



Asamblea General

Distr. limitada
19 de junio de 2006
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)**
Décimo período de sesiones
Viena, 25 a 29 de septiembre de 2006

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para el empleo de las subastas electrónicas inversas en la contratación pública

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción.....	1-2	2
II. Proyectos de disposición encaminados a permitir y regular el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública.....	3-28	2
A. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa.....	3-17	2
1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada.....	3-10	2
2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno.....	11-17	4
B. Procedimientos durante el período anterior a la subasta.....	18-27	6
C. Procedimientos en la etapa de la subasta, y otras revisiones del texto de la Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno requeridas para la realización de subastas electrónicas inversas.....	28	8



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 (la “Ley Modelo”) (A/49/17 y Corr.1, anexo I) figuran en los párrafos 5 a 53 del documento A/CN.9/WG.I/WP.46, que el Grupo de Trabajo tendrá a disposición en su décimo período de sesiones. La principal tarea del Grupo de Trabajo será actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta las novedades recientes, incluida la utilización de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en la contratación pública.

2. Esa utilización, en particular la de subastas electrónicas inversas (SEI), se incorporó a los temas que tuvo ante sí el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones sexto a noveno¹. En este último, el Grupo pidió a la Secretaría que revisara el material de redacción sobre esta cuestión que había examinado². La presente nota se ha preparado atendiendo a esa petición, y en ella figura el material de redacción en su forma revisada para incorporar los resultados de las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones.

II. Proyectos de disposición encaminados a permitir y regular el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública

A. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa

1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

3. El Grupo de Trabajo ha decidido proseguir sus deliberaciones sobre la base del siguiente proyecto de artículo de la Ley Modelo³:

“Artículo [36 bis]. Condiciones para el empleo de subastas electrónicas inversas

Una entidad adjudicadora podrá entablar un procedimiento de contratación pública recurriendo a una subasta electrónica inversa de conformidad con lo dispuesto en [el] [los] [artículo] [s] [...] cuando se den las siguientes circunstancias:

- a) Cuando sea posible formular un pliego de condiciones detallado y preciso para los bienes, las obras y los servicios;
- b) Cuando exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas que se prevea que estarán cualificados para participar en la subasta electrónica inversa, de modo que se garantice una competencia efectiva;
- c) Cuando la contratación pública se refiera a:
 - i) bienes comúnmente utilizados [, que puedan obtenerse generalmente en el mercado]; o

ii) servicios u obras comúnmente utilizados, [que puedan obtenerse generalmente en el mercado, y] siempre y cuando los servicios o las obras sean de carácter simple; y

[d) Cuando el precio sea el único criterio determinante para seleccionar la oferta ganadora;

o

d) Cuando el precio y [únicamente/cualesquiera] otros criterios que puedan expresarse en cifras o transformarse en unidades monetarias y puedan [evaluarse automáticamente/evaluarse en procedimientos automáticos] se vayan a utilizar para determinar la oferta ganadora.]”

Comentario: objetivo y ubicación de las disposiciones

4. El objetivo de las disposiciones mencionadas más arriba es establecer el marco jurídico indispensable para las subastas electrónicas inversas, a fin de reflejar tanto los principios generales de la contratación pública como los que fueran propios del funcionamiento de esas subastas. Sin embargo, el Grupo de Trabajo ha señalado también que el carácter relativamente novedoso de dichas subastas exige que el texto sea lo bastante lato para dar margen a una evolución eventual de la práctica actual⁴. El Grupo de Trabajo se declaró de acuerdo en que todas las disposiciones del artículo 36 bis propuesto deberían considerarse como una sola disposición, a fin de preservar el efecto de todas las salvaguardias que contienen⁵.

5. Por lo que atañe a la ubicación del texto, el Grupo de Trabajo ha decidido provisionalmente incluir el artículo como nueva sección IV, titulada “Subastas electrónicas inversas” en el capítulo III de la Ley Modelo (“Procedimientos de licitación”), sin excluir la posibilidad de utilizar esas subastas como método único de contratación pública o como una fase en acuerdos marco con varias etapas⁶. Como el capítulo III regula los procedimientos que habrán de aplicarse en el proceso de licitación, pero no las condiciones para utilizar determinados tipos de ésta (como la licitación en dos etapas), tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si una ubicación alternativa de las disposiciones sobre dichas subastas sería más compatible con la estructura de la actual Ley Modelo. Por ejemplo, en el caso de la licitación en dos etapas, las condiciones para su utilización se establecen en el artículo 19 de la Ley Modelo (que figura en el capítulo II), y los procedimientos que han de aplicarse se prevén en el artículo 46 (que figura en el capítulo V). Tal vez el Grupo de Trabajo desee recordar también que el primer párrafo del artículo 46 señala que “[l]as disposiciones del capítulo III de la presente Ley serán aplicables a la licitación en dos etapas, salvo en la medida en que se disponga otra cosa en el presente artículo.” Si se aplicara la misma formulación a las subastas electrónicas inversas, el artículo anterior quedaría incluido en el capítulo II y las disposiciones de procedimiento examinadas en las secciones II.C y II.D del documento A/CN.9/WG.I/WP.43 quedarían comprendidas en el capítulo V.

6. El Grupo de Trabajo tal vez considere también que este enfoque facilitaría la utilización de procedimientos de subastas electrónicas inversas para un método de contratación pública único (afín al procedimiento de solicitud de cotizaciones, junto con el cual también podría emplearse en los casos en que no se requiriese un procedimiento completamente abierto), o para una fase de los acuerdos marco en varias etapas.

7. En cambio, y como se desea que haya coherencia en la Ley Modelo, tal vez el Grupo de Trabajo decida alternativamente incorporar las partes de los capítulos II y V en que se regulan las formas de los procedimientos de licitación en el capítulo III, incluidas las citadas subastas.

Comentario: el texto

8. Por lo que atañe al párrafo a) del texto propuesto, el Grupo de Trabajo ha señalado que sus disposiciones pueden ser redundantes si se tiene en cuenta el párrafo d) del artículo 27 de la Ley Modelo⁷, y ha acordado además examinar la cuestión de si se debería incluir ese párrafo. A ese respecto, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar que el requisito de “especificaciones detalladas y precisas” es uno de los criterios principales que determinan si una subasta electrónica inversa constituye un método adecuado de contratación pública en un caso dado, y, por consiguiente, que el párrafo se debería incluir en este artículo incluso si no es estrictamente necesario.

9. En cuanto a la segunda opción del párrafo d), el Grupo de Trabajo ha acordado volver a examinar si se debería reconocer un texto de la Ley Modelo en que se incluyeran criterios distintos del precio, o si la referencia a estos criterios se debería hacer únicamente en la Guía⁸. A ese respecto, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la cuestión de si en la Guía pueden introducirse variantes del texto de la Ley Modelo en lugar de dar orientaciones detalladas acerca de la aplicación de sus disposiciones.

10. Continúa pendiente el enunciado exacto de los siguientes aspectos del texto⁹:

a) En el párrafo c), si se conserva o no la frase “sean generalmente conocidas en el mercado”;

b) En la segunda opción del párrafo d), si se inserta o no la palabra “únicamente” o “cualesquiera” antes de las palabras “otros criterios”;

c) Siempre en la segunda opción del párrafo d), si se enmienda la frase “puedan evaluarse automáticamente”, remplazándola, por ejemplo, por la frase “puedan evaluarse en procesos automáticos”.

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

11. El Grupo de Trabajo ha observado que los siguientes criterios son decisivos para la utilización satisfactoria de las subastas electrónicas inversas, por lo que merecen que se formulen comentarios detallados en el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno:

a) Que se deben establecer claramente el pliego de condiciones, dándole a conocer a los proveedores antes de iniciarse la subasta¹⁰;

b) Que dichas subastas son apropiadas para los bienes y servicios comúnmente utilizados;¹¹

c) La importancia de la participación de un número suficiente de proveedores a fin de garantizar la competencia¹²;

d) La salvaguardia del anonimato de los concursantes (con el objetivo más amplio de preservar la libertad y equidad de la competencia comercial);¹³

e) Que se debe alentar la práctica de fundir varios pedidos en uno para reducir los costos¹⁴;

f) La necesidad fundamental de que se tengan en cuenta para una subasta el precio y, en su caso, únicamente criterios limitados distintos del precio que cumplan las condiciones previstas en la segunda opción del párrafo d) del artículo 36 bis propuesto (como el plazo de entrega y las consideraciones técnicas), a fin de evitar la introducción de elementos subjetivos al cuantificar esos criterios, así como la posibilidad de abusos¹⁵;

g) Que las subastas electrónicas inversas deben ser una ronda única y final antes de seleccionar al concursante ganador, igualmente para impedir abusos¹⁶;

h) Que el precio de la oferta ganadora habrá de figurar en el contrato, incluso en el caso de los acuerdos marco¹⁷; y

i) Que se especifiquen, claramente y por adelantado, el momento de la apertura y los criterios que regirán el cierre de las subastas¹⁸.

12. Además, el Grupo de Trabajo ha expresado la opinión de que en la Guía se debe explicar que las obras o los servicios no cumplirán normalmente los requisitos de las subastas electrónicas inversas, a menos que sean de un carácter sumamente simple¹⁹. Además, el Grupo de Trabajo tenía entendido que el párrafo 35 del documento A/CN.9/WG.I/WP.43, en particular sus disposiciones sobre los productos básicos (combustible, bienes de equipo estándar de tecnología de la información, suministros de oficina y materiales básicos de construcción) y los artículos que entrañen gastos de postventa menores o nulos y no requieran servicios ni mejoras una vez que se haya cumplido el contrato inicial, debería seguir siendo el texto de la Guía que acompañara al proyecto de artículo 36 bis.

13. Aunque en la segunda opción del párrafo d) del artículo propuesto se prevé utilizar en la subasta criterios distintos del precio, el Grupo de Trabajo entendió que en la Guía se debía advertir de los posibles peligros de utilizarlos²⁰. A ese respecto, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que en la Guía se aliente a los Estados promulgantes que todavía no hayan utilizado esta técnica a introducir las subastas electrónicas inversas de manera gradual, esto es, establecer inicialmente el precio como criterio de la subasta, y luego permitir que se utilicen criterios distintos del precio a medida que se vaya adquiriendo experiencia con esa técnica y que las prácticas evolucionen.

14. En la Guía se aclarará también que el término “cualificado” que se utiliza en el apartado b) no significa que en dichas subastas haya de recurrirse necesariamente a una precalificación²¹.

15. Además, el Grupo de Trabajo ha sugerido que en la Guía se señale que resultará de utilidad emplear un vocabulario común para la contratación pública en que se identifiquen los bienes, las obras o los servicios mediante códigos o por referencia a las normas generales definidas en el mercado. En la Guía también podría examinarse la cuestión de la preparación de listas de bienes, obras o servicios que no fueran apropiados para las subastas electrónicas inversas SEI, o de una lista en que se describieran las características de los bienes, obras o servicios que, de existir, los harían adecuados para esas subastas (en vez de elaborar una lista positiva que sería difícil de actualizar)²².

16. Además, el Grupo de Trabajo ha observado que al fijar un límite inferior al precio de toda oferta admisible se sentaría una base sólida para la buena gestión de dichas subastas y ello constituiría una salvaguardia contra la presentación de ofertas anormalmente bajas²³.

17. Se presentará al Grupo de Trabajo el proyecto de texto de la Guía en que se recogerán estos aspectos y las decisiones sobre las cuestiones pendientes, para su examen en un futuro período de sesiones.

B. Procedimientos durante el período anterior a la subasta

18. El Grupo de Trabajo ha pedido a la Secretaría que vuelva a redactar el artículo 47 bis propuesto²⁴ a fin de crear un margen de flexibilidad suficiente con respecto a los distintos tipos de subastas electrónicas inversas y a la retirada de los proveedores antes de su cierre, a condición de que haya suficientes salvaguardias contra el fraude y los abusos²⁵. El proyecto revisado que se someterá al examen del Grupo de Trabajo es del tenor siguiente:

“Artículo [47 bis]. Subasta electrónica inversa - período anterior a la subasta

1) [Las disposiciones del capítulo III de la presente Ley se aplicarán a la subasta electrónica inversa, salvo en la medida en que se prevea otra cosa en el presente artículo.]

2) En la convocatoria a participar en la subasta se indicará si los proveedores o contratistas deben presentar ofertas iniciales completas en todo sentido antes de la subasta.

3) Si se requiere la presentación de ofertas iniciales, la entidad adjudicadora llevará a cabo un a evaluación inicial de las ofertas con objeto de determinar su conformidad con arreglo al párrafo 3 del artículo 34, [la idoneidad de proveedores o contratistas,] [y evaluar todos los elementos de las ofertas que no se hayan de presentar en la subasta con arreglo a los criterios de adjudicación establecidos].

4) La entidad adjudicadora convocará a participar en la subasta a todos los proveedores o contratistas, salvo aquéllos cuyas ofertas se hayan rechazado en virtud de lo dispuesto en el párrafo 3).

5) En la convocatoria a participar en la subasta se consignarán la forma y el plazo en que los proveedores y contratistas deberán inscribirse para participar en ella.

6) La entidad adjudicadora se asegurará de que el número de proveedores o contratistas invitados a participar en la subasta sea suficiente para que ésta resulte competitiva. Si el número de unos u otros antes del cierre de la subasta es, a juicio de la entidad adjudicadora, insuficiente para que la subasta resulte competitiva, la entidad adjudicadora [podrá/deberá] retirar la subasta electrónica inversa.

7) A menos que ya se haya facilitado a los proveedores o contratistas, la convocatoria a participar en la subasta comprenderá toda la información necesaria para que el proveedor o contratista pueda hacerlo”.

Comentario

19. El Grupo de Trabajo ha señalado que hay dos tipos distintos de subastas electrónicas inversas que cabe prever: en la primera se seguirá un procedimiento ordinario de licitación, incluida la evaluación de la conformidad de la oferta inicial y de la idoneidad de los proveedores con todas las salvaguardias del sistema del sobre sellado. A continuación, todos los proveedores cuyas ofertas cumplan los requisitos serán invitados a participar en la subasta en que se determinará la oferta ganadora. En la segunda, no habrá evaluación inicial y no se hará ningún control de la conformidad de la oferta ni de las calificaciones del proveedor hasta que se haya cerrado la subasta²⁶.

20. El Grupo de Trabajo ha pedido que el texto se redacte con suficiente flexibilidad para permitir ambos tipos de subastas electrónicas inversas, siempre que haya salvaguardias suficientes para la protección contra el fraude y los abusos²⁷. El proyecto que figura más arriba se presentó atendiendo a esa petición. Los párrafos del proyecto de texto se han vuelto a numerar a fin de dar margen a un procedimiento para cualquiera de los dos sistemas, y se ha incorporado otra etapa en el nuevo párrafo 3), en previsión de que se requieran ofertas iniciales.

21. El párrafo 1) del proyecto de texto no será necesario si el texto se ubica junto con el proyecto de artículo 36 bis *supra*, dentro del capítulo III de la Ley Modelo, como se sugirió en el noveno período de sesiones del Grupo de Trabajo²⁸.

22. En el párrafo 2) del proyecto de texto se deja en claro que podrá utilizarse cualquiera de los sistemas para realizar una de dichas subastas, con la salvedad de que ello se estipula al comienzo. Las disposiciones del párrafo a) del artículo 27 del texto actual de la Ley Modelo, en que se prevé que el pliego de condiciones contenga instrucciones para preparar las ofertas, significa, pues, que la entidad adjudicadora deberá indicar con detalle suficiente las circunstancias pertinentes. En el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno se darán orientaciones apropiadas sobre este aspecto.

23. En el párrafo 3) del proyecto de texto podrán incluirse las palabras “la idoneidad de proveedores y contratistas” si a juicio del Grupo de Trabajo se debe señalar a la atención el hecho de que es preciso examinar las calificaciones de los proveedores antes de publicar la convocatoria a participar cuando se utilice el segundo sistema, a fin de asegurar un número suficiente de participantes idóneos.

24. A la luz del párrafo d) del artículo 36 bis propuesto, en que no se prevén las citadas subastas cuando no se hayan presentado ni evaluado en la subasta todos los aspectos de las ofertas, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si se deben conservar las palabras “[y evaluar todos los elementos de las licitaciones que no se hayan de presentar en la subasta con arreglo a los criterios de adjudicación establecidos]”, a fin de permitir la graduación de las ofertas en las subastas electrónicas inversas más complejas que utilicen criterios distintos del precio. Alternativamente, podrán darse en la Guía para la incorporación al derecho interno las aclaraciones apropiadas acerca de las razones por las que no debe preverse este tipo de subasta electrónica inversa.

25. El Grupo de Trabajo ha expresado preocupación por el hecho de que si se permite que los proveedores se retiren de la subasta puede verse afectada su eficacia (y ello puede significar también que el empleo de esta técnica deje de ser rentable). La retirada de los proveedores podría menoscabar la competencia efectiva, por lo que las revisiones del antiguo apartado d) del párrafo 3) del artículo 47 bis propuesto (que pasó a ser el párrafo 6 *supra*) reflejan las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre este asunto en su noveno período de sesiones. El Grupo de Trabajo ha aplazado hasta un período de sesiones futuro el examen de la cuestión de si la entidad adjudicadora debería tener la opción o la obligación de retirar la subasta si la competencia es insuficiente, y respecto del momento y la forma en que los proveedores podrían retirarse de ella antes de su cierre; en el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno se darán orientaciones acerca de este aspecto²⁹.

26. El párrafo 7) del texto se complementaría en la Guía con un comentario sobre la información requerida (como la que se indica en los incisos ii) a v) y vii) a xii) del párrafo 4) e) que siguen al párrafo 20 del documento A/CN.9/WG.I/WP.40).

27. Además, el Grupo de Trabajo ha pedido que en la Guía se explique que las disposiciones de la Ley Modelo tienen por finalidad prever una flexibilidad suficiente para que las subastas electrónicas inversas puedan realizarse de las dos formas descritas más arriba, según sean las circunstancias reinantes en el país interesado, y que en ellas se regulen las salvaguardias que debe haber para que ambos sistemas funcionen en consonancia con los objetivos y los principales procedimientos de la Ley Modelo, incluso cuando haya diferencias entre los aplicados en esas subastas y dichos procedimientos³⁰. Se presentará al Grupo de Trabajo un proyecto de texto que refleje estos aspectos y las decisiones sobre las cuestiones pendientes para su examen en un período de sesiones futuro.

C. Procedimientos en la etapa de la subasta, y otras revisiones del texto de la Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno requeridas para la realización de subastas electrónicas inversas

28. El Grupo de Trabajo ha aplazado para un período de sesiones futuro el examen de las cuestiones examinadas en las secciones II.D a G del documento A/CN.9/WG.I/WP.43 y en el documento A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1.

Notas

¹ Véanse los documentos A/CN.9/WG.I/WP.35, A/CN.9/WG.I/WP.40, A/CN.9/WG.I/WP.43 y sus adiciones. Para otros temas conexos véase el documento A/CN.9/WG.I/WP.47.

² A/CN.9/595, párrs. 87 a 111.

³ A/CN.9/595, párr. 95. Además, se introdujeron pequeños cambios en el proyecto de texto de que dispuso el Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones, a fin de ajustarlo al estilo de la Ley Modelo.

⁴ A/CN.9/595, párr. 89.

⁵ A/CN.9/595, párr. 96.

⁶ A/CN.9/595, párrs. 95 y 103.

⁷ Véase también el párrafo 99 del documento A/CN.9/595. El párrafo d) del artículo 27 dispone que el pliego de condiciones deberá contener como mínimo la información siguiente relativa a las especificaciones: “La índole y las características técnicas y de calidad que, conforme al artículo 16, deban tener los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar, con indicación de, por lo menos, las especificaciones técnicas y los planos, dibujos o diseños que correspondan, la cantidad de los bienes, el lugar donde hayan de efectuarse las obras o donde hayan de presentarse los servicios y, si procede, el plazo conveniente o necesario en que hayan de entregarse los bienes, efectuarse las obras o prestarse los servicios.”

⁸ A/CN.9/595, párr. 99.

⁹ A/CN.9/595, párr. 98.

¹⁰ A/CN.9/595, párr. 89.

¹¹ A/CN.9/595, párrs. 102 y 103.

¹² A/CN.9/595, párr. 101.

¹³ A/CN.9/595, párrs. 89 y 101.

¹⁴ A/CN.9/595, párr. 90.

¹⁵ A/CN.9/595, párr. 101.

¹⁶ A/CN.9/595, párr. 101.

¹⁷ A/CN.9/595, párr. 101.

¹⁸ A/CN.9/595, párr. 101.

¹⁹ A/CN.9/595, párr. 100.

²⁰ A/CN.9/595, párr. 100.

²¹ A/CN.9/595, párr. 100.

²² A/CN.9/595, párr. 102.

²³ A/CN.9/595, párr. 91.

²⁴ Véase en A/CN.9/WG.I/WP.43, el texto siguiente al párr. 39.

²⁵ A/CN.9/595, párr. 108.

²⁶ A/CN.9/595, párrs. 106 y 107.

²⁷ A/CN.9/595, párr. 108.

²⁸ A/CN.9/595, párr. 95.

²⁹ A/CN.9/595, párr. 111.

³⁰ A/CN.9/595, párr. 109.
