



Asamblea General

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

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)

11º período de sesiones

Nueva York, 21 a 25 de mayo de 2007

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

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-3	3
II. Proyecto de disposiciones sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en la contratación pública.	4-42	3
A. Las comunicaciones en la contratación pública.	4-21	3
1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada.	4-18	3
Comentario		
2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno.	19-21	9
B. Presentación electrónica de ofertas	22-29	9
1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada.	22-27	9
Comentario		
2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno.	28-29	10
C. Presencia en la apertura de las ofertas	30-32	11



D.	Publicación de información relacionada con la contratación pública	33-42	11
1.	Revisiones propuestas para el artículo 5	33-36	11
	Comentario		
2.	Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada acerca de la publicación de información sobre oportunidades de contratación que se presentarán en un futuro próximo.	37-42	12
	Comentario		
III.	Proyecto de disposiciones sobre ofertas anormalmente bajas	43-49	14
1.	Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada.	43-47	14
	Comentario		
2.	Proyecto de texto propuesto para la Guía revisada	48-49	15

I. Introducción

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

2. La reglamentación de esa utilización, en el contexto de la presentación y apertura de ofertas, la celebración de reuniones, el almacenamiento de información y la difusión de toda información relacionada con la contratación pública, se incluyó entre los temas de que se ocupó el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones sexto a décimo. En este último, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el proyecto de disposiciones sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública que había examinado en ese período de sesiones¹. La presente nota se ha preparado atendiendo a esa petición, y en ella figura el pertinente proyecto de disposiciones que recoge las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su décimo período de sesiones (véanse los párrafos 4 a 42 *infra*).

3. En la presente nota figura también el proyecto de disposiciones para que la Ley Modelo y la Guía se ocupen de las ofertas anormalmente altas, revisado de conformidad con la solicitud hecha por el Grupo de Trabajo en su décimo período de sesiones (véanse los párrafos 43 a 49 *infra*).

II. Proyecto de disposiciones sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en la contratación pública

A. Las comunicaciones en la contratación pública

1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

4. El siguiente proyecto de artículo se basa en un texto refundido del proyecto de artículo 5 bis que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su décimo período de sesiones² y recoge las sugerencias hechas al respecto en ese período de sesiones³:

“Artículo [5 bis]. Comunicaciones en la contratación pública

1) Todo documento, notificación, decisión y demás información producidos en el proceso de contratación, y comunicados como se describe en la presente Ley, inclusive los relacionados con procedimientos de reconsideración en virtud del [capítulo VI] [artículo 53] o en el curso de una reunión, o que formen parte del expediente del proceso de contratación en virtud del artículo [11], adoptará una forma que ofrezca un registro del contenido de la

¹ A/CN.9/615, párr. 11.

² *Ibid.*, párr. 18.

³ *Ibid.*, párrs. 19 a 26.

información y que sea accesible para que pueda utilizarse como referencia ulterior.

2) El intercambio de información entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora a que se refieren los artículos [7 4) y 6), 12 3), 31 2) a), 32 1) d), 34 1), 36 1), 37 3), 44 b) a f) y 47 1), *que se actualizarán según las revisiones de la Ley Modelo*] podrá efectuarse por un medio que no deje constancia de la información comunicada, a condición de que se dé de inmediato confirmación al receptor del mensaje, en una forma que deje constancia de su contenido y sea accesible para fines de ulterior consulta.

3) La entidad adjudicadora, al solicitar por primera vez la participación de proveedores o contratistas en el proceso de contratación pública, especificará:

a) Todo requisito de forma de conformidad con el párrafo 1) del presente artículo;

b) Los medios que se utilizarán por la entidad adjudicadora o en su nombre para comunicar información a un proveedor o contratista o al público, o por un proveedor o contratista para comunicarla a la entidad adjudicadora u otra entidad que actúe en su nombre;

c) Los medios que se utilizarán para satisfacer todos los requisitos previstos en la presente Ley para que la información sea por escrito o firmada; y

d) Los medios que se utilizarán para celebrar cualquier reunión de proveedores o contratistas.

4) Los medios mencionados en el párrafo anterior deberán poder ser fácilmente utilizados con los habituales entre los proveedores o contratistas en el contexto de que se trate. Los medios que se utilizarán para celebrar cualesquiera reuniones de proveedores o contratistas garantizarán además que los proveedores o contratistas puedan participar plenamente y a un mismo tiempo en la reunión.

5) Se adoptarán medidas adecuadas para garantizar la autenticidad, integridad y confidencialidad de la información de que se trate”.

Comentario

Párrafo 1)

5. El párrafo 1) establece los requisitos sustantivos de forma de las comunicaciones en la contratación pública. Sólo es posible apartarse de esos requisitos de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2) del proyecto de artículo.

6. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3) del proyecto de artículo, la entidad adjudicadora deberá indicar todo requisito de forma específico al solicitar por primera vez la participación de proveedores o contratistas en el proceso de contratación. Esos requisitos específicos deberán respetar los requisitos generales del párrafo 1) del proyecto de artículo.

7. Las referencias hechas en el párrafo 1) al [capítulo VI] [artículo 53] se encierran entre corchetes para indicar que puede resultar inadecuado, en el contexto del artículo, remitirse a todo el capítulo VI que se examina, el cual incluye

disposiciones sobre recursos administrativos y judiciales. Es probable que los recursos administrativos y los procedimientos judiciales tengan sus propias reglas para las comunicaciones. Por consiguiente, sería más adecuado que el párrafo se remitiera sólo al artículo 53, que se ocupa de la reconsideración por la entidad adjudicadora.

Párrafo 2)

8. El párrafo 2) establece excepciones a la regla que figura en el párrafo 1), en el sentido de que la forma de la información tendrá que ofrecer un registro del contenido de esa información. La lista de artículos mencionados en ese párrafo está tomada del actual párrafo 2) del artículo 9 de la Ley Modelo.

9. Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si sería adecuado mantener las referencias a todos los artículos enumerados. En el cuadro que sigue se reproduce el texto de esos artículos para facilitar su consulta:

<i>Artículo</i>	<i>Contenido</i>
7 (Precalificación)	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. 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 dará a conocer a quien lo solicite los nombres de todos los proveedores o contratistas que hayan sido preseleccionados. Únicamente los proveedores o contratistas preseleccionados podrán seguir participando en el proceso de contratación pública.
12 3) (Rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones)	Se dará aviso sin demora del rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones a todos los proveedores o contratistas que las hayan presentado.
31 2) a) (Plazo de validez de las ofertas: modificación y retirada de las ofertas)	Antes de que venza el plazo de validez de las ofertas, la entidad adjudicadora podrá solicitar a los proveedores o contratistas una prórroga de duración determinada. El proveedor o contratista podrá denegar la solicitud sin perder por ello su garantía de la oferta y la validez de su oferta cesará al expirar el plazo de validez no prorrogado;

<i>Artículo</i>	<i>Contenido</i>
32 1) d) (Garantías de la oferta)	<p>Cuando la entidad adjudicadora exija una garantía de la oferta al proveedor o contratista que presente una oferta:</p> <p>d) El proveedor o contratista, antes de presentar su oferta, podrá solicitar de la entidad adjudicadora que confirme que el emisor de la garantía de la oferta o, cuando proceda, el confirmante son aceptables; la entidad adjudicadora atenderá sin demora esa solicitud;</p>
34 1) (Examen, evaluación y comparación de las ofertas)	<p>a) La entidad adjudicadora, para facilitar el examen, la evaluación y la comparación de las ofertas, podrá solicitar que cualquier proveedor o contratista aclare la suya. No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de la oferta presentada, como una modificación del precio o una modificación que tienda a hacer conforme una oferta que no lo sea;</p> <p>b) No obstante lo dispuesto en el inciso a) del presente párrafo, la entidad adjudicadora corregirá los errores meramente aritméticos que se descubran durante el examen de las ofertas. La entidad adjudicadora notificará prontamente la corrección al proveedor o contratista que haya presentado la oferta.</p>
36 1) (Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato)	<p>A reserva de lo dispuesto en el párrafo 7) del artículo 34 y en el artículo 12, se aceptará la oferta declarada ganadora de conformidad con el inciso b) del párrafo 4) del artículo 34. La aceptación será notificada sin demora al proveedor o contratista que haya presentado la oferta.</p>
37 3) (CAPÍTULO IV. MÉTODO PRINCIPAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE SERVICIOS, Anuncio en que se solicitan propuestas)	<p>(Con la aprobación de ... (el Estado promulgante designará el órgano competente),) cuando resulte necesario por razones de economía y eficiencia recurrir a la convocatoria directa a presentar propuestas, la entidad adjudicadora no estará obligada a aplicar las disposiciones de los párrafos 1) y 2) del presente artículo en los casos en que:</p> <p>a) Los servicios que hayan de contratarse sean prestados sólo por un número limitado de proveedores o contratistas, siempre que la entidad adjudicadora convoque a presentar propuestas a todos esos proveedores o contratistas; o</p> <p>b) El tiempo y el costo requeridos para examinar y evaluar un gran número de propuestas no guarden proporción con el valor de los servicios que hayan de contratarse, siempre que la entidad adjudicadora convoque a presentar propuestas a un número suficiente de proveedores y contratistas para garantizar una competencia efectiva; o</p> <p>c) La convocatoria directa a presentar propuestas sea la única forma de garantizar la confidencialidad o resulte necesaria por razones de interés nacional, siempre que la entidad adjudicadora convoque a presentar propuestas a un número suficiente de proveedores y contratistas para garantizar una competencia efectiva.</p>
44 b) a f) (Procedimiento de selección con negociaciones consecutivas)	<p>Cuando, de conformidad con el párrafo 1) del artículo 41, utilice el procedimiento previsto en el presente artículo, la entidad adjudicadora entrará en negociaciones con los proveedores y contratistas con arreglo al siguiente procedimiento:</p> <p>b) Invitará a negociar sobre el precio de su propuesta al proveedor o contratista que haya obtenido la mejor calificación con arreglo al párrafo 1) del artículo 42;</p>

<i>Artículo</i>	<i>Contenido</i>
44 b) a f) (Procedimiento de selección con negociaciones consecutivas)	<p>Cuando, de conformidad con el párrafo 1) del artículo 41, utilice el procedimiento previsto en el presente artículo, la entidad adjudicadora entrará en negociaciones con los proveedores y contratistas con arreglo al siguiente procedimiento:</p> <p>b) Invitará a negociar sobre el precio de su propuesta al proveedor o contratista que haya obtenido la mejor calificación con arreglo al párrafo 1) del artículo 42;</p> <p>c) Informará a los proveedores o contratistas que hayan superado el nivel mínimo de que tal vez sean llamados a negociar de no adjudicarse el contrato en las negociaciones con un proveedor o contratista que haya obtenido una mejor calificación;</p> <p>d) Informará a los demás proveedores o contratistas de que no han alcanzado el nivel mínimo requerido;</p> <p>e) Cuando resulte evidente para la entidad adjudicadora que las negociaciones con el proveedor o el contratista invitado con arreglo al inciso b) del presente artículo no han de dar resultado, informará al proveedor o contratista de que da por terminadas las negociaciones;</p> <p>f) La entidad adjudicadora invitará seguidamente a negociar al proveedor o contratista calificado en segundo lugar; de no adjudicarse el contrato en esa negociación, la entidad adjudicadora irá invitando a negociar, por orden de méritos, a los demás proveedores o contratistas hasta que decida adjudicar el contrato o rechazar las restantes propuestas.</p>
47 1) (Procedimiento de limitación restringida)	<p>a) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida por los motivos mencionados en el inciso a) del artículo 20, deberá solicitar ofertas de todos los proveedores y contratistas de los que se puedan obtener los bienes, las obras o los servicios;</p> <p>b) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida por los motivos mencionados en el inciso b) del artículo 20, deberá escoger a los proveedores o contratistas de los que se solicitarán ofertas de manera no discriminatoria y en número suficiente para garantizar una efectiva competencia.</p>

10. Como puede verse por el cuadro que antecede, la mayoría de las excepciones se refieren a situaciones en que la entidad adjudicadora se comunica con un solo proveedor o contratista que participa en el proceso de contratación. Algunas excepciones, sin embargo, se refieren a comunicaciones más generales dirigidas a todos los proveedores o contratistas que participan en ese proceso.

11. En el medio basado exclusivamente sobre papel, esas excepciones permiten comunicar la información más rápidamente entre una entidad adjudicadora y los proveedores y contratistas interesados. En el medio electrónico, hay maneras de alcanzar ese mismo objetivo por medios más eficientes y transparentes, como los mensajes electrónicos.

12. Al menos con respecto a la información que deba comunicarse a todos los proveedores o contratistas que participen en un proceso concreto, puede ser más adecuado que la Ley Modelo aliente la utilización de medios electrónicos y no de

teléfonos, reuniones personales u otros medios de comunicación que no dejen constancia del contenido de la información comunicada. Aunque la Ley Modelo exige que, cuando se utilicen estos últimos medios, se confirme de inmediato al receptor la comunicación, de una forma que deje constancia del contenido de la información comunicada, puede haber dificultades en la práctica para verificar la observancia de este requisito y hacer que se cumpla. Por ello, las excepciones pueden crear condiciones favorables al abuso, incluidos el favoritismo y la corrupción, y tal vez pueda considerar el Grupo de Trabajo si debiera limitarse a dar cabida sólo a las situaciones en que esas excepciones sean estrictamente necesarias.

13. En armonía con su intención de alentar, cuando resulte adecuado, el empleo de medios electrónicos de comunicación y de lograr mayor transparencia en la contratación pública, quizá desee el Grupo de Trabajo examinar cuáles son las excepciones cuyo mantenimiento resulte justificable en el párrafo 2) y cuáles podrían suprimirse teniendo en cuenta la amplia utilización del correo electrónico y de otros medios de comunicación modernos.

Párrafo 3)

14. Este párrafo enumera la información sobre las comunicaciones en la contratación pública que la entidad adjudicadora deberá especificar al comenzar el proceso de contratación.

Párrafo 4)

15. Este párrafo establece criterios para los medios por los que se comunique la información, se cumplan los requisitos de “forma escrita” y “firma” y se celebren las reuniones. Hay criterios adicionales aplicables a los medios de celebrar reuniones, basados en las revisiones del párrafo 2) del artículo 33 convenidas por el Grupo de Trabajo en su décimo período de sesiones (véase el párrafo 30 *infra*).

Párrafo 5)

16. Como se sugirió en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo, el párrafo 5) se ha redactado en forma pasiva, para abarcar las situaciones en que otras ramas del derecho regulen las cuestiones de autenticidad, integridad y confidencialidad de la información comunicada, entre otras, en el contexto de la contratación pública⁴.

Utilización de términos

17. El texto propuesto se refiere en el párrafo 1) a “documento, notificación, decisión y demás información”, mientras que en párrafos posteriores se menciona sólo la “información”. Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si se debe utilizar de forma coherente en todo el texto la enumeración completa, o bien mantener únicamente la referencia a la “información”, por razones de brevedad, dado que el artículo indica ya en su párrafo 1) cuál es su propósito. La Guía podría dar ejemplos de tipos de información distintos de los documentos, notificaciones y decisiones mencionados en el artículo.

⁴ *Ibíd.*, párr. 22.

Ubicación de las disposiciones

18. Tal vez desee el Grupo de Trabajo aplazar hasta una fecha ulterior su decisión sobre la ubicación definitiva de las disposiciones.

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

19. Los proyectos de textos de la Guía que corresponderán a las disposiciones de la Ley Modelo sobre: i) empleo de las comunicaciones electrónicas en general, ii) equivalencia funcional, iii) elección de los medios de comunicación, y iv) requisitos de forma de las comunicaciones se presentaron al Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones octavo y noveno (documentos A/CN.9/WG.I/WP.38 (texto que sigue al párrafo 23), 38/Add.1 (texto que sigue al párrafo 4), 42 (texto que sigue a los párrafos 13, 19 y 26) y 42/Add.1 (texto que sigue a los párrafos 2 y 5)).

20. Después de la fusión de todas las disposiciones pertinentes en un artículo relativo a las comunicaciones en la contratación pública, se está preparando un nuevo texto refundido para la Guía, que se presentará al Grupo de Trabajo para su examen en un futuro período de sesiones. El texto revisado de la Guía incorporará las sugerencias pertinentes formuladas en los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo.

21. Además, también en los períodos de sesiones octavo y noveno, la Secretaría propuso las adiciones al texto de la Guía que corresponden a algunas de las disposiciones existentes de la Ley Modelo, como el artículo 36 sobre aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato (documentos A/CN.9/WG.I/WP.42 (texto que sigue al párrafo 29) y 42/Add.1 (texto que sigue al párrafo 6), y revisó ese texto en el documento A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1 (texto que sigue al párrafo 14). Esas adiciones se enmendarán también para recoger las deliberaciones pertinentes del Grupo de Trabajo en períodos de sesiones ulteriores.

B. Presentación electrónica de ofertas**1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada**

22. El siguiente proyecto de texto para el párrafo 5) del artículo 30 incorpora las sugerencias de redacción hechas en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo⁵:

“Artículo 30. Presentación de ofertas

- 5) a) Las ofertas deberán presentarse por escrito, firmadas y:
- i) si son sobre papel, en sobre sellado; o
 - ii) si son en cualquier otra forma, de conformidad con los requisitos especificados por la entidad adjudicadora, que aseguren por lo menos un grado análogo de [autenticidad,] [seguridad,] integridad y confidencialidad;

⁵ *Ibid.*, párrs. 27 y 28.

b) La entidad adjudicadora dará a los contratistas y proveedores que lo soliciten un recibo en que consten la fecha y la hora de la presentación de su oferta;

c) La entidad adjudicadora preservará la integridad y la confidencialidad de toda oferta desde el momento que ella misma determine, que en ningún caso podrá ser posterior al de la recepción, y se asegurará de que el contenido de la oferta sólo se examine una vez abierta ésta de conformidad con la presente Ley”.

Comentario

Párrafo 5 a) ii)

23. Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si se deben insertar en el párrafo 5 a) ii) las referencias a la “autenticidad” y “seguridad”. En el actual artículo 30 5) b) de la Ley Modelo, en ese mismo contexto, se mencionan, además del requisito de confidencialidad, los requisitos de autenticidad y seguridad de las ofertas.

24. En el décimo período de sesiones, la cuestión de la seguridad se examinó sólo en el contexto del párrafo 5 c) *supra*: se sugirió que, en ese contexto, el requisito de seguridad no debería figurar, ya que los requisitos de integridad y confidencialidad eran suficientes (aunque se expresaron algunas dudas sobre esta sugerencia)⁶. Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si ocurre lo mismo en el contexto del párrafo 5 a) ii)⁷.

25. Por lo que se refiere a la cuestión de la autenticidad, tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si el requisito de la firma en la frase introductoria del párrafo 5 a) garantizará siempre la autenticidad de las ofertas (por ejemplo, en el caso de que un proveedor envíe desde diferentes direcciones varias ofertas firmadas, lo que plantearía la cuestión de la autenticidad para determinar cuál era la oferta definitiva y vinculante para el proveedor).

Párrafo 5 b)

26. Este párrafo reproduce sin cambios disposiciones del artículo 30 5 c) de la Ley Modelo.

Párrafo 5 c)

27. Este párrafo es nuevo y se basa en el proyecto de disposiciones convenido en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo⁸.

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

28. En el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo, se señaló que la Guía debía proporcionar orientación a los Estados promulgantes con respecto a la

⁶ *Ibíd.*, párr. 29.

⁷ En el décimo período de sesiones, en el contexto del párrafo 5 a) ii), se sugirió sustituir la palabra “protección” por las palabras “integridad y confidencialidad”. No se suscitaron las cuestiones de la seguridad y autenticidad de las ofertas (A/CN.9/615, párr. 28 iii)).

⁸ A/CN.9/615, párr. 28.

regulación por separado de la presentación y de la recepción de las ofertas. Según se hicieran sobre papel o por vía electrónica, a fin de evitar que se impusieran requisitos demasiado estrictos a la presentación de ofertas tradicional, y también la necesidad de no imponer requisitos excesivos a la presentación electrónica de ofertas (lo que podría disuadir de hacer estas presentaciones)⁹.

29. El proyecto de texto para la Guía que correspondería a un artículo 30 5) revisado se presentó al Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones, en el documento A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, como texto situado después del párrafo 26. Desde entonces, se han hecho una serie de sugerencias con respecto a ese texto. Se está preparando un texto revisado para la Guía, que sustituirá por completo el texto anteriormente propuesto y se presentará al Grupo de Trabajo para su examen en un futuro período de sesiones.

C. Presencia en la apertura de las ofertas

30. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió basar su examen futuro de las disposiciones para el artículo 33 2) en el siguiente texto¹⁰:

“Artículo 33. Apertura de las ofertas

2) La entidad adjudicadora permitirá a todos los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, o a sus representantes, asistir al acto de apertura de las ofertas. Se considerará que se ha permitido a los proveedores o contratistas asistir a la apertura de las ofertas si son plena y simultáneamente informados del curso de la fase de apertura de las ofertas a través de los medios de comunicación utilizados por la entidad adjudicadora.”

31. Un proyecto revisado del artículo 5 bis *supra* incorpora el requisito de la celebración de reuniones, que se aplicará también a la apertura de ofertas (véase el artículo 5 bis 4) en el párrafo 4 *supra*). Para evitar repeticiones, tal vez desee el Grupo de Trabajo abreviar la segunda oración del texto del párrafo precedente, a fin de que diga:

“Se considerará que se ha permitido a los proveedores o contratistas estar presentes en la apertura de las ofertas cuando se den las condiciones del artículo [5 bis 3) d) y 4)].”

32. El proyecto de texto para la Guía que correspondería a un artículo 33 2) revisado se preparará y presentará al Grupo de Trabajo para su examen en un futuro período de sesiones, y recogerá las sugerencias hechas en el período de sesiones del Grupo de Trabajo con ese fin.

D. Publicación de información relacionada con la contratación pública

1. Revisiones propuestas para el artículo 5

⁹ *Ibid.*, párr. 30.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 32.

33. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en dividir el texto actual del artículo 5 de la Ley Modelo en dos párrafos: el primero se ocuparía de los textos normativos (leyes, reglamentaciones y directrices de contratación pública de aplicación general) que deberían ponerse a disposición del público, con respecto a los cuales se conservaría el requisito de “mantener sistemáticamente”; y el segundo, de las decisiones judiciales y resoluciones administrativas que sentaran un precedente y de aplicación general, con respecto a las cuales el requisito de “mantener sistemáticamente” se sustituiría por el de “actualizar periódicamente si fuera necesario”¹¹. Por consiguiente, tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar el siguiente texto:

“Artículo 5. Publicidad de los textos normativos

- 1) El texto de la presente ley, las reglamentaciones y directrices de contratación pública de aplicación general referentes a contratos que se rijan por la presente Ley, y todas las enmiendas de esos textos, serán puestos sin demora a disposición del público y sistemáticamente actualizados.
- 2) Las decisiones judiciales y resoluciones administrativas que sienten un precedente y de aplicación general con respecto a la contratación pública regulada por la presente Ley, y todas sus enmiendas, se pondrán a disposición del público y se actualizarán periódicamente si fuera necesario.”

Comentario

34. Las enmiendas a este artículo recogen las deliberaciones sobre el artículo 5 del Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones noveno y décimo, como por ejemplo la preocupación de que la accesibilidad pública de los textos normativos y su actualización sistemática pudieran resultar demasiado onerosos en el caso de algunos tipos de textos normativos. Se hicieron sugerencias para reconsiderar la aplicación de esos requisitos a textos normativos como decisiones judiciales y resoluciones administrativas¹².

35. A la luz de los cambios hechos en el artículo (en particular en el párrafo 2), que se refiere a la disponibilidad y no a la accesibilidad para el público de los textos a que se refiere) se sugiere sustituir el título del artículo: “Acceso del público a los textos normativos” por el de: “Publicidad de los textos normativos”.

36. El proyecto de texto para la Guía que correspondería a un nuevo artículo 5 revisado se presentó al Grupo de Trabajo para su examen en el noveno período de sesiones, en el documento A/CN.9/WG.I/WP.42, como texto que seguía al párrafo 45 a). Ese texto se revisará para recoger los debates del Grupo de Trabajo sobre las cuestiones pertinentes.

2. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada acerca de la publicación de información sobre oportunidades de contratación que se presentarán en un futuro próximo

37. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que las disposiciones habilitadoras sobre la publicación de información sobre próximas

¹¹ *Ibíd.*, párr. 33. Véase también A/CN.9/WG.I/WP.47, párr. 31.

¹² A/CN.9/595, párrs. 68 a 72, y A/CN.9/615, párr. 33.

oportunidades de contratación pública deberían incluirse en la Ley Modelo, sobre la base del texto que figuraba en el párrafo 33 del documento A/CN.9/WG.I/WP.47¹³. Por consiguiente, tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar el siguiente texto:

“Con la mayor prontitud posible a partir del comienzo del ejercicio fiscal, las entidades adjudicadoras [podrán/deberán] publicar información sobre las oportunidades de contratos adjudicables en los siguientes [el Estado promulgante especificará el período], y esta información no constituirá un pliego de condiciones”.

Comentario

38. Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si las palabras “con la mayor prontitud posible” del texto *supra* deberían sustituirse por otras menos preceptivas, como “tan pronto como sea posible”, a la luz del carácter permisivo de las disposiciones.

39. El final de las disposiciones, que dice “un pliego de condiciones” ha sustituido a la referencia anterior a “total o parcialmente un pliego de condiciones”. La nueva redacción sugerida es más amplia y abarca todos los métodos de contratación pública comprendidos en la Ley Modelo (la referencia al pliego de condiciones sólo resulta pertinente en la Ley Modelo en el contexto del proceso de licitación). Esta referencia más amplia se utiliza, por ejemplo, en los artículos 8 3) y 9 1) de la Ley Modelo, así como en el artículo 5 bis 3) revisado *supra*.

40. El Grupo de Trabajo debe decidir aún el lugar de inserción de esas disposiciones en la Ley Modelo. En uno de sus períodos de sesiones anteriores se sugirió incluir las disposiciones acerca de la publicación de información sobre oportunidades de contratación que se presentarán en un futuro próximo en el artículo 5¹⁴. Sin embargo, teniendo en cuenta que el actual artículo 5 trata de la publicación de textos normativos reguladores, la aparición de las disposiciones acerca de publicación de información sobre oportunidades de contratación que se presentarán en un futuro próximo en ese artículo podría dar una impresión errónea sobre la naturaleza pretendida de esa información (informativa y no reglamentaria y vinculante). Puede ser más adecuado incluir las disposiciones acerca de la publicación de información sobre oportunidades de contratación que se presentarán en un futuro próximo en un artículo separado.

41. Tal vez desee el Grupo de Trabajo aplazar su decisión sobre la ubicación de esas disposiciones hasta una fecha ulterior, a la luz de las decisiones sobre la ubicación de otros artículos, como el artículo 5, el cual establecería reglas para las comunicaciones en la contratación pública que podrían aplicarse también a la publicación de información sobre oportunidades de contratación que se presentarán en un futuro próximo.

42. El proyecto de texto para la Guía que correspondería a las disposiciones acerca de la publicación de información sobre oportunidades de contratación que se presentarán en un futuro próximo se presentó al Grupo de Trabajo para examen en su noveno período de sesiones, en el documento A/CN.9/WG.I/WP.42 (texto que

¹³ A/CN.9/615, párr. 36.

¹⁴ A/CN.9/595, párr. 76.

sigue al párrafo 45 b). Este texto se revisará para recoger el debate de las cuestiones pertinentes por el Grupo de Trabajo.

III. Proyecto de disposiciones sobre ofertas anormalmente bajas

1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

43. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que propusiera la ubicación adecuada para las disposiciones sobre ofertas anormalmente bajas, teniendo en cuenta que la entidad adjudicadora debería afrontar los riesgos de esas ofertas no sólo en el contexto del examen, evaluación y comparación en el proceso de licitación, como implicaba originalmente su ubicación en el artículo 34 de la Ley Modelo, sino también en cualquier otra fase de la contratación, con inclusión de la calificación de los proveedores y los procesos de contratación por medios distintos de la licitación¹⁵.

44. Al propio tiempo, en el mismo período de sesiones se hicieron sugerencias de redacción del texto de las disposiciones sobre ofertas anormalmente bajas, que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en el documento A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1 (texto que sigue al párrafo 8)¹⁶.

45. El texto *infra* incorpora esas sugerencias y se presenta como nuevo artículo 12 bis. En el proceso de revisar la estructura de la Ley Modelo, tal vez desee el Grupo de Trabajo agrupar, sucesivamente, todos los artículos sobre el rechazo de las ofertas, como los artículos 12, 15 y el propuesto artículo 12 bis.

“Artículo [12 bis]. Rechazo de licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas anormalmente bajas

1) La entidad adjudicadora podrá rechazar toda licitación, propuesta, oferta, cotización o puja si el precio presentado en ella es anormalmente bajo en relación con los bienes, las obras o los servicios que deban contratarse, siempre que:

a) La entidad adjudicadora haya solicitado por escrito que se le den detalles de todo elemento constitutivo de una licitación, propuesta, oferta, cotización o puja que suscite inquietud acerca de la aptitud del proveedor o contratista que ha presentado esa licitación, propuesta, oferta, cotización o puja para cumplir el contrato;

b) La entidad adjudicadora haya tenido en cuenta la información facilitada, en su caso, pero siga abrigando esa inquietud, sobre una base razonable; y

c) La entidad adjudicadora haya consignado en el expediente del proceso de adjudicación esa inquietud y los motivos para abrigoarla, así como todas las comunicaciones con el proveedor o contratista en virtud del presente artículo.

2) Se deberá dejar constancia, en el expediente del proceso de contratación, de la decisión de la entidad adjudicadora de rechazar una licitación, propuesta, oferta, cotización o puja de conformidad con el presente artículo y de los motivos de la decisión, y se comunicarán sin demora al proveedor o contratista interesado.”

¹⁵ A/CN.9/615, párr. 75.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 73.

Comentario

46. Las disposiciones contienen una referencia a “pujas” junto con referencias a “licitaciones, propuestas, ofertas y cotizaciones”. Ello se debe al proyecto de disposiciones sobre subasta electrónica inversa presentado al Grupo de Trabajo para su examen en el 11º período de sesiones, en el documento A/CN.9/WG.I/WP.51. Pueden ser necesarias otras referencias a la luz de las disposiciones sobre acuerdos marco (véase el documento A/CN.9/WG.I/WP.52).

47. El Grupo de Trabajo aplazó su decisión sobre si todo acto de la entidad adjudicadora relativo a las ofertas anormalmente bajas debería estar sujeto a recurso. El Grupo de Trabajo señaló que la reglamentación interna de esa cuestión podría variar notablemente. Se sugirió que el Grupo de Trabajo podría volver a examinar ese aspecto al examinar las disposiciones sobre vías de recurso¹⁷.

2. Proyecto de texto propuesto para la Guía revisada

48. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó el texto de la Guía que correspondería a las disposiciones de la Ley Modelo sobre ofertas anormalmente bajas. Se hicieron una serie de sugerencias de redacción con respecto a ese texto¹⁸.

49. El texto revisado *infra* refleja esas sugerencias. Sustituye por completo los textos propuestos anteriormente en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1 (texto que sigue al párrafo 13) y 40/Add.1 (textos que siguen a los párrafos 27 y 28).

“Artículo [12 bis]. Rechazo de licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas anormalmente bajas

1) La finalidad del presente artículo es permitir, pero no exigir, que la entidad adjudicadora rechace las licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas anormalmente bajas (denominadas en adelante “ofertas anormalmente bajas”) que susciten inquietud en la entidad adjudicadora en cuanto a la aptitud para cumplir el contrato del proveedor o contratista que haya presentado alguna de esas ofertas anormalmente bajas.

2) El artículo no exige la aprobación de una autoridad administrativa superior para que la entidad adjudicadora adopte las medidas que menciona. Se aplica a todo proceso de contratación en virtud de la Ley Modelo, incluidos los que impliquen la subasta electrónica inversa, donde los riesgos de ofertas anormalmente bajas pueden ser especialmente altos.

3) El artículo prevé las necesarias salvaguardias, que tienen por objeto proteger los intereses legítimos de ambas partes: entidades adjudicadoras, y proveedores y contratistas. Por un lado, permite a la entidad adjudicadora ocuparse de las posibles ofertas anormalmente bajas antes de concertar un contrato. Desde la perspectiva de la entidad adjudicadora, una oferta anormalmente baja implica el riesgo de que el contrato no pueda cumplirse, o no al precio ofrecido, y se produzcan costos adicionales y demoras en el proyecto que conduzcan a precios más altos y al trastorno de la contratación

¹⁷ *Ibid.*, párr. 74.

¹⁸ *Ibid.*, párrs. 76 y 78.

de que se trate. Por ello, la entidad adjudicadora debe tomar medidas para evitar correr ese riesgo de incumplimiento.

4) Por otro lado, el artículo protege a los proveedores y contratistas contra la posibilidad de decisiones arbitrarias y prácticas abusivas por parte de las entidades adjudicadoras. La entidad adjudicadora no puede rechazar de forma automática una oferta por el mero hecho de que el precio de la oferta parezca anormalmente bajo. Conferir ese derecho a las entidades adjudicadoras introduciría la posibilidad de abusos, ya que podrían rechazarse ofertas como anormalmente bajas sin justificación, o sobre la base de criterios puramente subjetivos. Ese riesgo es especialmente grave en la contratación pública internacional, donde un precio anormalmente bajo en un país puede ser perfectamente normal en otro. Además, algunos precios pueden parecer anormalmente bajos si son inferiores al costo: sin embargo, podría ser legítimo vender existencias antiguas por un precio inferior al de costo, o fijar precios inferiores a los costos para mantener ocupada a una fuerza de trabajo, con sujeción a las reglamentaciones aplicables sobre la competencia.

5) Por esas razones, la Ley Modelo permite rechazar una oferta anormalmente baja sólo cuando la entidad adjudicadora siente inquietud acerca de la aptitud del proveedor o contratista para cumplir el contrato. Esto, sin embargo, no impide que cualquier otra ley aplicable exija a la entidad adjudicadora que rechace la oferta anormalmente baja, por ejemplo si concurren actos delictivos (como el blanqueo de capitales) o prácticas ilegales (como el incumplimiento de las obligaciones del salario mínimo o de la seguridad social. En cualquier caso, deberá haber procedimientos adecuados para asegurar la tramitación debida e impedir decisiones arbitrarias y prácticas abusivas.

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

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

8) El Estado promulgante podrá decidir regular el tipo de información cuya presentación podrá solicitar la entidad adjudicadora para la justificación del precio. Hay que observar en este contexto que la evaluación se hará para saber si el precio es “realista” (es decir, si refleja las condiciones del mercado y no una estrategia de pérdidas voluntarias o alguna otra estrategia de precios con grandes descuentos para obtener ventajas competitivas), utilizando factores como estimaciones anteriores a la oferta, los precios de mercado o los precios

de contratos anteriores, si se dispone de ellos. Podría no ser adecuado solicitar información sobre los costos subyacentes que los proveedores o contratistas habrán utilizado para determinar el precio mismo. Como la evaluación de los costos puede ser engorrosa y complicada, y tampoco es posible en todos los casos, la capacidad de las entidades adjudicadoras para evaluar los precios sobre la base del costo puede ser limitada. En algunas jurisdicciones, la ley puede prohibir a las entidades adjudicadoras solicitar información sobre la estructura de costos, por el riesgo de que esa información sea mal utilizada.

9) La entidad adjudicadora debería tener en cuenta la respuesta dada por el proveedor o contratista en la evaluación del precio. La negativa del proveedor a facilitar la información solicitada por la entidad adjudicadora no debería dar a ésta un derecho automático a rechazar la oferta anormalmente baja. En cualquier caso, la evaluación del precio debe realizarse siempre y sobre una base puramente objetiva. Durante esa evaluación puede descubrirse que la oferta anormalmente baja presentada se debió a un malentendido o a algún error.

10) Si, después de la justificación del precio, la entidad adjudicadora sigue sintiendo inquietud con respecto a la aptitud del proveedor o contratista para cumplir el contrato, deberá dejar constancia de esa inquietud y de sus motivos en el expediente del procedimiento de contratación, de conformidad con el apartado c) del párrafo 1 del artículo. Esta disposición se incluye para asegurar que, antes de que se adopte una decisión de rechazar la oferta anormalmente baja, toda la información relativa a esa decisión se registre debidamente, en aras de la rendición de cuentas, la transparencia y la objetividad del proceso.

11) Sólo después de haber adoptado las medidas descritas en los apartados a) a c) del párrafo 1 podrá la entidad adjudicadora rechazar la oferta anormalmente baja. La decisión sobre el rechazo de la oferta anormalmente baja deberá incluirse en el expediente del procedimiento de contratación y comunicarse sin demora al proveedor o contratista interesado, de conformidad con el párrafo 2 del artículo. [Si el Grupo de Trabajo decide que debería permitirse recurrir contra el rechazo, la referencia y el comentario aparecerían en este lugar.]

12) Los Estados promulgantes deberían ser conscientes de que, además de las medidas previstas en el presente artículo, otras medidas pueden impedir eficazmente los riesgos para el cumplimiento resultantes de las ofertas anormalmente bajas. Evaluar detenidamente las calificaciones, licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas de los proveedores puede desempeñar un papel especialmente importante en ese contexto, que a su vez depende de la adecuada formulación de los requisitos de calificación y de la redacción exacta de las especificaciones. Las entidades adjudicadoras deberían recibir instrucciones adecuadas al respecto, y tener conciencia de la necesidad de reunir información amplia y exacta sobre las calificaciones de proveedores o contratistas, incluida la relativa a su historial, y prestar la atención debida en la evaluación a todos los aspectos de las licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas presentadas, y no sólo al precio (como, por ejemplo, los costos de mantenimiento y sustitución, cuando proceda).

13) Entre otras medidas pueden estar las siguientes: i) fomentar la conciencia de los efectos perjudiciales de las subastas anormalmente bajas; ii) suministrar capacitación, recursos suficientes e información a los funcionarios de contratación pública, incluida la relativa a los precios de mercado; iii) conceder tiempo suficiente a cada fase del proceso de contratación. Los pliegos de condiciones u otros documentos para solicitar propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas pueden incluir una declaración expresa en el sentido de que la entidad adjudicadora no estará obligada a aceptar ninguna oferta y podrá realizar análisis del posible riesgo para el cumplimiento y de los precios propuestos”.
