



Asamblea General

Distr. general
6 de octubre de 2006
Español
Original: inglés

**Comisión de la Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
40º período de sesiones
Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007

Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su décimo período de sesiones

(Viena, 25 a 29 de septiembre de 2006)

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-3	3
II. Organización del período de sesiones	4-9	4
III. Deliberaciones y decisiones	10-11	5
IV. Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios	12-81	6
A. Observaciones generales	12-14	6
1. Calendario del proyecto en curso	12-13	6
2. Revisión a la Guía para la incorporación al derecho interno	14	6
B. El empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 y A/CN.9/WG.I/WP.47)	15-36	7
1. Comunicaciones intercambiadas en el proceso de contratación: nuevos artículos 5 bis y 9/5 ter.	15-26	7
2. Presentación electrónica de ofertas: revisión del párrafo 5) del artículo 30.	27-30	10
3. Apertura electrónica de las ofertas: revisiones del párrafo 4) del nuevo artículo 33 (A/CN.9/WG.I/WP.47, párr. 29)	31-32	11
4. Publicación por vía electrónica de la información referente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.47, párrs. 30 a 37)	33-36	11



C.	Proyectos de disposición para habilitar el recurso a la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.48, A/CN.9/WG.I/WP.43, párrs. 54 a 66, A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrs. 1 a 6, y A/CN.9/WG.I/WP.40, párr. 27).	37-71	12
1.	Ubicación de las disposiciones relativas a la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo	37-39	12
2.	Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa: nuevo artículo [36 bis] (A/CN.9/WG.I/WP.48, párrs. 3 a 17).	40-47	13
3.	Procedimientos en la fase anterior a la subasta: nuevo artículo [47 bis] (A/CN.9/WG.I/WP.48, párrs. 18 a 27).	48-56	14
4.	Procedimientos en la fase de la subasta: nuevo artículo [47 ter] (A/CN.9/WG.I/WP.40, párr. 27, y A/CN.9/WG.I/WP.43, párrs. 54 a 58).	57-63	17
5.	Otras revisiones del texto de la Ley Modelo y de la Guía para su incorporación al derecho interno encaminadas a permitir el empleo de la subasta electrónica inversa (A/CN.9/WG.I/WP.43, párrs. 59 a 66, y A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrs. 1 a 6).	64-71	20
D.	Ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrs. 7 a 13) . . .	72-78	21
1.	Propuestas de textos a agregar al artículo 34 de la Ley Modelo	72-75	21
2.	Propuestas de textos a agregar al texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que se refiere al artículo 34	76-78	22
E.	Acuerdos marco (A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1).	79-81	23
V.	Otros asuntos	82-86	23

I. Introducción

1. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante la “Comisión”) encomendó a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) que elaborase propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de 1994 (en adelante la “Ley Modelo”, A/49/17 y Corr.1, anexo I). Se confirió al Grupo de Trabajo un mandato flexible a fin de que determinara las cuestiones que procedería examinar en el curso de su labor, con miras sobre todo a facilitar la admisión de nuevas prácticas en la contratación pública, particularmente las dimanantes del empleo de las comunicaciones electrónicas (A/59/17, párr. 82). El Grupo de Trabajo inició en su sexto período de sesiones su labor encaminada a la preparación de propuestas para la revisión de la Ley Modelo (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004) (A/CN.9/568). En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que procedería, en sus próximos períodos de sesiones, a un examen a fondo de los temas presentados en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.31 y 32 por el orden en que aparecían (A/CN.9/568, párr. 10).

2. En sus períodos de sesiones séptimo a noveno (Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005, Viena, 7 a 11 de noviembre de 2005 y Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006, respectivamente) (A/CN.9/575, A/CN.9/590 y A/CN.9/595), el Grupo de Trabajo pasó a examinar los temas relacionados con: a) el empleo de medios electrónicos en el proceso de contratación, con particular referencia al intercambio de comunicaciones y la presentación de ofertas por vía electrónica y a la apertura de las ofertas, la celebración de reuniones y el archivo de información en un contexto electrónico, así como a los controles que deban aplicarse al respecto; b) aspectos de la publicación de información concerniente a la contratación, examinándose en particular la posibilidad de ampliar el alcance actual del artículo 5 de la Ley Modelo y la publicación de anuncios sobre los contratos próximamente adjudicables; y c) la subasta electrónica inversa, examinándose en particular si este método debería ser tratado como una fase optativa de otros métodos de contratación o como un método autónomo directamente utilizable, así como los criterios exigibles para su empleo, los contratos adjudicables por este método y los procedimientos que habrían de aplicarse al utilizarlo. En sus períodos de sesiones séptimo y octavo, el Grupo de Trabajo pasó a examinar además las cuestiones suscitadas por las denominadas ofertas anormalmente bajas, así como la necesidad de que sean detectadas en una etapa temprana del proceso de adjudicación y de prevenir los efectos eventualmente negativos de esas ofertas. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo llegó a un acuerdo preliminar sobre los proyectos de texto para la revisión de la Ley Modelo y de la Guía destinados a acomodar el empleo de la tecnología y las comunicaciones electrónicas (así como de la subasta electrónica inversa) en el marco de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo decidió que proseguiría, en su décimo período de sesiones con el examen de esos proyectos de revisión así como con un examen a fondo de las revisiones propuestas al texto de la Ley Modelo y de la Guía en lo concerniente a los aspectos pendientes de la subasta electrónica inversa, prosiguiéndose además la investigación de las ofertas anormalmente bajas y, si el tiempo lo permitía, del tema de los acuerdos marco y de las listas de proveedores (A/CN.9/595, párr. 9).

3. En sus períodos de sesiones 38° y 39°, celebrados en 2005 y 2006 respectivamente, la Comisión felicitó al Grupo de Trabajo por los avances realizados en su labor y reafirmó su apoyo al nuevo estudio en curso y a la inclusión de prácticas de contratación novedosa en la Ley Modelo (A/60/17, párr. 172 y A/61/17, párr. 191). En su 39° período de sesiones, la Comisión recomendó además al Grupo de Trabajo que, al actualizar la Ley Modelo y la Guía, tuviera en cuenta las cuestiones suscitadas por los conflictos de intereses y examinara si procedía insertar alguna disposición al respecto en la Ley Modelo (A/61/17, párr. 192).

II. Organización del período de sesiones

4. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su décimo período de sesiones en Viena del 25 al 29 de septiembre de 2006. Asistieron a las sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Austria, Belarús, Brasil, Camerún, Canadá, Chile, China, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Irán (República Islámica del), Italia, Kenya, Lituania, México, Nigeria, Pakistán, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Singapur, Suecia, Tailandia, Turquía, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

5. Asistieron a las sesiones observadores de los siguientes Estados: Bulgaria, Eslovaquia, Filipinas, Finlandia, Indonesia, Irlanda, Letonia, Malasia, República Democrática del Congo, República Dominicana, Rumanía y Timor-Leste.

6. Asistieron también a las sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas y Banco Mundial;

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Agencia Espacial Europea (ESA), Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Comisión Europea, Organización de cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y Unión Asiática de Compensación (UAC);

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por el Grupo de Trabajo*: Asociación Europea de Estudiantes de Derecho (ELSA), Asociación Internacional de Abogados, Cámara de Comercio Internacional (CCI) y Centro de Estudios Jurídicos Internacionales.

7. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes personas para integrar su Mesa:

Presidente: Sr. Stephen R. KARANGIZI (Uganda)

Relatora: Sra. Ligia GONZÁLEZ LOZANO (México).

8. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.I/WP.46 y Corr.1);

b) Una nota concerniente a la subasta electrónica inversa y a las ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.43 y Add.1);

- c) Un estudio comparativo de los acuerdos marco (A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1);
- d) Una nota concerniente a las listas de proveedores (A/CN.9/WG.I/WP.45 y Add.1);
- e) Una nota concerniente al empleo de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación y a la publicación por vía electrónica de información relativa a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.47);
- f) Una nota adicional sobre la subasta electrónica inversa, con propuestas de texto (A/CN.9/WG.I/WP.48); y
- g) Una nota sobre la labor de índole legislativa de las organizaciones internacionales concerniente al marco legal de la contratación pública (A/CN.9/598/Add.1).

9. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

- 1. Apertura del período de sesiones.
- 2. Elección de la Mesa.
- 3. Aprobación del programa.
- 4. Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.
- 5. Otros asuntos.
- 6. Aprobación del informe del Grupo de Trabajo.

III. Deliberaciones y decisiones

10. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo prosiguió su labor encaminada a la preparación de propuestas para la revisión de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo se valió para sus deliberaciones de las notas preparadas por la Secretaría que se enumeran en el anterior párrafo 8 (WP.43 y 44 con sus adiciones, 47 y 48, y A/CN.9/598/Add.1). El Grupo de Trabajo convino en aplazar a un ulterior período de sesiones su examen del documento A/CN.9/WG.I/WP.45 y Add.1.

11. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara, a la luz de sus deliberaciones, los textos examinados durante su décimo período de sesiones, a fin de presentarlos al examen de su próximo período de sesiones. Pidió asimismo a la Secretaría que preparara, para la Ley Modelo y su Guía, propuestas de texto en lo concerniente a la utilización de los denominados acuerdos marco. El Grupo de Trabajo convino en agregar la cuestión suscitada por los conflictos de intereses a la lista de temas que habrían de examinarse al revisar la Ley Modelo y su Guía.

IV. Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

A. Observaciones generales

1. Calendario del proyecto en curso

12. El Grupo de Trabajo recordó la siguiente lista de temas que tenía previsto examinar en orden a la revisión de la Ley Modelo: a) publicación por vía electrónica de información concerniente a la contratación pública; b) el empleo de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación; c) controles aplicables al empleo de la vía electrónica en el proceso de contratación; d) la subasta electrónica inversa y la presentación de ofertas anormalmente bajas; e) el recurso a listas de proveedores; f) los denominados acuerdos marco; g) la contratación pública de servicios; h) el proceso de evaluación y cotejo de las ofertas y la utilización de la contratación pública al servicio de la política industrial, social o medioambiental; i) vías de recurso administrativo y judicial y ejecutoriedad de sus decisiones; j) métodos alternativos de adjudicación del contrato; k) participación de la comunidad interesada en el proceso de adjudicación; l) simplificación y normalización de la Ley Modelo; m) legitimación de los documentos; n) los conflictos de intereses en el proceso de adjudicación, en cuanto tema asignado al Grupo de Trabajo por la Comisión para que velara por la observancia en el régimen de la Ley Modelo de los requisitos enunciados a este respecto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹ (véanse párr. 3 *supra* y párr. 85 *infra*).

13. El Grupo de Trabajo expresó su deseo de ultimar su labor sobre estos temas en el curso del año 2008. A fin de alcanzar dicha meta, el Grupo de Trabajo tomó nota de que su primera prioridad habría de ser la de ultimar la preparación de un texto revisado de la propia Ley Modelo.

2. Revisión a la Guía para la incorporación al derecho interno

14. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la Guía era un documento destinado no únicamente al legislador sino también a toda autoridad reguladora y a toda autoridad administrativa competente (al personal encargado de la contratación pública como pudiera ser la entidad adjudicadora y todo encargado de diseñar un sistema electrónico al servicio de la contratación pública). Por ello, cabía esperar que en su texto se impartiera orientación para cada grupo de usuarios en forma de directrices generales para el legislador y la autoridad reguladora y de orientación práctica para el usuario. Ahora bien, en vista del calendario fijado para llevar a cabo esta tarea (véase párr. 13, *supra*), el Grupo de Trabajo observó que tal vez no le fuera posible ultimar todos los aspectos de su cometido para 2008. El Grupo de Trabajo pidió por ello a la Secretaría que entablara consultas con personal pericial competente y procediera a la preparación de la versión revisada de la Guía con arreglo al siguiente orden de prioridades: preparando, en primer lugar, tan pronto como se ultimara la revisión de las secciones correspondiente de la Ley Modelo, las orientaciones para el legislador en orden a la promulgación del texto ya revisado; en segundo lugar, las orientaciones destinadas a la autoridad reguladora y, en tercer lugar, quizás las orientaciones destinadas a los demás usuarios. En su último período de sesiones,

previo a la presentación del texto revisado de la Ley Modelo a la Comisión, el Grupo de Trabajo llevaría a cabo un examen del texto legal revisado y de los textos de orientación práctica de la Guía ultimados hasta esa fecha. Cabría encomendar subsiguientemente a la Secretaría que ultimara todo aspecto pendiente de la Guía, a fin de someterlo al examen del Grupo de Trabajo.

B. El empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 y A/CN.9/WG.I/WP.47)

1. Comunicaciones intercambiadas en el proceso de contratación: nuevos artículos 5 bis y 9/5 ter

15. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el texto de los proyectos de artículo 5 bis y 9/5 ter que figuran en el documento A/CN.9/WG.I/X/CRP.2, presentado al Grupo de Trabajo para que lo examinara junto con el texto de los proyectos de artículo presentados en el párrafo 3 de A/CN.9/WG.I/WP.47.

16. Prevalció el parecer de que el texto del artículo 5 bis en A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 constituía una mejora respecto de su formulación anterior, ya que abordaba la cuestión del empleo de las comunicaciones en el proceso de contratación en términos tecnológicamente neutros y se ocupaba de la equivalencia funcional de las diversas vías de comunicación utilizables. Se sugirió que cabría perfilar algo más dicho texto a fin de que no se prestara a ser interpretado de modo diverso en cada país. Se observó además que toda falta de precisión del texto elevaría el riesgo de que se interpusieran recursos no justificados. Se sugirió asimismo formular las nuevas disposiciones en términos aplicables a todos los aspectos de la contratación tramitables en el marco de la Ley Modelo, sin limitarse a las comunicaciones intercambiadas en un determinado proceso de adjudicación. Se citaron las vías de recurso contra las decisiones de una autoridad adjudicadora a título de ejemplo de un aspecto de la contratación pública que pudiera ser, por lo demás, excluido en algunos países.

17. El Grupo de Trabajo estudió la conveniencia de que se fusionara en un único artículo lo dispuesto de los nuevos artículos 5 bis y 9/5 ter. Prevalció el parecer de que se fusionaran ambos textos, dado que los dos se ocupaban de las comunicaciones intercambiadas en el proceso de contratación pública.

18. A continuación se procedió a examinar la eventual fusión de los artículos 5 bis y 9/5 ter sobre la base del siguiente texto:

“Artículo 5 bis. Comunicaciones durante el proceso de contratación

1) A reserva de los requisitos enunciados en el artículo [texto al que se remita], la entidad adjudicadora elegirá:

a) Los medios por los que la entidad adjudicadora o toda autoridad administrativa que intervenga en la contratación, o todo proveedor o contratista interesado, deberán comunicar los documentos, notificaciones, decisiones y demás información que deba intercambiarse en el proceso de contratación, así como los medios por los que se comunicará toda información que corresponda al público en general; y

- b) Los medios por los que se habrá de cumplir todo requisito de la presente Ley por el que se exija que la información figure por escrito o por el que se exija una firma.
- 2) Todo medio elegido para comunicar información, o para cumplir con el requisito de la forma escrita o de la firma, deberá ser fácilmente utilizable junto con todo otro medio comúnmente empleado por los proveedores y contratistas de los bienes, las obras o los servicios que sean objeto del contrato adjudicado. La entidad adjudicadora deberá indicar expresamente esos medios al convocar por vez primera a proveedores o contratistas para que participen en un proceso de adjudicación.
- 3) Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo será igualmente aplicable a la creación de todo expediente que se haya de llevar del proceso de adjudicación, así como a la celebración de reuniones de proveedores o contratistas.
- 4) Todo reglamento de la contratación pública deberá definir las medidas aplicables para asegurar la autenticidad, la integridad, y la confidencialidad de los documentos, notificaciones, decisiones y demás información que se haya de intercambiar.
- 5) A reserva de lo que prevean otras disposiciones de la presente Ley, los documentos, las notificaciones, las decisiones y demás información que deba comunicar la entidad adjudicadora o toda autoridad administrativa que intervenga en el proceso de adjudicación, o un proveedor o contratista, o que se deba comunicar a la entidad adjudicadora o a toda autoridad administrativa competente, o a un proveedor o contratista, deberá presentarse en alguna forma que deje constancia de la información que contenga y que sea accesible para fines de ulterior consulta.
- 6) Todo intercambio de información entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora a que se hace referencia en 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) (nueva numeración de la Ley Modelo)] podrá efectuarse por un medio que no deje constancia de la información comunicada siempre y cuando se dé de inmediato al receptor del mensaje la confirmación del mismo en una forma que deje constancia de su contenido y que sea accesible para fines de ulterior consulta.”
19. Con respecto al artículo 5 bis 1) se formularon las siguientes sugerencias de redacción: i) sustituir el verbo “elegir”, en la introducción del artículo, por el verbo “indicar expresamente”; ii) que se actualizaran las remisiones entre medios y formas de comunicación tras la fusión de los dos artículos; iii) dado que todo requisito de que la información figure por escrito o haya de ser firmada puede haber sido impuesto por alguna otra ley aplicable, tal vez la entidad adjudicadora no esté facultada para dictaminar cómo habrán de cumplirse los requisitos. En consecuencia, podría indicarse en el texto que la entidad adjudicadora deberá fijar los requisitos en el pliego de condiciones, remitiéndose, cuando sea necesario, a la legislación aplicable a esas cuestiones, o bien podrían insertarse, al principio del apartado b), las palabras “a menos que la cuestión esté regulada por otra Ley”.
20. Con respecto al artículo 5 bis 2), se sugirió que se calificaran las palabras “proveedores o contratistas” con el adjetivo “eventuales”, a fin de dejar claro que

las disposiciones regulaban a los proveedores en general. No obstante, se recordó también que la definición de “proveedores y contratistas” del artículo 2 del texto de la Ley Modelo indicaba que esa noción englobaba a todo proveedor o contratista eventual, según el caso. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara la necesidad eventual de agregar en este contexto la palabra sugerida y que estudiara si cabría mejorar la redacción de la disposición.

21. Con respecto al párrafo 3) del artículo 5 bis, se convino en extender su alcance a otros aspectos del proceso de contratación que estarían sujetos a los mismos requisitos.

22. El Grupo de Trabajo consideró la interrelación entre las disposiciones ya existentes destinadas a facilitar el recurso al comercio electrónico (similares, por ejemplo, a las de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico²) y las disposiciones que procedería adoptar al servicio de la contratación pública. Se señaló que en otras ramas del derecho, como el derecho de los contratos y el derecho del comercio electrónico, dichas cuestiones pudieran estar reguladas en algunos países por su derecho interno, pero que ciertas cuestiones que se daban en el marco de la contratación pública tal vez no hubieran sido reguladas. Se sugirió reformular este párrafo en forma pasiva en términos destinados a garantizar la autenticidad, integridad y confidencialidad de los mensajes intercambiados, pero que fueran a la vez lo bastante flexibles para respetar toda peculiaridad imperante en cada Estado promulgador. Se señaló a la atención del Grupo de Trabajo el hecho de que en este párrafo se fijarían los requisitos aplicables a las comunicaciones intercambiadas tanto por vía electrónica como sobre papel, pero introduciendo algunos nuevos requisitos expresamente aplicables a la vía electrónica.

23. Se insistió en que al formularse el artículo 5 bis y toda cláusula destinada a la Guía, concerniente al tema de la confidencialidad, se distinguiera entre la información comercial o de otra índole cuyo carácter confidencial debía ser respetado (conforme se exige, por ejemplo, en el artículo 45 de la Ley Modelo) y la información que procedía que fuera de carácter público.

24. Se recordó que se había suprimido la palabra “accesibilidad” en el párrafo 4) del artículo 5 bis, pues el párrafo debería centrarse en las medidas necesarias para garantizar la seguridad de la comunicación y de la información en la contratación pública. Se sostuvo que la accesibilidad tenía otro objetivo, que era la no discriminación, y que por tanto debía regularse en otra disposición, o como elemento separado del artículo 15 bis 4).

25. Se planteó la cuestión de si la Ley Modelo contendría suficientes salvaguardias contra la discriminación en la comunicación si el texto del artículo 9 3) de la Ley Modelo se sustituyera por el artículo 5 bis 2) propuesto. Se argumentó que la fraseología positiva del artículo 5 bis 2) tenía por objeto asegurar la competencia, más que la no discriminación. No obstante, el Grupo de Trabajo observó que las disposiciones del artículo 9 3) podrían no dar a la entidad adjudicadora el derecho a indicar explícitamente el medio de comunicación que deseaba fuera utilizado en el proceso de adjudicación. El Grupo de Trabajo recordó su examen de este tema en su noveno período de sesiones (A/CN.9/595, párrs. 23 a 38), y en particular la referencia al preámbulo de la Ley Modelo, que preveía la obligación de dar a todos los proveedores y contratistas un trato justo e igualitario. Recordando su deseo de que en la Guía para la incorporación al derecho interno

estudiara más a fondo el concepto de la no discriminación, el Grupo de Trabajo decidió mantener su enfoque de regular la cuestión en la Guía en vez de reinsertar el artículo 9 3).

26. Se convino también en modificar el título del artículo resultante de la fusión de los dos artículos, que regularía a la vez los medios y la forma de las comunicaciones en la contratación pública; el nuevo título sería “Comunicaciones en la contratación pública”, que denotaría el alcance general del artículo.

2. Presentación electrónica de ofertas: revisión del párrafo 5) del artículo 30

27. El Grupo de Trabajo examinó las variantes propuestas para el párrafo 5) del artículo 30, que figuraban en el párrafo 2 de A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 y en el párrafo 21 de A/CN.9/WG.I/WP.47. El Grupo de Trabajo estimó que en el examen de las revisiones del párrafo 5) del artículo 30 debería adoptarse como base el texto enunciado en A/CN.9/WG.I/X/CRP.2.

28. El Grupo de Trabajo aceptó las fórmulas propuestas para el nuevo párrafo 5) del artículo 30 consistentes en: i) unir la frase inicial del apartado a) con el inciso i); ii) dividir el inciso ii) en dos partes, una referente a la presentación de ofertas sobre papel y otra relativa a la presentación de ofertas en cualquier otra forma; iii) sustituir, en el inciso ii), la palabra “protección” por las palabras “integridad y confidencialidad”, a fin de lograr la coherencia entre los artículos 5 bis 4) y 30 5) d); iv) suprimir la palabra “seguridad” en el apartado d); y v) sustituir las palabras “el momento de su presentación” por las palabras “el momento de su recepción” o “el momento que determine la entidad adjudicadora que en ningún caso deberá ser posterior al momento de su recepción”. Se prefirió la segunda variante de esta última propuesta. Así pues, el texto completo de la disposición sería el siguiente: “d) 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 momento de la recepción, y se asegurará de que el contenido de la oferta sólo se examine una vez abierta de conformidad con la presente Ley”. Se consideró que este enunciado ofrecía la suficiente flexibilidad para los casos en que la entidad adjudicadora asumiera la responsabilidad por la protección de las ofertas antes del momento de la recepción de éstas, a fin de permitir (por ejemplo), el cifrado y el descifrado de las ofertas electrónicas por la entidad adjudicadora, y no por los proveedores.

29. Se expresaron dudas sobre la conveniencia de suprimir el concepto de “seguridad” en el artículo 30 5) d). Se señaló que el concepto de “seguridad” se diferenciaba de los conceptos de integridad y de confidencialidad (aunque guardara relación con ellos). Se subrayó la importancia de que se preservara la seguridad tanto en el contexto de las ofertas sobre papel como en el de las ofertas electrónicas. El Grupo de Trabajo entendió que los artículos 30 5) y 5 bis, en su forma enmendada, ya preveían suficientes salvaguardias para garantizar la debida seguridad en todo el proceso de contratación pública y, en particular, en la presentación de las ofertas.

30. Se sugirió que en la Guía se prestara asistencia a los Estados promulgantes en relación con estas cuestiones. Se opinó que la regulación por separado de la presentación y de la recepción de la oferta, según se hiciera sobre papel o por vía electrónica, podía estar justificada a fin de evitar que se impusieran requisitos más

estrictos, que tal vez fueran apropiados para las ofertas electrónicas, pero que no fueran necesarios para las ofertas sobre papel. Se señaló también que la imposición de requisitos excesivos tal vez resultara ser un factor disuasorio de la presentación por vía electrónica de la oferta.

3. Apertura electrónica de las ofertas: revisiones del párrafo 4) del nuevo artículo 33 (A/CN.9/WG.I/WP.47, párr. 29)

31. El Grupo de Trabajo convino en formular el texto del párrafo 4) del nuevo artículo 33 en términos que resultaran neutrales desde el punto de vista tecnológico suprimiendo las referencias a palabras como “electrónicas”, “a través de medios electrónicos”, y medios “ópticos” de contratación pública y comunicación. También se convino en sustituir las palabras “están en condiciones de seguir [la apertura de las ofertas]” por las palabras “quedan plenamente e instantáneamente informados de”, para dar a entender que no sólo debería permitirse a los proveedores o contratistas observar el proceso de apertura sino también formular observaciones en el mismo instante.

32. El Grupo de Trabajo decidió que se fundiera el párrafo 4) con el párrafo 2) del artículo 33, de modo que esa última disposición dijera lo siguiente:

“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.”

4. Publicación por vía electrónica de la información referente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.47, párrs. 30 a 37)

Artículo 5

33. El Grupo de Trabajo convino en dividir el artículo 5 en dos párrafos, tal como se sugería en el párrafo 31 del documento A/CN.9/WG.I/WP.47. Se exigiría que las decisiones judiciales y órdenes administrativas importantes fueran publicadas, pero con el requisito de “actualizar periódicamente [la información], de ser necesario”; sin embargo, no se impondría el requisito de “mantener sistemáticamente actualizada” esa información.

Publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables

34. El Grupo de Trabajo señaló la tendencia internacional y regional a fomentar por vía reglamentaria la publicación de información sobre todo contrato próximamente adjudicable, dando en particular incentivos para tal publicación consistentes, por ejemplo, en permitir plazos más breves para el proceso de adjudicación. Se apoyó firmemente la propuesta de incluir en el texto de la Ley Modelo disposiciones sobre la publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables pues, según se argumentó, esa práctica alentaba la planificación de la contratación, propiciaba una mayor disciplina en la adjudicación (por ejemplo, reduciendo la práctica de dividir el contrato adjudicable, para evitar la aplicación de reglas más estrictas) y beneficiaba a los proveedores y contratistas (permitiéndoles determinar sus necesidades, planificar la asignación de recursos

necesarios y adoptar otras medidas preparatorias con miras a participar en el concurso de adjudicación de futuros contratos).

35. No obstante, se aconsejó cautela, dado que no estaban claramente establecidos los beneficios de tal publicación, y habida cuenta de que la información podía variar (de modo que los proveedores o contratistas que se hubieran fiado de la información publicada correrían el riesgo de tener que pagar costos innecesarios). Se dijo que la Ley Modelo debería fomentar prácticas óptimas y debería reconocer que facilitar información abundante pero no pertinente o que indujera a error (en vez de información útil y pertinente) sería contrario a los objetivos de la Ley Modelo, y restaría transparencia al proceso. Ahora bien, se señaló que, en algunos países tal vez se exigiera ya la publicación de dicha información o que se estimara necesaria en el marco del proceso de planificación.

36. El Grupo de Trabajo convino en que deberían incluirse en la Ley Modelo disposiciones que autorizaran la publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables, sobre la base del texto del párrafo 33 del documento A/CN.9/WG.I/WP.47. El texto sería facultativo valiéndose de términos como “las entidades adjudicadoras podrán publicar”. El Grupo de Trabajo estimó que debería reforzarse el término “podrán” a fin de que dicha disposición resultara más eficaz. Se convino también en que la Guía hiciera referencia a los incentivos que los Estados promulgantes podían proporcionar a las entidades adjudicadoras a fin de que publicaran ese tipo de información así como a los reglamentos y prácticas existentes. El Grupo de Trabajo indicó que en la Guía debería ponerse de relieve que los proveedores o contratistas no tendrían derecho a ningún recurso si la contratación fuera cancelada tras un anuncio previo en los medios de comunicación. Al mismo tiempo, la Guía debería sopesar debidamente los beneficios y los inconvenientes de esa publicación adelantada de dicha información.

**C. Proyectos de disposición para habilitar el recurso a la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo
(A/CN.9/WG.I/WP.48, A/CN.9/WG.I/WP.43, párrs. 54 a 66,
A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrs. 1 a 6, y A/CN.9/WG.I/WP.40,
párr. 27)**

1. Ubicación de las disposiciones relativas a la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo

37. El Grupo de Trabajo pasó revista a la estructura de la Ley Modelo en su conjunto observando que las condiciones de empleo y los procedimientos que habían de seguirse respecto de cada método de contratación habían sido enunciados en diversos capítulos de la Ley Modelo. Tras observar que tal vez procediera alterar esa estructura en algún momento ulterior, el Grupo de Trabajo convino a título preliminar en colocar las disposiciones concernientes a las condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa en el capítulo II de la Ley Modelo (en donde se enumeraban los métodos de contratación aplicables y sus condiciones de empleo). Se convino en ubicar las disposiciones sobre normas de procedimiento de la subasta electrónica inversa en otro lugar, como pudiera ser el capítulo V de la Ley Modelo (donde se describían los procedimientos para el empleo de otros métodos alternativos de contratación). Se observó que esta ubicación permitiría que se

recurriera a la subasta electrónica inversa en el marco de diversos métodos de contratación, como pudiera ser en el marco de la licitación o en el de la solicitud de cotizaciones, o directamente en su condición de método autónomo de contratación.

38. Ahora bien, el Grupo de Trabajo observó que sólo adoptaría una decisión definitiva sobre la estructura de la Ley Modelo una vez que hubiera examinado las nuevas técnicas utilizables, como sería el caso de la subasta electrónica inversa y de los denominados acuerdos marco. Se reconoció asimismo que cabría reconsiderar la preferencia actual por la licitación expresada en el artículo 18, de la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta la índole evolutiva de las técnicas de contratación.

39. Se expresó, no obstante, el parecer de que la Ley Modelo debería imponer ciertos requisitos que la entidad adjudicadora habría de observar al seleccionar el método de contratación más adecuado para determinados supuestos. Se observó asimismo que convendría definir mejor las condiciones para el empleo de cada método de contratación utilizable, particularmente a la luz del acuerdo preliminar al que había llegado el Grupo de Trabajo de que la selección del método de contratación aplicado dejaría de estar exceptuada del recurso interponible a tenor del artículo 52 de la Ley Modelo (A/CN.9/568, párr. 112).

2. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa: nuevo artículo [36 bis] (A/CN.9/WG.I/WP.48, párrs. 3 a 17)

Artículo [36 bis]

40. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el texto del artículo 36 bis que figura en el párrafo 3 de A/CN.9/WG.I/WP.48. Se recordó que todas las condiciones enunciadas en el artículo 36 bis habrían de ser exigidas conjuntamente a fin de prevenir debidamente todo recurso indebido a la subasta electrónica inversa para la adjudicación de un contrato (A/CN.9/595, párr. 96).

41. Se hicieron las siguientes sugerencias de forma, que el Grupo de Trabajo aceptó: i) colocar entre corchetes, a lo largo del texto, toda disposición o referencia concerniente a los contratos de obras o de servicios, a fin de dar a entender al Estado promulgador que cabría excluir esas categorías de contrato del ámbito de aplicación del artículo; y ii) sustituir en todo el texto la referencia a “bienes, servicios u obras comúnmente utilizados” por una referencia a los bienes, las obras o los servicios que estuvieran normalmente disponibles en el mercado.

42. Se cuestionó la necesidad del apartado a) a la luz de lo dispuesto en el apartado c), dado que la observancia de los requisitos enunciados en el apartado c) suponía la observancia del requisito enunciado en el apartado a).

43. En cuanto a lo dispuesto en el apartado d), se expresaron diversos pareceres acerca de si deberían retenerse las dos variantes presentadas, o si bastaría con insertar una sola en la Ley Modelo (mencionándose en la Guía la segunda variante como alternativa posible). Se observó que ninguna de las dos soluciones era deseable si daba lugar a que se ofrecieran soluciones conflictivas en la Ley Modelo y en la Guía.

44. Se observó que el punto considerado suscitaba la cuestión de cuáles serían los criterios utilizables para la adjudicación del contrato por medio de una subasta electrónica inversa: el precio por sí solo o junto con otros criterios. Se expresó el parecer de que la aceptabilidad del texto revisado de la Ley Modelo dependería de

que se salvaguardara su flexibilidad, permitiéndose en este caso que se utilizara el precio por sí solo o junto con otros criterios para determinar la oferta ganadora. Ahora bien, se recordó el entendimiento inicial de que el criterio de adjudicación más adecuado para la subasta electrónica inversa era el precio por sí solo, por lo que se observó que el texto más permisivo de la segunda variante pudiera dar lugar a que se utilizaran otros criterios ajenos al precio en circunstancias donde no procediera.

45. Tras deliberar al respecto, se decidió retener las dos variantes en la Ley Modelo, dejando al arbitrio del reglamento aplicable en cada Estado promulgador la determinación de cuáles eran las circunstancias en las que resultaría apropiada una u otra solución (criterio que cabría indicar en la introducción del apartado d)). Procedería enmendar la segunda variante en términos como los siguientes: “Cuando la oferta ganadora vaya a ser determinada en función del precio y de otros criterios que puedan ser expresados en unidades monetarias y evaluados por algún procedimiento automático.”

46. Al decidir esto, el Grupo de Trabajo obraba en el entendimiento de que la Guía explicaría a los Estados promulgantes el funcionamiento de cada una de las dos variantes a la luz de las circunstancias del caso, así como de la experiencia ya adquirida en cada país en el empleo de la subasta electrónica inversa, y en función de si existía ya la posibilidad de adjudicar contratos de servicios o de obras por dicho método y del sector comercial considerado. Además, cabría alertar en la Guía a los Estados sobre el elevado riesgo de que se recurriera en una subasta electrónica a prácticas corruptas, delegando, por ejemplo, decisiones que incumbieran a un órgano público a terceros proveedores de servicios o de programas informáticos. El Grupo de Trabajo observó asimismo la conveniencia de que se exigiera expresamente que todo criterio utilizable para la determinación de la oferta ganadora o en el proceso de evaluación fuera dado a conocer en el pliego de condiciones por adelantado a los proveedores y contratistas eventuales. Se insistió además en que se velara por no dar lugar al empleo de criterios subjetivos en la subasta (como pudiera hacerse a través de un sistema de puntos) y en que se salvaguardara la sencillez y transparencia del proceso de adjudicación.

Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

47. Se sugirió que, además de los criterios enumerados en el párrafo 11 del documento A/CN.9/WG.I/WP.48 como dignos de ser explicitados en la Guía, se insistiera en su texto en la necesidad de que la entidad adjudicadora tenga presente los costos de oportunidad inherentes al empleo de la subasta electrónica inversa.

**3. Procedimientos en la fase anterior a la subasta: nuevo artículo [47 bis]
(A/CN.9/WG.I/WP.48, párrs. 18 a 27)**

48. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición el texto del artículo 47 bis, presentado en el párrafo 18 del documento A/CN.9/WG.I/WP.48. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el artículo en el entendimiento de que su texto sería posteriormente fusionado con el artículo 47 ter (véanse párrs. 57 a 63 *infra*).

49. El Grupo de Trabajo consideró que habría que revisar las disposiciones sobre los procedimientos previos a la subasta, a fin de asegurar su coherencia con el artículo 36 bis. Algunos delegados prefirieron en particular que se prepararan dos

versiones distintas del artículo relativo a los procedimientos previos a la subasta que correspondieran a las dos variantes del apartado d) del artículo 36 bis anteriormente convenidas (véanse párrs. 40 a 46 *supra*).

50. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que la Ley Modelo no debería impedir ningún recurso adecuado a la subasta electrónica inversa como instrumento de adjudicación en el marco de métodos de adjudicación distintos de la licitación, como pudiera ser la solicitud de cotizaciones o cualquier otra técnica de contratación pública que sea utilizable con arreglo a la Ley Modelo revisada, como sería el caso de los acuerdos marco y de los sistemas de adquisiciones dinámicas.

51. Al margen de la cuestión suscitada por la evaluación de la aptitud o cualificación profesional de los proveedores y de la conformidad de las ofertas, el Grupo de Trabajo observó que habría que prever dos tipos de subasta electrónica inversa: en primer lugar, una versión más sencilla en la que se considerara únicamente el precio u otros elementos modificables de la oferta, que sean cuantificables en unidades monetarias, como únicos criterios de adjudicación; y en segundo lugar, una versión más compleja en la que se evaluaran otros elementos no modificables de la oferta en el marco de una evaluación previa. Se procedería seguidamente a la subasta en función de los elementos variables de la oferta susceptibles de ser cuantificados en unidades monetarias.

52. Se enviaron a la Secretaría las siguientes sugerencias textuales para que las tuviera en cuenta al preparar un artículo revisado: i) con respecto al párrafo 1), que se especificaran, para todo método de contratación que admitiera, en su marco, la subasta electrónica inversa, cuáles de los requisitos normalmente exigibles para cada uno de esos métodos serían aplicables a la subasta electrónica inversa (p. ej., se señaló que el apartado c) del párrafo 4) del artículo 34, en el que se establecían procedimientos para la evaluación y la comparación de ofertas, no sería aplicable a la subasta electrónica inversa; ii) que se permitiera tanto la forma más sencilla de la subasta electrónica inversa como la más compleja, conforme a lo enunciado más arriba; iii) que se reformulara el artículo en términos que dejaran claro cuáles de los procedimientos previos a la subasta serían aplicables, respectivamente, a las modalidades simple y compleja de la subasta electrónica inversa; iv) que se especificara que las reglas para la sustanciación de toda subasta electrónica inversa, así como los criterios para la evaluación de las ofertas y toda fórmula u otro mecanismo para la reevaluación automática de las ofertas había de ser puesto en conocimiento de los proveedores o contratistas al principio del proceso de adjudicación; v) que se sustituyera, en el párrafo 3), la remisión al párrafo 3) del artículo 34 por una remisión al párrafo 2) del artículo 34, que trataba de la determinación de la conformidad de las ofertas si se mantenían las referencias al procedimiento de licitación; vi) en el contexto de la modalidad más compleja de la subasta electrónica inversa, que se especificara que se emitirían invitaciones para participar en la subasta (tras la evaluación o las evaluaciones previas a la misma) a nombre de todo “concurante que hubiera satisfecho los criterios obligatorios” o de los “concurantes seleccionados”, pero no a nombre de aquellos licitantes cuyas ofertas hubieran sido rechazadas a raíz de esas evaluaciones; vii) que se modificara el orden de los párrafos de modo que figuraran en primer lugar los procedimientos comunes a ambos tipos de subasta electrónica inversa; y viii) que fuera obligatorio retirar la convocatoria de subasta electrónica inversa si la entidad adjudicadora estimaba que el número de proveedores o contratistas era insuficiente para asegurar

una competencia real en cualquier momento previo a la apertura (pero no a la clausura) de la subasta (si bien se señaló que ese enfoque era demasiado prescriptivo en comparación con otros enfoques más flexibles que se seguían en algunos países).

53. El Grupo de Trabajo examinó la variante propuesta para el artículo 47 bis, cuyo texto era el siguiente:

“Artículo [47 bis]. Sustanciación de las subastas electrónicas inversas durante el período previo 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) La entidad adjudicadora podrá requerir un proceso de precalificación o requerir, además, la presentación y la evaluación de ofertas iniciales.

3) De requerirse un proceso de precalificación, la entidad adjudicadora procederá a una precalificación de los proveedores o contratistas de conformidad con los párrafos 5) y 6) del artículo 7.

4) De requerirse la presentación de ofertas iniciales, la entidad adjudicadora procederá a realizar una evaluación inicial de las ofertas con miras a determinar su conformidad con arreglo al párrafo 2 del artículo 34.

5) La entidad adjudicadora convocará a participar en la subasta a todos los proveedores o contratistas, salvo a aquellos que no hayan resultado precalificados o aquellos cuyas ofertas hayan sido rechazadas de conformidad con el párrafo 3) del artículo 34.

6) En la convocatoria a subasta se especificará el modo en que los proveedores y contratistas deberán inscribirse para participar en la subasta y el plazo de inscripción. A menos que haya sido ya facilitada a los proveedores o contratistas, en la convocatoria a participar en la subasta deberá incluirse toda la información necesaria para que los proveedores o contratistas puedan participar en la subasta.

7) La entidad adjudicadora velará por que el número de proveedores o contratistas invitados a participar en la subasta sea suficiente para que ésta resulte competitiva. Si la entidad adjudicadora considera, en cualquier momento previo a la apertura de la subasta, que el número de proveedores o contratistas es insuficiente para garantizar una competencia efectiva, la entidad adjudicadora cancelará la convocatoria de la subasta electrónica inversa.

8) Si la oferta ganadora no debe determinarse únicamente en función del precio sino en función del precio y de una combinación de criterios cuantificables en unidades monetarias de conformidad con el artículo 36 bis [segundo d)][e)], la entidad adjudicadora evaluará los elementos de las ofertas que no puedan presentarse en la subasta de conformidad con dichos criterios y de acuerdo con la fórmula especificada en el pliego de condiciones para cuantificar esos elementos en unidades monetarias.”

54. En la presentación del artículo se puntualizó que era únicamente aplicable a la fase previa a la subasta; en la fase de la subasta podían combinarse elementos

distintos del precio y los elementos mencionados en el párrafo 8) del artículo, si procede, para determinar la oferta ganadora. Con respecto al párrafo 8) del artículo, se señaló también que se había limitado su alcance de acuerdo con la segunda variante del artículo 36 bis d).

55. En el Grupo de Trabajo se expresó la convicción de que el lenguaje utilizado debería dar margen para la inevitable evolución de la subasta electrónica inversa, a fin de impedir que las disposiciones se vuelvan obsoletas. Así pues, habría que permitir todo tipo de subastas electrónicas inversas, aunque sometiéndolas a determinadas salvaguardias, a saber: i) la transparencia mediante, entre otras cosas, la revelación a los proveedores, en la fase inicial del proceso de contratación, ya sea en las especificaciones o invitaciones a la precalificación o en la convocatoria a participar en la subasta, de toda información que les permita determinar el modo en que se evaluarán las ofertas y su puntuación respectiva en el proceso de evaluación frente a los demás participantes; y ii) la objetividad, exigiéndose, entre otras cosas, la cláusula de la etapa de la subasta al declararse la oferta ganadora, a fin de impedir toda evaluación posterior a la subasta.

56. Se pidió a la Secretaría que examinara atentamente cuáles de los elementos enumerados en el párrafo 60 de A/CN.9/WG.I/WP.43 debiera ser mantenidos en las disposiciones revisadas. Se dijo también que al redactarse textos para la Ley Modelo o para la Guía debería evitarse dar la impresión de que la subasta electrónica inversa era necesariamente el único o el mejor instrumento disponible, aun cuando se cumplieran todos los criterios fijados en el artículo 36 bis para ese tipo de subastas. Se pidió a la Secretaría que consultara a expertos que tuvieran experiencia práctica en la realización de subastas electrónicas inversas con objeto de cerciorarse de que lo que se disponga en la Ley Modelo y en la Guía en materia de subastas electrónicas inversas es viable en la práctica. Cabría presentar por separado ciertas partes de la Guía, como la concerniente a la subasta electrónica inversa, para que sean examinadas por peritos en la respectiva esfera.

4. Procedimientos en la fase de la subasta: nuevo artículo [47 ter] (A/CN.9/WG.I/WP.40), párr. 27, y A/CN.9/WG.I/WP.43, párrs. 54 a 58)

57. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición el texto del artículo 47 ter, que figuraba en el párrafo 27 de A/CN.9/WG.I/WP.40, enmendado por el texto enunciado en el párrafo 55 de A/CN.9/WG.I/WP.43. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el artículo recordando que ulteriormente se unificaría con el artículo 47 bis (véase el párr. 48 *supra*).

58. Se señaló que el artículo se había redactado con el fin de regular las subastas electrónicas inversas en las que la oferta ganadora sería determinada únicamente en función de criterios cuantificables en el precio. Habida cuenta de las decisiones que había adoptado sobre el artículo 36 bis (véanse los párrs. 40 a 46 *supra*), el Grupo de Trabajo consideró que debería ampliarse el texto para que abarcara a la vez la modalidad más sencilla y la más compleja de la subasta electrónica inversa, y que otros parámetros decididos por el Grupo de Trabajo al examinar los artículos 36 bis y 47 bis (como, por ejemplo, los encaminados a asegurar la objetividad y la transparencia en la utilización de las subastas electrónicas inversas) serían igualmente aplicables, *mutatis mutandis*, al artículo 47 ter.

59. Se observó que, dado que el Grupo de Trabajo concebía la subasta electrónica inversa, como un instrumento de adjudicación utilizable en el marco de diversos métodos y técnicas de contratación pública, se revisaría toda disposición del proyecto que se refiriera únicamente a los procedimientos sustanciados de conformidad con el capítulo III (proceso de licitación) en los párrafos 3), 6) y 7).

60. Se estudió la cuestión del anonimato de los concursantes durante la subasta electrónica inversa propiamente dicha. El Grupo de Trabajo convino en que el mantenimiento de este anonimato durante la fase de subasta era de importancia crítica. Sin embargo, había opiniones divergentes sobre si el anonimato debería mantenerse una vez clausurada la subasta. Predominó el parecer de que debería revelarse la identidad del proveedor que hubiera presentado la oferta ganadora y el precio al que se le había adjudicado el contrato, tal como ocurriría en cualquier otro procedimiento sustanciado en el marco de la Ley Modelo, entre otras cosas, por si cabía recurrir contra la adjudicación, pero se decidió que el Grupo de Trabajo examinaría, en un futuro período de sesiones, si habría que incluir en el texto disposiciones sobre el anonimato tras la clausura de la subasta.

61. Respecto del texto del proyecto de artículo se hicieron las siguientes observaciones: i) en el párrafo 1 b), se sugirió que se sustituyeran las palabras “el precio más bajo presentado” por las palabras “el resultado de la subasta de acuerdo con la fórmula previamente revelada”; ii) en el párrafo 2) se sugirió que las palabras “las fechas y los plazos” figuraran en singular; iii) en el párrafo 3), se sugirió que la frase “[también podrá anunciar en cualquier momento el número de participantes en la subasta, si bien]” y las palabras “[durante la subasta]” fueran suprimidas, y que el Grupo de Trabajo reexaminara, en un futuro período de sesiones, la cuestión de si habría que sustituir la referencia a los párrafos 2) y 3) del artículo 33 por un texto que reflejara con mayor claridad la utilización de las subastas electrónicas inversas; iv) se sugirió que el párrafo 3) figurara entre corchetes, en espera de que el Grupo de Trabajo determinara si mantenía o no en el texto esa disposición y, si la mantenía, formulara su contenido de modo que sólo abarcara los hechos que pudieran justificar la suspensión o la clausura de una subasta electrónica inversa; v) en el párrafo 5) se sugirió que después de las palabras “el precio más bajo” se insertaran las palabras “o la que resulte mejor puntuada de acuerdo con la fórmula previamente revelada”; y vi) en el párrafo 6) se sugirió que se revisara la disposición para que determinara que si el proveedor con la oferta ganadora no celebraba un contrato, la entidad adjudicadora no podría seleccionar otra oferta y podría entonces convocar otra subasta electrónica inversa o adoptar otro método de contratación pública.

62. EL Grupo de Trabajo decidió que se valdría del siguiente texto para sus futuras deliberaciones:

“Artículo 47 ter. Desarrollo de la fase de subasta de una subasta electrónica inversa

- 1) En el curso de una subasta electrónica inversa:
 - a) Todas las ofertas serán objeto de evaluación automática;
 - b) La entidad adjudicadora deberá comunicar de modo instantáneo y continuo a todos los concursantes, en el curso de la propia subasta y con

arreglo a una fórmula que se haya dado a conocer previamente, [los resultados] de la misma;

c) Todos los proveedores y contratistas participantes dispondrán en todo momento de oportunidad para revisar su oferta respecto de aquellos factores de la misma que sean objeto de subasta.

2) La subasta deberá declararse clausurada de conformidad con el método, la fecha y la hora indicadas a dicho respecto en el pliego de condiciones o en la invitación a participar en la subasta;

3) La entidad adjudicadora no deberá dar a conocer la identidad de ninguno de los concursantes [hasta que no se haya clausurado la subasta]. [Lo dispuesto en los párrafos 2) y 3) del artículo 33 no será aplicable a ningún procedimiento que conlleve una subasta electrónica];

[3) bis La entidad adjudicadora podrá aplazar o dar por terminada la subasta electrónica inversa, caso de que deje de funcionar el sistema o las comunicaciones.]

4) No deberá entablarse comunicación alguna entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas, en el curso de una subasta electrónica inversa, que no sea alguna de las comunicaciones previstas en los apartados b) y c) del anterior párrafo 1).

5) Se declarará ganadora a la oferta cuyo precio sea el más bajo o que goce de la puntuación más elevada, en el momento de clausurarse la subasta, con arreglo a una fórmula que se haya dado a conocer previamente.

6) En todo supuesto en el que se le pida a un proveedor o contratista, que haya presentado la oferta ganadora en un procedimiento que conlleve una subasta electrónica inversa, que vuelva a demostrar su idoneidad de conformidad con lo previsto en el [párrafo 6) del artículo 34], sin que éste lo consiga, o en todo supuesto en el que dicho proveedor o contratista no firme la escritura del contrato adjudicado al ser requerido a hacerlo, o no presente la garantía del cumplimiento del contrato que le sea exigida, la entidad adjudicadora deberá abstenerse de seleccionar otra oferta pero podrá llevar a cabo otra subasta electrónica inversa, que deberá desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, o podrá optar por algún otro método de adjudicación.

7) Siempre que proceda, [toda referencia que se haga en la Ley Modelo a una oferta] [toda referencia que se haga a una oferta en los artículos [enumérense esos artículos]] deberá entenderse como referida también a la oferta inicial que se haya presentado en un procedimiento que conlleve una subasta electrónica inversa.”

63. A la luz de la diversidad de las condiciones exigibles para el empleo de una subasta electrónica inversa, así como de los procedimientos que hayan de seguirse en dicha subasta, según se trate de una subasta sencilla o de una subasta compleja, y a la luz de que tal vez se utilicen criterios de evaluación ajenos al precio, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara la posibilidad de preparar un texto fusionado de los artículos 47 bis y 47 ter que regulara todas las subastas electrónicas inversas, o que separara dicho texto en dos variantes, que regularan respectivamente

la modalidad más sencilla y la modalidad más compleja de la subasta electrónica inversa. Se observó que si la Secretaría optaba por el texto enunciado en el párrafo 57 de A/CN.7/WG.I/WP.43, en donde se regulaba el empleo de criterios de evaluación ajenos al precio, para que fuera examinado en el próximo período de sesiones, se habría de suprimir en la versión inglesa de dicho texto la palabra “actual” (*current*), mientras que el Grupo de Trabajo habría de considerar, en su próximo período de sesiones, si procedía sustituir la referencia a “los resultados” de la subasta, que se hace en el apartado b) del párrafo 1) por una referencia a “la puntuación” obtenida por los proveedores.

5. Otras revisiones del texto de la Ley Modelo y de la Guía para su incorporación al derecho interno encaminadas a permitir el empleo de la subasta electrónica inversa (A/CN.9/WG.I/WP.43, párrs. 59 a 66 y AC.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrs. 1 a 6)

Observación general

64. El Grupo de Trabajo consideró que cabría utilizar la subasta electrónica inversa en el marco de otros métodos de contratación, así como en el marco de la licitación.

Expediente del proceso de contratación (artículo 11) (A/CN.9/WG.I/WP.43, párr. 59) y modificación y retirada de las ofertas (artículo 31) (A/CN.9/WG.I/WP.43, párrs. 65 y 66)

65. El Grupo de Trabajo convino en que se volviera a examinar en un período ulterior de sesiones, la cuestión de cómo se había de dejar constancia en el expediente de un proceso de adjudicación del empleo efectuado de una subasta electrónica inversa, así como la manera en que se habría de proceder para modificar y retirar una oferta en el marco de una subasta electrónica inversa y el momento en que cabría hacerlo.

Contenido del pliego de condiciones (artículo 27) (A/CN.9/WG.I/WP.43, párrs. 60 a 64)

66. El Grupo de Trabajo examinó las disposiciones presentadas en el párrafo 60 de A/CN.9/WG.I/WP.43.

67. Se hicieron las siguientes sugerencias de forma al texto enunciado en dicho párrafo: i) insertar al comienzo de la introducción del apartado n) bis el texto “además de lo ya dispuesto en el artículo 27”; ii) en el inciso ii) del apartado n) bis, sustituir la expresión “dirección en Internet” por “dirección” o por “dirección en Internet o alguna otra dirección electrónica”; iii) sustituir el texto actual del inciso iii) del apartado n) bis por “las reglas aplicables al desarrollo de la subasta electrónica inversa”; iv) complementar lo ya dicho en el inciso iv) del apartado n) bis con una referencia explícita a la fórmula que vaya a utilizarse para puntuar los criterios de evaluación en el curso de la subasta (teniendo en cuenta que el texto sugerido en el párr. 64 de A/CN.9/WG.I/WP.43 será enmendado para alinearlos con lo dispuesto en los arts. 36 bis y 47 bis y ter y será fusionado con el texto del inciso iv) del apartado n) bis); v) volver a insertar en el texto, junto con la frase de apertura “de no estar ya indicado en las reglas para el desarrollo de la subasta electrónica inversa”, el texto anterior del inciso v) del apartado n) bis, más lo dispuesto en el inciso vi) del apartado n) bis respecto de las etapas de una subasta

electrónica inversa y lo dispuesto en el inciso vii) de ese mismo apartado respecto de las condiciones en las que los concursantes podrán presentar sus ofertas (particularmente la referencia a incrementos); y vi) enmendar el texto del inciso ix) del apartado n) bis en términos como los siguientes: “toda otra información concerniente a la subasta electrónica inversa que pueda ser necesaria para que el proveedor o contratista pueda participar en la subasta”. El Grupo de Trabajo reiteró su entendimiento de que toda otra cuestión pendiente del apartado n) bis sería abordada en la Guía.

68. El Grupo de Trabajo obró en el entendimiento de que la Ley Modelo sólo debería indicar cuáles eran los datos que habrían de figurar en el pliego de condiciones de un contrato, que se fuera a adjudicar por medio de una subasta electrónica inversa, por ser esenciales para el desarrollo de una subasta electrónica inversa y para garantizar un trato justo y equitativo a todos los concursantes. Las reglas aplicables al desarrollo de la subasta, que habrían de figurar en el pliego de condiciones, indicarían todo requisito adicional, así como todo requisito técnico que fuera aplicable a una determinada subasta electrónica inversa. (Toda recomendación o directriz concerniente a esos datos requeridos debería ser examinada en la Guía).

Garantías de la oferta (artículo 32) (A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrs. 1 a 4)

69. El Grupo de Trabajo tomó nota de que no solía exigirse una garantía de las ofertas presentadas en el marco de una subasta electrónica inversa. Se expresaron pareceres divergentes acerca de si debería desaconsejarse en la Guía la práctica de exigir una garantía de la oferta presentada en el marco de dicha subasta, o si procedería adoptar un enfoque más flexible (dado que la exigencia de una garantía de la oferta podría inducir a retirar la oferta antes de la apertura de la subasta).

*Examen, evaluación y comparación de las ofertas (artículo 34)
(A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrs. 5 a 6)*

70. El Grupo de Trabajo examinó el contenido del párrafo 5 del documento A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1.

71. El Grupo de Trabajo convino en que el texto de la disposición que examinaría en un período ulterior de sesiones estuviera formulado en términos como los siguientes: “No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de la oferta inicial presentada, ni siquiera una modificación del precio, salvo en la propia fase de subasta de una subasta electrónica inversa”. Se dijo que una disposición redactada en esos términos dejaría en claro que sólo se autorizarían cambios de la oferta durante la propia fase de subasta, por lo que no se daría la impresión de que cabría introducir cambios durante la subasta con miras a que una oferta que no sea conforme pase a serlo.

D. Ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrs. 7 a 13)

1. Propuestas de textos a agregar al artículo 34 de la Ley Modelo

72. El Grupo de Trabajo examinó las disposiciones que figuran en el párrafo 8 del documento A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1.

73. Se formularon las siguientes sugerencias de redacción: i) que en todo el texto se hiciera referencia a “inquietudes acerca de la aptitud del ofertante o de los ofertantes para cumplir el contrato”; y ii) que se enmendara el inciso ii) del párrafo 4 a) bis para que dijera lo siguiente: “la entidad adjudicadora haya tenido en cuenta la información facilitada, de haberse dado alguna, pero siga teniendo buenas razones para albergar esas inquietudes”.

74. El Grupo de Trabajo entendía que la negativa del proveedor a facilitar la información solicitada por la entidad adjudicadora no debería dar a ésta el derecho automático a rechazar la oferta por considerarla anormalmente baja. El Grupo de Trabajo aplazó su decisión sobre la cuestión de si toda decisión relativa a ofertas anormalmente bajas adoptada por la entidad adjudicadora debería estar sujeta a la interpretación eventual de un recurso. El Grupo de Trabajo observó que las reglamentaciones nacionales sobre esta cuestión podían variar notablemente. Se sugirió que el Grupo de Trabajo volviera a estudiar este punto cuando examinara las vías de recurso.

75. Se pidió a la Secretaría que propusiera el lugar adecuado de inserción de las disposiciones teniendo en cuenta que la cuestión no debería limitarse al procedimiento de licitación, y que la entidad adjudicadora debería poder examinar y responder a los riesgos que supone una oferta anormalmente baja en cualquier etapa de la contratación, incluso al examinar la aptitud o cualificación de los proveedores.

2. Propuestas de textos a agregar al texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que se refiere al artículo 34

76. Se convino en que en la Guía se trataran las cuestiones planteadas en el párrafo 8 de A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, y ciertas otras cuestiones estudiadas por el Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones (A/CN.9/590, párrs. 107 a 109), así como las cuestiones examinadas en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.36) (en particular el peligro de rechazar ofertas aplicando “métodos aritméticos”, y la rentabilidad y los costos que suponían para las pequeñas y medianas empresas las cauciones de ejecución y las garantías independientes). El Grupo de Trabajo convino en que en la Guía se pusiera de relieve la importancia de un examen adecuado de la conformidad de las ofertas y de la solvencia de los proveedores, así como de las especificaciones precisas y detalladas y de criterios objetivos, para identificar y rechazar las ofertas anormalmente bajas.

77. Con respecto al texto para la Guía que figura en el párrafo 13 de A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, se pidió a la Secretaría que: i) estudiara el orden por el que deberían presentarse los elementos de orientación; ii) reconsiderara la referencia al “margen de ganancia que sea normal”, que figuraba en el párrafo 1) bis, dado que ese criterio podría resultar subjetivo y tal vez inútil para definir las ofertas anormalmente bajas; y iii) diera ejemplos de ofertas anormalmente bajas, en vez de definir el concepto.

78. Con respecto al párrafo 1) quater, que figuraba en el párrafo 13 de A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, se expresaron distintas opiniones sobre si en la Guía debería formularse de manera más flexible el requisito relativo a la información que las entidades adjudicadoras pueden solicitar sobre la estructura de costos de las ofertas. Predominó la opinión de que debería avisarse a las entidades adjudicadoras de que tal vez no fuera apropiado solicitar ese tipo de información a los

proveedores, pero que no estaría prohibido hacerlo. Se pidió a la Secretaría que, al reformular las disposiciones de la Guía, tuviera en cuenta que esta cuestión se reglamentaba de diferentes maneras en diversos ordenamientos jurídicos (por ejemplo, en algunos casos, jefes de un servicio de contratación no han podido recabar información concerniente al costo o la estructura de un proyecto por el riesgo de que dicha información fuera objeto de algún desvío o utilización indebida).

E. Acuerdos marco (A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1)

79. Algunos delegados y observadores actualizaron la información que figuraba en A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1 teniendo en cuenta las novedades más recientes en la utilización y reglamentación del acuerdo marco en sus respectivos países.

80. El Grupo de Trabajo señaló que la preparación de cualquier texto sobre este tema se vería notablemente afectada por dos importantes cuestiones: en primer lugar, la de si las especificaciones podían modificarse al aplicar los acuerdos marco y, en segundo lugar, si los proveedores que no fueran partes en el acuerdo marco original podían adherirse a él tras la celebración del contrato básico general. Se expresó la opinión de que la respuesta a estas preguntas dependería de la complejidad y de la índole del acuerdo marco. Se sugirió que las disposiciones de la Ley Modelo se redactaran en términos suficientemente amplios para dar cabida a todo tipo de acuerdo marco.

81. EL Grupo de Trabajo, reconociendo la amplia difusión de los acuerdos marco y tomando nota de la experiencia positiva de la que habían hablado algunos Estados (y la tendencia actual a regularla expresamente), encomendó a la Secretaría la preparación de algunos textos sobre esta materia para la Ley Modelo y la Guía en donde se fijaran las condiciones para la utilización de los acuerdos marco y se previeran las salvaguardias necesarias contra los problemas que su utilización planteaba más frecuentemente, como los riesgos de colusión entre proveedores, la corrupción y la competencia desleal.

V. Otros asuntos

82. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí una nota de la Secretaría sobre la labor de las organizaciones internacionales concerniente al marco legal de la contratación pública (A/CN.9/598/Add.1) (véanse párrs. 8 y 9 *supra*). El Grupo de Trabajo tomó nota de la recomendación de la Comisión de que se tomara en consideración, al actualizar el texto de la Ley Modelo y de su Guía, las cuestiones suscitadas por los conflictos de intereses y de que se estudiara la procedencia de insertar alguna disposición al respecto en la Ley Modelo (véase párr. 3 *supra*).

83. El Grupo de Trabajo señaló, a dicho respecto, que lo dispuesto acerca de los conflictos de intereses en los requisitos para la licitación por vía electrónica y la subasta electrónica, así como en las directrices de los bancos multilaterales de desarrollo para la contratación pública financiada por dichos bancos (A/CN.9/598/Add.1 párrs. 15 y 17)³, y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (A/CN.9/598/Add.1, párrs. 43 a 45). En lo que concierne a este último texto, el Grupo de Trabajo observó que el apartado e)

del párrafo 1 del artículo 9 de la Convención exigía que, de ser apropiado, se adoptaran medidas para regular la actuación del personal encargado de la contratación pública, exigiéndose, por ejemplo, la declaración de todo interés personal eventual en el contrato adjudicado, e imponiendo procedimientos en materia de selección y de capacitación, que son todas ellas cuestiones de las que hasta ahora no se había tratado en la Ley Modelo.

84. El Grupo de Trabajo fue asimismo informado verbalmente por la Secretaría sobre su participación en la reunión de coordinación en Roma de los bancos multilaterales de desarrollo (Roma, 19 y 20 de septiembre de 2006) en donde se examinaron, entre otras cosas, un estudio emprendido por los bancos multilaterales de desarrollo sobre las cuestiones concernientes a la corrupción suscitadas por el empleo de la tecnología electrónica en la contratación pública, en cuyo marco cabría examinar, en particular, la cuestión de los conflictos de intereses en el contexto de la contratación pública por vía electrónica.

85. El Grupo de Trabajo convino en agregar el tema de los conflictos de intereses a la lista de temas que habría de examinar al revisar el texto de la Ley Modelo y de su Guía.

86. El Grupo de Trabajo fue asimismo informado sobre la labor actual de las organizaciones y otras entidades internacionales y regionales concerniente al marco legal de la contratación pública y confirmó que su labor de revisión de la Ley Modelo se llevaría a cabo en estrecha colaboración con esas otras organizaciones y entidades.

Notas

¹ Resolución 58/4 de la Asamblea General, anexo.

² Véase el texto de la Ley Modelo en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/51/17)*, anexo I (publicado asimismo en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXVII: 1996 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.98.V.7), tercera parte, anexo I). Se ha publicado la Ley Modelo junto con su Guía para la incorporación al derecho interno como publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.99.V.4, y está disponible en forma electrónica en el sitio de la CNUDMI en Internet (<http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ecomm.htm>).

³ Sección 12 de los Requisitos para la Licitación por Vía Electrónica *E-Tendering Requirements* y sección 11 de las Directrices para la subasta electrónica inversa (*E-reverse Auction Guidelines*), disponibles en <http://www.mdb-egp.org>.