización de las listas

16. Con independencia de las opciones que propugne el Grupo de Trabajo (listas obligatorias u optativas o ambas), las disposiciones en que se prevean por lo menos controles mínimos de la utilización de listas de proveedores pueden justificarse en cualquier caso, ya sea en la Ley Modelo o en la Guía para la incorporación al derecho interno, para así asegurar la competencia y la transparencia en la administración de las listas para los procedimientos de contratación en que esté implícita su utilización y ésta sea, de hecho, necesaria y útil (véase el párrafo 8 *supra*). Podrían utilizarse como modelo las reglas del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC y transponerse a la Ley Modelo o a la Guía, según proceda, con dicha finalidad y para armonizar ambos instrumentos, teniendo en cuenta toda revisión propuesta del Acuerdo sobre Contratación Pública relativa a esta cuestión. Se deberían imponer controles sustancialmente idénticos a la utilización de todo tipo de lista de proveedores, porque las diferencias prácticas entre ellos son con frecuencia difusas (véanse los párrafos 13 y 16 de A/CN.9/WG.I/WP.45).

17. Tal vez el Grupo de Trabajo decida que bastaría con una norma de control general en el sentido de que la entidad adjudicadora no podrá utilizar listas si con ello se contravienen los objetivos de la Ley Modelo, remitiendo los aspectos detallados a la Guía y a la normativa de ejecución del Estado promulgante. Otra opción sería poder incorporar a la Ley Modelo más medidas detalladas de control. Para no tener que agregar otro artículo sobre las listas de proveedores y prever las mismas medidas de control en todos los artículos en que se prevé implícitamente la utilización de listas de proveedores, tal vez, en consonancia con el enfoque de los acuerdos de libre comercio bilaterales y multilaterales (véanse los párrafos 41, 42

y 44 del documento A/CN.9/WG.I/WP.45), podrían refundirse las disposiciones pertinentes de los artículos de la Ley Modelo relativos a las condiciones exigibles a proveedores o contratistas y a la precalificación.

2. Sugerencias de redacción

a) Ley Modelo

18. Si se da carácter imperativo a la utilización de listas obligatorias en algunos casos, el Grupo de Trabajo podría decidir modificar el artículo 6 de la Ley Modelo agregando a los criterios, requisitos y procedimientos, a que deberán atenerse los proveedores y contratistas a fin de que se les considere idóneos para participar en el proceso de contratación, el requisito de inscripción en la lista de proveedores aprobados. Cabría agregar la frase “conforme a lo prescrito en la reglamentación de la contratación pública” para dejar en claro que esta inscripción obligatoria podrá exigirse únicamente en los casos estipulados en dicha reglamentación. De este modo, podrá agregarse a la lista que figura en el inciso i) del apartado b) del artículo 6 la frase “y se hallan inscritos en la lista de proveedores aprobados, conforme a lo prescrito en la reglamentación de la contratación pública”. Con ello se cumpliría la disposición del párrafo 3 del artículo 6 en el sentido de que “la entidad adjudicadora no impondrá criterio, requisito o procedimiento alguno para evaluar la idoneidad de proveedores o contratistas diferente de los previstos en el presente artículo”. Los mecanismos de control de la utilización de las listas podrían ser materia de una disposición aparte.

19. Otra opción sería que el Grupo de Trabajo pudiera decidir introducir disposiciones sobre las listas de proveedores en el artículo 7 (Precalificación), que actualmente permite a la entidad adjudicadora convocar a precalificación en función de cada caso a fin de seleccionar a los proveedores o contratistas idóneos en el marco de cualquier método de contratación previsto en la Ley Modelo. Con algunas enmiendas, podría ampliarse el artículo 7 para reglamentar las listas permanentes de precalificación y la utilización de listas de proveedores por la entidad adjudicadora. Este enfoque puede justificarse por la conveniencia de evitar las repeticiones en el texto, porque los criterios, requisitos y procedimientos señalados en el artículo 7 y, por remisión, en el artículo 6 de la Ley modelo, se aplicarían en gran medida al funcionamiento de las listas de proveedores.

20. En espera de las decisiones del Grupo de Trabajo sobre una serie de cuestiones relativas a la forma de regular las listas de proveedores y la forma de abordar la cuestión conexas del anuncio de listas en lugar de contratos determinados en la Ley Modelo revisada o en la Guía para la incorporación al derecho interno, las sugerencias de redacción siguientes se centran en las medidas de control de la utilización de listas de proveedores. Se prepararon como enmiendas del artículo 7, sobre la base de las consideraciones enumeradas en el párrafo anterior (el texto del artículo 7 se reproduce *infra* en escritura normal y los cambios van subrayados).

“Artículo 7. Precalificación

1) La entidad adjudicadora podrá convocar a precalificación con miras a seleccionar proveedores o contratistas idóneos antes de que se presenten ofertas o propuestas en un proceso de contratación pública con arreglo al capítulo III, al capítulo IV o al capítulo V. Las disposiciones del artículo 6 serán aplicables a la precalificación.

- 2) La entidad adjudicadora, cuando convoque a precalificación, deberá proporcionar la documentación correspondiente al proveedor o contratista que la solicite de conformidad con la invitación a la precalificación y que haya abonado el precio cobrado por esa documentación. El precio que la entidad adjudicadora podrá cobrar por la documentación de precalificación no podrá exceder del costo de su impresión y su distribución a los proveedores o contratistas.
- 3) La documentación de precalificación contendrá, por lo menos:
- a) La información siguiente:
 - i) Instrucciones para preparar y presentar las solicitudes de precalificación;
 - ii) Un resumen de las principales cláusulas y condiciones del contrato que se haya de firmar como resultado del proceso de contratación pública, excepto en el caso de que el trámite de precalificación tenga como única finalidad preparar o mantener una lista permanente de proveedores o contratistas precalificados a efectos de adjudicaciones futuras;
 - iii) Los documentos probatorios y demás información que deban presentar los proveedores o contratistas para demostrar su idoneidad;
 - iv) La forma y el lugar de presentación de las solicitudes de precalificación y el plazo para la presentación, con indicación de fecha y hora. El plazo dejará tiempo suficiente a los proveedores y contratistas para preparar y presentar sus solicitudes, teniendo en cuenta las necesidades razonables de la entidad adjudicadora;
 - v) Cualquier otro requisito que fije la entidad adjudicadora de conformidad con la presente Ley y la reglamentación de la contratación pública en lo relativo a la preparación y presentación de las solicitudes de precalificación y al proceso de precalificación;
 - b)
 - i) En el procedimiento con arreglo al capítulo III, la información que, según los incisos a) a e), h) y, si ya se conoce, j) del párrafo 1) del artículo 25, deba incluirse en la invitación a presentar ofertas;
 - ii) En el procedimiento con arreglo al capítulo IV, la información a que se hace referencia en los incisos a), c), si ya se conoce, g), p) y s) del artículo 38; y
 - c) Si el trámite de precalificación tiene por objeto preparar una lista permanente de proveedores o contratistas precalificados a efectos de adjudicaciones futuras, además de lo indicado en el apartado a), si procede, una declaración en ese sentido, la finalidad de la lista, los tipos de contratación comprendidos en ella, las condiciones que deberán cumplir los proveedores o contratistas para quedar inscritos en la lista, los métodos con que se verificará el cumplimiento de cada una de esas condiciones, el período de validez de cada inscripción en la lista y los procedimientos para la inscripción y su renovación.

4) La entidad adjudicadora dará respuesta a las solicitudes de aclaración de la documentación de precalificación que reciba de proveedores o contratistas con antelación razonable al vencimiento del plazo fijado para la presentación de las solicitudes de precalificación. La entidad adjudicadora responderá dentro de un plazo razonable que permita al proveedor o contratista presentar a tiempo su solicitud de precalificación. La respuesta a toda solicitud que quepa razonablemente prever que será de interés para otros proveedores o contratistas se comunicará, sin revelar el autor de la petición, a todos los proveedores o contratistas a quienes la entidad adjudicadora haya entregado la documentación de precalificación.

5) La entidad adjudicadora adoptará una decisión respecto de la idoneidad de cada uno de los proveedores o contratistas que se hayan presentado a la precalificación. Para llegar a esa decisión, la entidad adjudicadora aplicará exclusivamente los criterios enunciados en la documentación de precalificación.

6) La entidad adjudicadora comunicará sin demora a cada uno de los proveedores o contratistas que se hayan presentado a la precalificación si ha sido o no seleccionado y, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 9 del presente artículo, dará a conocer a quien lo solicite los nombres de todos los proveedores o contratistas que hayan sido preseleccionados. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 9 del presente artículo, únicamente los proveedores o contratistas preseleccionados podrán seguir participando en el proceso de contratación pública.

7) La entidad adjudicadora comunicará los fundamentos de su decisión a los proveedores o contratistas que no hayan sido preseleccionados y que lo soliciten, sin estar por ello obligada a precisar los motivos ni indicar las razones de su decisión.

8) La entidad adjudicadora podrá exigir al proveedor o contratista preseleccionado que vuelva a demostrar su idoneidad con arreglo a los mismos criterios que se utilizaron para preseleccionarlo. La entidad adjudicadora descalificará al proveedor o contratista que no vuelva a demostrar su idoneidad pese a haber sido requerido a hacerlo. La entidad adjudicadora notificará sin demora a cada proveedor o contratista de quien se exija que vuelva a demostrar su idoneidad si ha logrado o no hacerlo a satisfacción de la entidad adjudicadora.

9) Las listas de proveedores o contratistas precalificados que se hayan preparado de conformidad con el presente artículo [podrán] [deberán] [podrán y en los casos indicados en la reglamentación de la contratación pública promulgada con arreglo al artículo 4 de la presente Ley, deberán] ser utilizadas por la entidad adjudicadora para seleccionar a los proveedores o contratistas en futuros procedimientos de contratación [realizados conforme a los artículos 47 y 49 a 51, en los procedimientos basados en convocatoria directa con arreglo al párrafo 3 del artículo 37 y el párrafo 2 del artículo 48, y en otros casos según se prescriba en la reglamentación de la contratación pública], siempre que dicha utilización se ajuste a los objetivos de la Ley Modelo, y:

a) La lista y la convocatoria a precalificación para la inclusión en aquélla, que contendrá como mínimo la información prevista en el apartado c)

del párrafo 3 *supra*, se publicarán [por lo menos [anualmente]] [periódicamente][continuamente];

b) Todo proveedor o contratista interesado podrá quedar incluido en la lista en cualquier momento, y la inscripción se realizará en un período razonablemente breve;

c) Deberá notificarse a todos los proveedores o contratistas incluidos en la lista la clausura de ésta o su exclusión de ella, y si lo solicita el proveedor o contratista interesado, los motivos de la exclusión;

d) Se permitirá a los proveedores o contratistas que lo soliciten participar en un determinado procedimiento de contratación y se los reconocerá como participantes. [Si se requiere estar inscrito en la lista para participar en el procedimiento de adjudicación, deberá permitirse participar en él a los proveedores o contratistas que no figuren en la lista, siempre que haya tiempo suficiente para concluir el trámite de calificación o que exista la posibilidad de aplazarlo para una etapa posterior del procedimiento de contratación]. El número de proveedores o contratistas adicionales a quienes se permita participar estará supeditado únicamente a la necesidad de mantener la eficacia del sistema de contratación;

e) [Si una convocatoria a precalificación para la inclusión en la lista constituye una convocatoria a participar en un procedimiento de contratación pública basado en esa lista, se seleccionará a los proveedores o contratistas de entre los inscritos en ella. En la convocatoria a presentar solicitudes de inclusión en la lista figurará una declaración al efecto y se indicará también que constituye una convocatoria a participar en todos los procedimientos de contratación pública comprendidos en la lista. En estos casos, la lista permanecerá en vigor por un período no superior a [un] año]”.

21. Los cambios propuestos en los párrafos anteriores al nuevo párrafo 9 tienen por objeto regular expresamente los procedimientos de precalificación previstos en el artículo 7 en relación con las listas de proveedores. En este contexto, dichos procedimientos podrán iniciarse con fines que se refieran exclusivamente a las listas de proveedores (su elaboración y actualización, incluida la adición de nuevos proveedores), o a fin de seleccionar candidatos precalificados para un determinado procedimiento de contratación en que la elaboración o la actualización de las listas de proveedores sean simultáneas. Las enmiendas propuestas del inciso ii) del apartado a) del párrafo 3 obedecen a que el grado de detalle de los documentos de precalificación en estas dos situaciones sería diferente.

22. La primera enmienda propuesta del párrafo 6 se hizo teniendo en cuenta los distintos requisitos en materia de publicidad aplicables a las listas de proveedores que figuran en el párrafo 9 propuesto. La segunda modificación se introdujo para excluir la aplicación a las listas de proveedores de la parte del párrafo conforme a la cual únicamente los proveedores o contratistas precalificados tienen derecho a seguir participando en los procedimientos de adquisición en que la precalificación sea obligatoria. Está pendiente la decisión del Grupo de Trabajo la cuestión de si la utilización de listas permanentes de proveedores seguiría siendo optativa o pasaría a ser obligatoria en algunas condiciones, como las que justifican el recurso a métodos de contratación no competitivos (véanse, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 19 y los artículos 20 y 22 de la Ley Modelo) o las que pudieran disponerse en la

reglamentación de la contratación pública (a fin de abarcar, además, los casos de la utilización de listas obligatorias de proveedores aprobados en las licitaciones electrónicas). Conforme a la redacción actual de las propuestas de apartados d) y e) del párrafo 9, en el contexto de las listas de proveedores, la admisibilidad de proveedores o contratistas para participar en procedimientos de contratación futuros se regula de manera distinta que en el actual párrafo 6 del artículo 7 de la Ley Modelo.

23. En el párrafo 9 propuesto se prevén medidas de control para el funcionamiento de las listas, como el requisito de que se divulguen y se dé acceso a ellas en todo momento a los proveedores o contratistas interesados. La redacción del texto entre corchetes del encabezamiento del propuesto párrafo 9 dependerá de la decisión del Grupo de Trabajo respecto de si se debe o no autorizar a la entidad adjudicadora para que utilice listas o si se podrá también exigirle que lo haga en algunos casos.

24. La redacción de los apartados a) a e) propuestos se basa en las disposiciones aplicables del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC y los instrumentos regionales y bilaterales de libre comercio. En el apartado d) propuesto se prevé una salvaguardia importante contra el favoritismo, la exclusión y la discriminación en la administración de las listas. Con el texto entre corchetes de ese apartado se pretende regular el funcionamiento de las listas obligatorias. En él se prevén salvaguardias para quienes no figuren en ellas, en particular los proveedores extranjeros que tengan interés en participar en un procedimiento de contratación pública para el que se requiere estar inscrito en la lista.

25. Tal vez el Grupo de Trabajo desee también examinar si en el apartado d) se debe prever, además, para todos los proveedores que figuren en la lista la igualdad de posibilidades de ser seleccionados para participar en un procedimiento de contratación determinado, como en las disposiciones que figuran en el apartado e) del antiguo proyecto de artículo relativas a las listas de proveedores propuesto en 1989 (véase el párrafo 2 *supra*). Otra posibilidad consiste en que el Grupo de Trabajo decida que esta medida de control ya se refleja con suficiencia por remisión a los objetivos de la Ley Modelo en el encabezamiento del proyecto de artículo 9 propuesto.

26. El apartado e) propuesto abarca las situaciones en que el anuncio de la lista lo es también de todos los procesos de contratación comprendidos en ella. Está vinculado al texto entre corchetes del apartado d) propuesto, porque este mecanismo sería posible únicamente en el caso de las listas obligatorias. Los métodos de contratación que se verían afectados por los cambios propuestos son principalmente aquéllos en que no se requiere publicidad de contratos adjudicables independientes. Compete a la entidad adjudicadora anunciarlos por separado o por medio de la divulgación de las listas. El apartado e) propuesto no modifica nada a este respecto, salvo que, como opción diferente a la de no publicitar nada en absoluto, exige que se dé publicidad a las listas y por ello agrega transparencia al proceso. En él se prevén algunas salvaguardias importantes concebidas expresamente para este mecanismo. La primera se refiere al contenido del anuncio de la lista, en el que además de presentarse toda otra información que deba incluirse conforme al apartado a) propuesto, se ha indicado expresamente que i) el anuncio constituye una convocatoria a participar en todos los procedimientos de contratación comprendidos en la lista, y ii) la selección de los proveedores o contratistas para un determinado proceso de contratación comprendido en la lista se hará exclusivamente entre

quienes figuren en ella. La segunda salvaguardia se refiere al período de validez de la lista. Por su carácter exclusivo, limitar el período de validez de este tipo de listas es más importante que en el caso de aquéllas a que se refiere el apartado d) propuesto, porque el acceso a procesos de contratación futuros de los proveedores o contratistas que no figuran en estas últimas no queda restringido o lo está menos. El período de validez de las listas se debe examinar conjuntamente con los requisitos de publicidad previstos en el apartado a).

27. El párrafo 9 propuesto también tiene por objeto regular la utilización por la entidad adjudicadora de las listas de proveedores preparadas y administradas por terceros, por ejemplo otra entidad adjudicadora o una autoridad designada en un sistema centralizado. El empleo de estas listas quedaría autorizado con arreglo al párrafo propuesto si en su elaboración y mantenimiento se aplicaran las medidas de control impuestas en virtud del párrafo 9 propuesto. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si se deben imponer otros controles en dichos casos; por ejemplo, podría exigirse a la entidad adjudicadora que revelara si otros organismos utilizarán la lista y divulgará sus nombres (véase A/CN.9/WG.I/WP.45, párrafo 20).

28. Si en el artículo 7 se incorporan disposiciones relativas a las listas de proveedores, como se ha propuesto, se requerirán modificaciones del artículo 6 de la Ley Modelo, el cual, conforme al párrafo 1 del artículo 7, se aplica a los procedimientos de precalificación. Estas enmiendas, en particular las de los apartados a) y b) (disposiciones del encabezamiento) del párrafo 1 y el párrafo 2 del artículo 6, tendrían por objeto extender la aplicación del artículo 6 de la calificación y la precalificación en función de cada contrato adjudicable a una lista de precalificación permanente. Ello podría lograrse insertando donde correspondiera las referencias a una lista permanente de proveedores o contratistas precalificados.

b) Guía para la incorporación al derecho interno

29. El texto de la Guía podría decir lo siguiente:

“1. En diversos ordenamientos y para distintos fines se prevén diversos tipos de listas que deben contener información sobre proveedores o contratistas a los que pueda recurrirse en más de un proceso de contratación pública (a menudo llamadas “listas de proveedores ‘idóneos’ o ‘aprobados’” o “listas o registros de proveedores”). Lo más frecuente es que se utilicen para establecer la precalificación de los proveedores o contratistas a fin de que participen en los procesos de contratación comprendidos en la lista. Los medios electrónicos de comunicación y la contratación por vía electrónica han aumentado y diversificado su utilización y su valor.

2. El funcionamiento de las listas de proveedores, aunque reporta algunos beneficios, como la reducción de los gastos y del tiempo que requiere establecer la idoneidad de los proveedores en una determinada contratación pública, y pese a que son hasta cierto punto indispensables en algunas técnicas de contratación, pueden resultar muy anticompetitivos, por lo que las listas deben estructurarse y supervisarse atentamente, en particular para que puedan someterse a controles de verificación de competencia y transparencia. Los Estados promulgantes deben saber que las listas son a menudo objeto de apelaciones, porque las reglas de su funcionamiento pueden considerarse demasiado restrictivas, con lo que limita el acceso a ellas, la competencia y la

transparencia) o difíciles de aplicar y mantener. Los problemas con que se tropieza comúnmente para mantener las listas son la obsolescencia de la información que contienen, que no siempre refleja necesariamente los cambios en cuanto a la capacidad de los posibles proveedores ni en los demás datos en que se hubiera basado la inscripción en ellas. A consecuencia de ello, podrían adjudicarse contratos a proveedores o contratistas que no reunieran las condiciones para ejecutar el contrato, o excluirse a otros idóneos. Este riesgo se ve atenuado por el examen permanente de la situación de los proveedores inscritos. Sin embargo, en el caso de una lista muy extensa de proveedores, entre los cuales sólo unos cuantos serán considerados idóneos para participar en un determinado proceso de contratación, este examen podría resultar caro tanto para los proveedores como para la entidad adjudicadora. Además, los Estados promulgantes deben tener presente el posible efecto de segmentación del mercado que surtirían las listas de proveedores: por ejemplo, es posible que contratos de una cuantía determinada se adjudiquen siempre a licitantes que tengan un nivel de clasificación correspondiente en la lista; este efecto puede agravarse con las diversas políticas socioeconómicas y conexas de los Estados (por ejemplo, los programas de adjudicación reservada) aplicables al funcionamiento de la lista.

3. La relación entre los costos y los beneficios en la utilización de las listas se ve afectada por muchos factores, como el carácter de los mercados, las adquisiciones de que se trate, el grado de capacitación y las aptitudes de los encargados de la contratación pública y el grado de transparencia de la administración pública en un determinado ordenamiento en general. Este balance puede variar en los distintos Estados promulgantes, y también según la entidad adjudicadora y el tipo de contratación pública de que se trate. Los costos de las listas superan por lo general los beneficios si éstas surten el efecto de marginar a los proveedores o contratistas de los contratos que estén sujetos a licitación competitiva después de anunciarse. Además, los objetivos de la adopción de listas de proveedores pueden lograrse de manera más eficaz y económica por otros medios, por ejemplo, procediendo a la precalificación en función de cada contrato cuando éstos sean de gran envergadura o complejos; en otros casos, mediante la verificación posterior de la idoneidad de un proveedor elegido; o por medio de acuerdos marco. En cambio, en el caso de los contratos adjudicables de cuantía reducida, puede ser ventajoso contar con un sistema eficaz y transparente para administrar las listas de proveedores, porque ello elimina la necesidad de verificar la idoneidad de los proveedores en toda adquisición de cuantía menor. En algunos casos, las listas de proveedores pueden ser indispensables, por ejemplo para garantizar el buen funcionamiento y la seguridad de la contratación por vía electrónica, o cuando sirven de plataforma para utilizar técnicas de adquisición electrónica como los catálogos electrónicos o los sistemas dinámicos de adquisición.

4. Prever la difusión eficaz y amplia de información sobre la existencia y el funcionamiento de las listas de proveedores es indispensable para evitar que repercutan negativamente en la competencia y para asegurar que se utilicen de manera transparente y no discriminatoria. Manteniendo el acceso a las listas para los proveedores nuevos y procurando que las solicitudes nuevas se tramiten con rapidez se evitan las prácticas de exclusividad en el funcionamiento de las listas. En el contexto concreto de las listas de

proveedores, la inscripción en las cuales es obligatoria para participar en el proceso de contratación, es importante que se tenga presentes a los proveedores no inscritos si se dispone de tiempo suficiente para llevar a término el trámite de inscripción o si se puede aplazarla hasta la etapa previa a la adjudicación. Estas salvaguardias son especialmente importantes en el contexto de los procesos transfronterizos de contratación. La actualización periódica de las listas, verificando en particular que la información se mantiene al día y que se elimine de ellas a los proveedores y contratistas inscritos que ya no son idóneos asegura la eficacia de su funcionamiento.

5. Por esta razón, varios instrumentos regionales e internacionales imponen medidas de control en la utilización de las listas. Entre éstas cabe señalar el requisito de que se dé a todos los proveedores la posibilidad de: i) recibir información sobre la existencia de las listas y sobre los criterios, reglas y procedimientos aplicables, ii) solicitar su inscripción en cualquier momento, iii) quedar inscritos en un plazo razonablemente breve, iv) ser avisados de toda decisión respecto de su inscripción en la lista, de la clausura de ésta o de su exclusión de ella, y v) ser seleccionados para participar en pie de igualdad en los procesos de contratación pública comprendidos en la lista. Además, en virtud de estas medidas de control se exige que los requisitos para quedar inscrito en la lista sean objetivos, no discriminatorios, transparentes y proporcionados, así como que se evalúen con objetividad y que exista un mecanismo para la revisión y la impugnación formal de los requisitos y procedimientos aplicables.

6. Las medidas de control previstas en estos instrumentos deben considerarse como las mínimas necesarias que debe incorporar el Estado promulgante a su régimen de la contratación pública. Deben aplicarse a todos los tipos de lista (optativas u obligatorias, y oficiales u oficiosas), porque en la práctica las diferencias entre los diversos tipos de listas no son siempre nítidas: un registro supuestamente optativo puede transformarse con facilidad en obligatorio, y lo que servía para fines de información o como lista de direcciones podría utilizarse para la precalificación de los proveedores. El mayor peligro radica en la utilización subrepticia de listas oficiosas como listas de precalificación o selección previa de los posibles proveedores o contratistas.

7. En la contratación electrónica, viene resultando más fácil asegurar que en las listas de proveedores se cumplan las normas internacionalmente aceptadas. Se suministra más información al público en general, lo que contribuye a la transparencia en la utilización de las listas. Éstas se hacen más accesibles a los proveedores, incluso de un país a otro, lo que reduce el riesgo de prácticas desfavorables para la competencia y de exclusión. La actualización rápida y fácil de la información de la lista, incluso mediante autoinscripción, autoclasificación, o autocertificación de los proveedores y mediante enlaces con otros registros (lo que permite verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, en materia de licencias y de otro tipo), asegura que pueda efectuarse una revisión permanente y menos costosa de los datos de la lista y de su exactitud, así como la adición de nuevos proveedores. También se requieren controles apropiados como los que se señalan más arriba en el caso de las listas electrónicas de proveedores. Sin embargo, si se sobrecargan de

exigencias, estas listas electrónicas pueden convertirse en factores disuasorios de la participación, lo cual limitaría la competencia.

8. En los procedimientos de licitación abiertos podrían utilizarse únicamente listas optativas como medio suplementario para convocar a presentar ofertas o como fuente de información sobre los proveedores en la etapa de verificación de su idoneidad. [Las observaciones suplementarias y el grado de detalle dependerían de la decisión del Grupo de Trabajo sobre cómo habrían de regularse las listas de proveedores en la Ley Modelo, y de la cuestión conexas de la publicación de un anuncio de la lista como convocatoria a participar en los procedimientos de contratación pública comprendidos en ella.]”

Notas

- ¹ Véase A/CN.9/315, párrafos 36 y 37, reproducidos en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XX:1989 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.90.V.9), segunda parte, II, A.
- ² El texto se incluyó en la primera versión tras el polémico examen del tema en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo de entonces (Viena, 17 a 25 de octubre de 1988). Durante ese período de sesiones, por una parte, se señaló que la Ley Modelo sobre Contratación Pública no debería regular las listas de contratistas y proveedores aprobados, porque en la práctica éstas se utilizaban únicamente a efectos de contratación pública de ámbito nacional, y en ocasiones se utilizaban indebidamente para excluir a ciertos contratistas o proveedores o a los de determinados países. Por otra parte, la opinión predominante fue que las listas se utilizaban en la contratación pública internacional, por lo que deberían regularse en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Se señaló que esas listas podían resultar ventajosas para la entidad adjudicadora al permitirle determinar qué contratistas y proveedores eran fiables y competitivos. Se respondió que, para ese fin, había otro medio, que se prestaba menos a abusos. Véase A/CN.9/315, párrafo 44, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XX:1989 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.90.V.9), segunda parte, II, A.
- ³ Véase A/CN.9/WG.V/WP.24, artículo 13, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1990 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.91.V.6), segunda parte, II, B.
- ⁴ Véase A/CN.9/WG.V/WP.25, párrafo. 1 del comentario sobre el artículo 13, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1990 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.91.V.6), segunda parte, II, C.
- ⁵ Véase A/CN.9/331, párrafo 62, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1990 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.91.V.6), segunda parte, II, A.
- ⁶ Véase A/CN.9/376, observaciones de Australia. Reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIV:1993 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.94.V.16), segunda parte, I, D. Véase también Arrowsmith S., “Harmonization of Public Procurement: an Appraisal of the UNCITRAL Model Law as a Global Standard”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, vol. 53, N° 1, págs. 17 a 46.
- ⁷ Este artículo era originalmente el de dos artículos, los artículos 8 y 9, que se ocupaban únicamente de la admisibilidad de los proveedores (requisitos legales básicos) y de su idoneidad para participar en un determinado proceso de contratación pública. Se decidió refundirlos en uno porque ambos regulaban, en lo esencial, lo mismo: la evaluación por la entidad adjudicadora de la capacidad de los contratistas de ejecutar el contrato. El historial de la redacción del artículo 6 figura en los documentos A/CN.9/315, párrafos 35 a 41, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XX:1989 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.90.V.9), segunda parte, II, A; A/CN.9/331, párrafos 45 a 54 y 66 a 71, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1990 (publicación de las Naciones Unidas,

Nº de venta S.91.V.6), segunda parte, II, A; A/CN.9/343, párrafos 93 a 110, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXII:1991 (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.93.V.2), segunda parte, II, A; A/CN.9/359, párrafos 55 a 63, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIII:1992 (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.94.V.7), segunda parte, III, C; A/CN.9/371, párrafos 54 a 62, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIV:1993 (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.94.V.16), segunda parte, I, A; A/CN.9/389, párrafos 28 y 29 y 84 a 89, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.95.V.20), segunda parte, I, A; y A/CN.9/392, párrafos 32 a 37, reproducido en *Ibid.*, C.
