



Asamblea General

Distr. limitada
15 de febrero de 2012
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
21º período de sesiones
Nueva York, 16 a 20 de abril de 2012

Revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno que acompañará a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*

Nota de la Secretaría

Adición

La presente adición contiene una propuesta de texto para la Guía, que acompañará a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, que versa sobre los artículos 20 a 26 del capítulo I (Disposiciones generales) de la Ley Modelo.

* Este documento se ha presentado con menos de diez semanas antes de la apertura del período de sesiones debido a que fue necesario finalizar las consultas oficiosas entre períodos de sesiones sobre las disposiciones pertinentes del proyecto de revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno.



GUÍA PARA LA INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

...

Parte II. Comentario artículo por artículo

...

Artículo 20. Rechazo de las ofertas anormalmente bajas

1. La finalidad de este artículo es facultar a la entidad adjudicadora para rechazar toda propuesta cuyo precio sea anormalmente bajo y dé lugar a dudas sobre la capacidad del proveedor o contratista que la haya presentado para cumplir el contrato, norma que será aplicable en todo proceso de contratación abierto con arreglo a la Ley Modelo.
2. Este artículo prevé salvaguardias para proteger los intereses de ambas partes. Por un lado faculta a la entidad adjudicadora para investigar toda oferta anormalmente baja antes de que se concluya un contrato, previniendo así el riesgo de que el contrato adjudicado no pueda cumplirse o no sea realizable al precio ofrecido, lo que daría lugar a gastos adicionales, demoras o perturbaciones en la marcha del proyecto.
3. Ahora bien, la entidad adjudicadora no podrá rechazar sin más una oferta por el mero hecho de que su precio parezca anormalmente bajo. Tal derecho se prestaría a abusos, ya que cabría rechazar una oferta sin motivos en función de una evaluación meramente subjetiva de la misma. Este riesgo puede ser mayor en la contratación internacional, ya que un precio anormal en un país puede ser perfectamente normal en otro. Cabe también que la reglamentación aplicable en algún lugar permita vender a bajo precio el material ya usado u ofrecer precios inferiores al costo real para dar empleo a la fuerza laboral¹.
4. Por esas razones, este artículo sólo permite que se rechace una oferta anormalmente baja cuando la entidad adjudicadora haya tomado medidas para motivar sus dudas acerca del buen cumplimiento del contrato ofrecido. Ello no impide que una ley, por lo demás aplicable, exija que la entidad adjudicadora rechace una oferta si se ha incurrido en algún acto delictivo (lavado de dinero) o práctica ilícita o no se ha observado el salario mínimo o algún otro requisito de la seguridad social, o si ha habido colusión entre los concursantes.
5. Por ello, el párrafo 1 de este artículo señala las medidas que la entidad adjudicadora ha de adoptar, antes de rechazar una oferta anormalmente baja, a fin de salvaguardar la legalidad de su rechazo y respetar los derechos del proveedor o contratista afectado.
6. En primer lugar, se deberá pedir por escrito al proveedor o contratista afectado detalles acerca de todo elemento de su oferta que la entidad adjudicadora estime que

¹ El Grupo de Trabajo tal vez desee suprimir esta última frase, si estima que pudiera obstaculizar la libre competencia internacional.

pueda servir para explicar el precio ofrecido. Cabe que esos detalles sean datos o muestras del objeto ofrecido por el concursante que garanticen su calidad, así como detalles acerca del método de fabricación o de la economía del proceso utilizado, o acerca de las soluciones técnicas, así como de toda otra condición favorable aprovechada por el proveedor o contratista para ejecutar el contrato. El precio ofrecido deberá, por ello, ser siempre analizado en el contexto de los demás elementos constitutivos de la oferta afectada².

7. El Estado promulgante tal vez desee reglamentar el tipo de datos que la entidad adjudicadora podrá pedir para justificar el precio ofrecido. Cabe señalar que lo que se desea evaluar es el realismo de dicho precio en función de elementos constitutivos de la oferta presentada como los mencionados en el párrafo anterior y valiéndose de factores como su evaluación previa del contrato adjudicable y los precios del mercado, o de todo contrato anterior del que se dispongan datos. Tal vez no proceda pedir información acerca de los datos presupuestarios de que se hayan valido los proveedores y contratistas para calcular su precio, ya que la evaluación de esos datos tal vez sea difícil y compleja y no será siempre posible, o tal vez sea limitada la capacidad de la entidad adjudicadora para calcular el precio en función de los gastos del proveedor. En algunos países tal vez esté legalmente prohibido pedir información presupuestaria del concursante por razón del riesgo de que se haga un uso indebido de esos datos.

8. En segundo lugar, si bien la entidad adjudicadora deberá tener en cuenta, al evaluar un precio anormalmente bajo, la respuesta que reciba del proveedor o contratista, la denegación de los datos solicitados no le dará un derecho automático a rechazar la oferta, pero sí será un factor que deberá considerar al determinar si su precio es anormalmente bajo.

9. Sólo tras adoptar las medidas previstas, en el párrafo 1) de este artículo, estará la entidad adjudicadora facultada para rechazar una oferta que estime anormalmente baja³. Este artículo no obliga a dicha entidad a rechazar toda oferta anormalmente baja, pero el reglamento de la contratación pública o la orientación dada por la entidad adjudicadora u otro órgano similar sí deberían, no obstante, restringir esa discrecionalidad para aceptar o rechazar tales ofertas, con miras a evitar abusos y favorecer las buenas prácticas de contratación.

10. En tercer lugar, si, tras su análisis del precio, la entidad adjudicadora sigue abrigando dudas acerca de la capacidad de un proveedor para cumplir el contrato, dicha entidad habrá de dejar constancia, en el expediente de la contratación, de esas dudas y de sus motivos para abrigarlas (véase el párrafo 2)). La razón de ser de esta norma radica en el deseo de que todo rechazo de una oferta anormalmente baja esté debidamente motivado y de que se deje constancia de esos motivos para fines de transparencia y objetividad de la contratación y de rendición debida de cuentas.

11. A tenor del párrafo 2) de este artículo, toda decisión de rechazar una oferta anormalmente baja debe ser consignada en el expediente de la contratación,

² La Secretaría pide que se le dé orientación acerca de la coherencia de este párrafo con el siguiente, en lo concerniente a la evaluación del precio.

³ Se pide al Grupo de Trabajo que dé orientación acerca del carácter optativo y no obligatorio de esta regla, que tal vez sea debido a que tiene por objeto frustrar tentativas eventuales de colusión, al igual que la discrecionalidad prevista por el artículo 22 para cancelar la contratación o para aceptar la segunda mejor oferta.

y comunicada al concursante afectado, y cabrá recurrir contra ella con arreglo al capítulo VIII [hiperenlace].

12. Conviene que todo Estado promulgante sea consciente de que existen otras medidas, además de las previstas en este artículo, para prevenir eficazmente el riesgo de aceptar ofertas anormalmente bajas. Un examen cuidadoso de la idoneidad de todo proveedor o contratista con el que se negocie, así como de su oferta, puede ser particularmente útil a este respecto. Pero su eficacia dependerá de que se hayan formulado correctamente los requisitos de idoneidad exigibles y de la precisión con la que se haya descrito el objeto del contrato adjudicable. Toda entidad adjudicadora debe ser asimismo consciente de la necesidad de reunir datos exactos y completos acerca de la idoneidad de los proveedores o contratistas, con los que negocie, y de sus antecedentes, prestando además atención a todo otro aspecto esencial de la oferta, no sólo a su precio, sino a los gastos de mantenimiento y sustitución del objeto del contrato adjudicado. Obrar con la cautela debida permitirá identificar a tiempo todo riesgo de incumplimiento del contrato.

13. Cabe citar también medidas como las de: i) dar a conocer los efectos adversos que puede tener una oferta anormalmente baja; ii) capacitar bien al personal responsable de la contratación, dotándole de recursos adecuados, y manteniéndole bien informado, por ejemplo, de los precios del mercado; y iii) dar tiempo suficiente para cada etapa del proceso de adjudicación. A fin de desalentar la presentación de ofertas anormalmente bajas y de promover el sentido profesional de los concursantes, tal vez convenga que se haga saber, en el pliego de condiciones, que un precio anormalmente bajo suscitará dudas acerca del buen cumplimiento de la oferta y la expondrá al riesgo de ser rechazada.

Artículo 21. Exclusión de un proveedor o contratista del procedimiento de contratación por haber ofrecido algún incentivo o por gozar de alguna ventaja competitiva desleal o adolecer de algún conflicto de intereses

14. La finalidad de este artículo es proporcionar una lista exhaustiva de motivos eventuales para la exclusión de un proveedor o contratista del proceso de contratación, que no estén vinculados ni con la idoneidad del concursante ni con el contenido de su oferta. Su texto no cita el término de “corrupción” en cuanto tal, pero al dar ejemplos de prácticas corruptas habituales (ofrecer incentivos personales, valerse de ventajas competitivas desleales y adolecer de algún conflicto de intereses), ofrece numerosos casos de corrupción, por lo que el artículo es una importante medida de lucha contra la corrupción.

15. Al proscribir toda práctica corrupta cualquiera que sea su forma o el nombre que se le dé, este artículo trata de ser fiel reflejo de la normativa internacional aplicable al respecto, que cabe encontrar en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y en otros instrumentos internacionales emitidos por organizaciones como la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y los bancos multilaterales de desarrollo [hiperenlaces]. Cabe que esa normativa evolucione, por lo que, a la luz de la importancia que se da, en el artículo 3 de la Ley Modelo [hiperenlaces], a la observancia de todo compromiso ya contraído por el Estado promulgante, se alienta a todo Estado que promulgue la Ley

Modelo a tener en cuenta toda otra norma internacional contra las prácticas corruptas en la que ya sea parte⁴.

16. Aun cuando los procedimientos y las salvaguardias de la Ley Modelo han sido pensados con miras a favorecer la transparencia y la objetividad de la contratación pública, a fin de frustrar las tentativas de corrupción, no cabe esperar que una norma de la contratación pública sea capaz, por sí sola, de erradicar plenamente las prácticas corruptas en la contratación pública de un Estado promulgante. Tampoco cabe esperar que la entidad adjudicadora sepa soslayar por sí sola los riesgos de la corrupción. Conviene, por ello, que todo Estado promulgante prevea un sistema eficaz de sanciones contra la corrupción que sean aplicables al personal, ya sea suyo o de una entidad adjudicadora, que esté a cargo de la contratación pública, así como a los proveedores o contratistas y al propio proceso de contratación con miras a fomentar la buena gestión de la contratación pública en general⁵.

17. Por “incentivo” cabe entender, en general, toda tentativa, de un proveedor o contratista, de influir indebidamente sobre la entidad adjudicadora. Se ha dejado al arbitrio del Estado promulgante determinar lo que constituye, a efectos de la aplicación del párrafo 1) b), una “ventaja competitiva desleal” o un “conflicto de intereses”. Este artículo sólo será aplicable al conflicto de intereses desde el ángulo del proveedor o contratista, ya que se deja su regulación desde el ángulo de la entidad adjudicadora a artículos como el artículo 26 relativo al código de conducta para personal encargado de la contratación pública [hiperenlace]. A fin de evitar ventajas competitivas desleales o conflictos de interés, convendría, por ejemplo, que el reglamento aplicable prohibiera que todo consultor que haya participado en la preparación del pliego de condiciones participe también en la adjudicación de contratos con arreglo a dicho pliego. Convendría también regular la participación de una filial en el proceso adjudicatorio de un contrato ofrecido a su empresa madre, pero cabe que algunos de estos supuestos estén ya previstos en normas de otras ramas del derecho, por ejemplo en la legislación antimonopolio del Estado promulgante.

18. Un conflicto de intereses puede dar lugar a la ventaja competitiva desleal de un concursante, por ejemplo cuando su abogado sea también el abogado de la empresa adjudicadora del contrato, pese a que tal vez no sea siempre éste el caso. Cabe que surjan ventajas competitivas desleales sin que haya vínculos personales entre los implicados⁶.

19. Lo dispuesto en este artículo no impide que se apliquen otras sanciones al proveedor o contratista, como pudiera ser su exclusión del contrato o su

⁴ La Comisión pidió que se examinara en la Guía la razón de que no se hayan recomendado límites mínimos para la normativa o la práctica interna de los países, y que se indicará que incluso una cuantía pequeña podía constituir un aliciente en ciertos casos. Se pide al Grupo de Trabajo de dé orientación a fin de poder dar la respuesta que proceda al deseo expresado por la Comisión.

⁵ Se sugirió en el Grupo de Trabajo que se indicara en la Guía que tal vez no sea posible definir el supuesto de hecho determinante del delito de corrupción, frente al delito de soborno, ya que la diferencia tal vez sólo consista en que la corrupción pueda ser una cadena de actos, en vez de ser uno solo. Se pide que se dé orientación a la Secretaría sobre la conveniencia de incluir este u otros comentarios en la Guía para describir los ejemplos pertinentes.

⁶ La Comisión sugirió que la Guía se valiera de ejemplos para explicar la ventaja competitiva, por lo que se pide al Grupo de Trabajo que facilite algunos de tales ejemplos.

inhabilitación como concursante (véase el comentario del artículo 21 y la sección ... del comentario general [hiperenlaces]). Ahora bien, este artículo no requiere una sanción, incluso penal, como requisito previo para la exclusión de un concursante.

20. Para prevenir todo empleo abusivo del artículo 21 [hiperenlace] se habrá de hacer constar en el expediente de la contratación toda decisión por la que se excluya a un concursante y su motivación y esa decisión será comunicada sin dilación al supuesto infractor para que pueda recurrirla⁷. El reglamento de la contratación pública así como la orientación dada deberían facilitar la tarea de evaluar si existe o no un hecho que justifique la exclusión. Para un ulterior examen de estas cuestiones, véase también el comentario sobre el artículo 26, relativo a los códigos de conducta [hiperenlace].

21. La aplicación de este artículo estará también supeditada a toda otra norma contra la corrupción del Estado promulgante, a fin de evitar así toda confusión o incoherencia innecesaria en su política de lucha contra la corrupción; para ello deberá alentarse el intercambio de datos y un mayor grado de coordinación entre los órganos competentes, conforme se examina en el comentario de la introducción al capítulo I [hiperenlace].

Artículo 22. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato

22. La finalidad del artículo 22 es enunciar reglas detalladas relativas a: i) la aceptación de la oferta ganadora; ii) un plazo de salvaguardia, en forma de una moratoria que dé margen para que los proveedores o contratistas puedan impugnar la decisión de la entidad adjudicadora antes de la entrada en vigor del contrato adjudicado o del acuerdo marco; y iii) la entrada en vigor del contrato adjudicado. La normativa de este artículo está complementada por los requisitos de transparencia, prescritos en la Ley Modelo, relativos a la información que ha de darse a los concursantes al inicio de la contratación, relativa, por ejemplo, a la manera en que entrará en vigor el contrato adjudicado (véase, por ejemplo, el artículo 39 v) [hiperenlace] según el cual se ha de informar, en el pliego de condiciones, acerca de toda moratoria prevista y su duración), y el artículo 39 w) [hiperenlace] según el cual se ha de dar a conocer, en el pliego de condiciones, toda formalidad requerida, una vez aceptada una oferta, para la entrada en vigor del contrato adjudicado, que tal vez incluya la firma de la escritura del contrato y su aprobación por alguna autoridad independiente.

23. El párrafo 1) prevé que, por regla general, la oferta ganadora será aceptada por la entidad adjudicadora, lo que significa que se habrá de adjudicar el contrato al proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora (denominado el “concurante ganador”), consignando dicho contrato en términos que reflejen los de la oferta ganadora. (No se da una definición única de oferta ganadora, sino que se define este término en el marco de los artículos que regulan cada método de contratación [hiperenlace]). Las excepciones a la regla general, enunciada en el

⁷ Se sugirió en el Grupo de Trabajo que la Guía explicara que tal vez se mitigaran los riesgos de que se decretara una exclusión indebida alentando el diálogo entre la entidad adjudicadora y el concursante afectado a fin de aclarar todo conflicto eventual de intereses, e inspirándose en lo dispuesto en el artículo 19 para el examen de toda oferta anormalmente baja. Se pide que se dé orientación pertinente a la Secretaría acerca de la posibilidad de que ese diálogo sirva para evitar la necesidad de aplicar este artículo ante posibles prácticas abusivas.

párrafo 1) de este artículo, figuran en sus apartados a) a d) (descalificación del concursante ganador; cancelación de la contratación; rechazo de la oferta ganadora con arreglo al artículo 20 [hiperenlace], por ser su precio anormalmente bajo, así como por exclusión del concursante ganador, con arreglo a lo previsto en el artículo 21 [hiperenlace], por haber ofrecido incentivos personales; gozar de alguna ventaja competitiva desleal; o adolecer de algún conflicto de intereses).

24. El motivo del apartado a) para no aceptar la oferta ganadora (descalificación) debe ser entendido a la luz de lo dispuesto en el artículo 9 1) [hiperenlace] que permite que la idoneidad del concursante vuelva a ser examinada en cualquier etapa del proceso de adjudicación; en el artículo 9 8) d); por el que cabrá exigir a todo concursante precalificado que vuelva a demostrar su idoneidad [hiperenlace]; y en los artículos 43 6) y 7) y 57 2) que reglamentan la evaluación de la idoneidad del concursante ganador [hiperenlaces].

25. Se da por supuesto que la lista de excepciones de los apartados a) a d) del párrafo 1) no es exhaustiva, ya que se refiere únicamente a los motivos que podrá invocar la entidad adjudicadora. Cabe que surjan motivos adicionales a raíz de todo recurso que se interponga. Por ejemplo, si el órgano independiente ordena, con arreglo al artículo 67 [hiperenlace], que se ponga fin al proceso de adjudicación, o que la entidad adjudicadora reconsidere su decisión, o adopte alguna medida adicional. No se deben confundir estos motivos con la motivación que habrá de darse, con arreglo al artículo 22 8) [hiperenlace], de la adjudicación del contrato a la siguiente oferta que conserve su validez. Esa motivación se dará una vez aceptada la oferta ganadora, pero no en la etapa en la que la entidad adjudicadora decide si debería aceptarse o no la oferta ganadora.

26. El párrafo 2) reglamenta la aplicación de la moratoria, que se define en el artículo 2) r) como “un plazo a partir del envío del aviso requerido por el artículo 22 2) de la presente Ley durante el cual la entidad adjudicadora no podrá aceptar la oferta ganadora y durante el cual los proveedores o contratistas podrán recurrir, en virtud del capítulo VIII de la presente Ley [hiperenlace], contra la decisión así notificada”. Así pues, el propósito fundamental de la moratoria es evitar la necesidad de anular un contrato o un acuerdo marco que hayan entrado en vigor.

27. El aviso de la moratoria se envía a todos los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, inclusive al proveedor que haya presentado la oferta ganadora. (Este aviso no debe confundirse con el aviso de aceptación de la oferta ganadora que, de conformidad con el párrafo 4) del artículo, se envía solamente al proveedor o contratista que haya presentado esa oferta.) La información enunciada en el aviso a que se hace referencia en el párrafo 2) incluye la que se enumera en los apartados a) a c). Las disposiciones del artículo 24, relativo a la confidencialidad [hiperenlace], indicarán si alguna información sobre la oferta ganadora prevista en el apartado b) debe reservarse por motivos de confidencialidad. Aunque al establecerse las características y las ventajas relativas de la oferta ganadora podría surgir la necesidad de preservar la confidencialidad de información delicada desde el punto de vista comercial, es muy importante que los proveedores o contratistas que participen en el proceso de contratación reciban suficiente información sobre el proceso de evaluación de las ofertas para que puedan aprovechar eficazmente el periodo de la moratoria.

28. Debido a que la moratoria empezará a correr a partir del envío del aviso previsto, a fin de asegurar la transparencia, la integridad y el tratamiento justo y equitativo de todos los proveedores y contratistas en el proceso de contratación, el artículo requiere que se envíe simultáneamente y sin demora el aviso a todo proveedor o contratista interesado. Por ejemplo, no sería suficiente colocar un aviso en el sitio de Internet.

29. Las disposiciones no incluyen ningún requisito por el que la entidad adjudicadora deba notificar (o aclarar) a los proveedores o contratistas cuyas ofertas no hayan resultado ganadoras los motivos de tal decisión. No obstante, el hecho de responder a la solicitud de aclaraciones de un proveedor o contratista representa una buena práctica y el Estado promulgante debería alentarla. (Sobre las aclaraciones véase el análisis que figura al final del comentario sobre este artículo.)

30. Las disposiciones del párrafo 2) también requieren que la entidad adjudicadora especifique en el aviso la duración de la moratoria, que se habrá fijado en el pliego de condiciones. Proporcionar esta información en el aviso previsto en el párrafo 2) es importante no sólo como recordatorio, sino también en aras de la precisión; dado que la moratoria empieza a correr desde que se envía el aviso, en éste se especificarán las fechas de comienzo y terminación de la moratoria y de esta manera se reflejará la duración total del período, indicada en el pliego de condiciones.

31. El hecho de que los proveedores y contratistas, por una parte, y la entidad adjudicadora, por otra, conozcan con certeza las fechas de comienzo y terminación de la moratoria tiene una importancia decisiva para garantizar tanto que los proveedores y contratistas puedan adoptar toda medida justificada, como que la entidad adjudicadora pueda adjudicar el contrato sin correr el riesgo de trastornos. La fecha de envío del aviso crea el mayor nivel de certeza y en la Ley Modelo se especifica que es el momento en que comienza la moratoria. Este mismo enfoque se aplica con respecto a otros tipos de aviso enviados con arreglo a este artículo (véanse los párrafos ... *infra*). En el párrafo 9) del artículo se explica el significado de “expedido”.

32. La Ley Modelo deja a la discreción de la entidad adjudicadora determinar la duración exacta de la moratoria en cada proceso de contratación de acuerdo con las circunstancias de cada caso, en particular en función del medio de comunicación utilizado y de si la contratación es de carácter nacional o internacional. A fin de asegurar un trato igual, tal vez sea necesario conceder más tiempo, por ejemplo, para que un aviso enviado por correo ordinario llegue a proveedores o contratistas en el extranjero.

33. La discreción de la entidad adjudicadora para determinar la duración de la moratoria no es ilimitada. Está sujeta al mínimo que ha de establecer el Estado promulgante en el reglamento de la contratación. Deben tenerse en cuenta varias consideraciones al fijar la duración mínima de la moratoria, entre ellas la repercusión que tendría sobre los objetivos generales de la Ley Modelo. Si bien las repercusiones que tendría una moratoria prolongada en los gastos serían tenidas en cuenta por los proveedores o contratistas en el precio de su oferta y al decidir si habrían de participar o no, el período deberá ser suficientemente largo para que puedan presentarse recursos contra el proceso. Los Estados promulgantes tal vez deseen establecer más de una moratoria para distintos tipos de contratación, en función de la complejidad de la evaluación de si se han seguido o no las reglas y

procedimientos aplicables, pero debería tener presente que puede ser inapropiado fijar períodos excesivamente largos en el contexto de algunos métodos y procesos de contratación, como la subasta electrónica inversa y los acuerdos marco abiertos, que presuponen una pronta adjudicación y en los cuales la cantidad y la complejidad de las cuestiones que podrían impugnarse son limitadas. Por otra parte, la situación en una contratación para infraestructuras puede requerir un período más largo de examen.

34. Puede ser conveniente fijar la duración de la moratoria en días laborables o días de calendario, en función de la duración y de los días no laborables que pueda haber. Debe tenerse presente que el objetivo principal de la moratoria es dar a los proveedores o contratistas suficiente tiempo para decidir una eventual impugnación de la decisión que la entidad adjudicadora se proponga adoptar respecto de la aceptación de la oferta ganadora. Por consiguiente, la moratoria deberá ser breve en función de las circunstancias, de modo que no perturbe la contratación en sí. Si se interpone un recurso, las disposiciones del capítulo VIII de la Ley Modelo [hiperenlace] regularían la suspensión del proceso de contratación y preverían otros remedios apropiados.

35. En el párrafo 3) se enuncian las exenciones de la aplicación de la moratoria. La primera exención se refiere a los contratos adjudicados en virtud de acuerdos marco sin segunda etapa competitiva⁸. (En la concertación del acuerdo marco propiamente dicho, y en todos los contratos adjudicados en virtud de cualquier acuerdo marco que prevea una segunda etapa competitiva, el período de moratoria será aplicable.)

36. La segunda exención se refiere a las contrataciones de bajo valor. Tal como se observó en el comentario de la introducción al capítulo I [hiperenlace], el Estado promulgante debería plantearse alinear el límite mínimo para la contratación enunciado en el reglamento de la contratación, en virtud del párrafo 3) b), con otros límites mínimos, como los que justifican la exención de dar avisos públicos (en virtud del artículo 23 2)) y la exención del recurso al procedimiento de solicitud de cotizaciones (en virtud del artículo 29 2) [hiperenlaces]).

37. La tercera exención se refiere a las consideraciones de interés público urgente, cuya naturaleza se examina en el comentario sobre el artículo 65 3) relativo a las justificaciones para levantar la prohibición de hacer entrar en vigor el contrato adjudicado [hiperenlace].

38. La finalidad del párrafo 4) es determinar en qué momento debe enviarse el aviso de aceptación de la oferta ganadora al proveedor o contratista que la haya presentado. Pueden darse diversas situaciones. En primer lugar, cuando se aplica una moratoria y al término de ésta no se encuentra pendiente ningún recurso o apelación. En tal caso, la entidad adjudicadora envía el aviso en cuanto expira la moratoria. En segundo lugar, puede darse el caso de que se aplique una moratoria y que al finalizar el período se encuentre pendiente un recurso o una apelación; en ese caso, se prohíbe a la entidad adjudicadora enviar el aviso de aceptación (conforme al artículo 65 de la Ley Modelo [hiperenlace]) hasta que reciba la

⁸ Se solicita orientación para la Secretaría sobre las razones de esta exención. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/687, párr. 96) no son concluyentes a este respecto. Es también pertinente en el contexto de la orientación relativa al capítulo VII.

notificación de las autoridades competentes que le ordenen enviarla o que la autoricen a hacerlo. La tercera posibilidad consiste en que no se haya aplicado una moratoria, en cuyo caso la entidad adjudicadora deberá enviar sin demora el aviso de aceptación una vez que haya determinado la oferta ganadora, a menos que un tribunal u otra autoridad competente le ordene que se abstenga de hacerlo.

39. La Ley Modelo ha previsto diversos métodos para la entrada en vigor del contrato adjudicado, al reconocer que tal vez difieran las preferencias de los Estados promulgantes a este respecto y que, en un mismo Estado, tal vez se empleen métodos diferentes según las circunstancias.

40. De conformidad con uno de los métodos (enunciados en el párrafo 5)), y de no indicarse otra cosa en el pliego de condiciones, el contrato adjudicado entrará en vigor al expedirse el aviso de aceptación al proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora. La razón por la que se vincula el inicio de la validez del contrato adjudicado a la expedición, y no a la recepción, del aviso de aceptación es que la entidad adjudicadora debe dar aviso de su aceptación de la oferta durante el plazo de validez de la misma, a fin de vincular al proveedor o contratista para que cumpla el contrato. Conforme al criterio de la “recepción”, aun cuando el aviso haya sido debidamente expedido, de demorarse, perderse o extraviarse durante su transmisión, sin culpa alguna de la entidad adjudicadora, pero de modo que no sea recibido dentro del plazo de validez de la oferta, la entidad adjudicadora perdería todo derecho a obligar al proveedor o contratista. Conforme al criterio de la “expedición”, en el supuesto de demora, pérdida o extravío del aviso, el proveedor o el contratista tal vez no tendrían conocimiento de la aceptación de su oferta hasta después de expirar el plazo de validez de la misma; pero en la mayoría de los casos, las consecuencias de este supuesto serían menos graves que la pérdida por la entidad adjudicadora de su derecho a obligar con su aceptación al proveedor o contratista.

41. Conforme al segundo método (enunciado en el párrafo 6)), la entrada en vigor del contrato adjudicado dependerá de la firma, por el proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora, de un contrato escrito que sea conforme a los términos de esa oferta. Esto sólo será posible si se requiere en el pliego de condiciones, y no debería considerarse una norma exigible en todos los procesos de contratación. Se exhorta a los Estados promulgantes a que indiquen en el reglamento de la contratación pública el tipo de circunstancias en las que podría requerirse un contrato escrito, teniendo en cuenta que la firma de un contrato escrito puede ser particularmente engorrosa para los proveedores o contratistas extranjeros, y que indiquen también las circunstancias en las que el Estado promulgante impone medidas por las que se demuestre la autoridad de la firma pertinente.

42. Conforme al tercer método (enunciado en el párrafo 7)), el contrato adjudicado entrará en vigor previa aprobación de otra autoridad. En los Estados en que se incorpore esta disposición, se podrá detallar en el reglamento de la contratación pública el tipo de circunstancias en las que se requerirá la aprobación (por ejemplo, únicamente cuando el valor del contrato adjudicado sobrepase una determinada cuantía). En el párrafo 7) se reitera la función que ha de desempeñar el pliego de condiciones en la notificación de los proveedores o contratistas de los trámites requeridos para la entrada en vigor del contrato adjudicado. La exigencia de que el pliego de condiciones indique el plazo que se estime necesario para obtener esa aprobación, y la regla de que la no obtención de esa aprobación en el plazo estimado no prorrogará la validez de la oferta ganadora ni de la garantía de la oferta, tienen

por objeto salvaguardar los derechos y las obligaciones de los proveedores y contratistas. Con ello se trata de evitar la posibilidad de que el proveedor o contratista seleccionado quede comprometido con la entidad adjudicadora por un plazo potencialmente indefinido, sin seguridad alguna de que el contrato acabará entrando en vigor.

43. Para promover las mejores prácticas, el párrafo 8) aclara que si el proveedor o contratista cuya oferta haya sido seleccionada no firma el contrato adjudicado cuando sea requerido a hacerlo, la entidad adjudicadora podrá optar por cancelar el contrato o por adjudicarlo al proveedor con la siguiente oferta que sea conforme. Esa oferta se determinará de conformidad con las disposiciones normalmente aplicables a la selección de la oferta ganadora de la contratación pertinente. La flexibilidad que se otorga a la entidad adjudicadora para cancelar la contratación en tales casos tiene la finalidad, entre otras, de mitigar las consecuencias de toda colusión entre proveedores o contratistas. El reglamento de la contratación, las normas o las orientaciones dadas a la entidad de contratación pública o a todo órgano similar deberían guiar la decisión sobre el curso apropiado a seguir y deberían abordar la forma de evitar que se abuse de la discreción conferida.

Aclaraciones

44. Las aclaraciones constituyen un proceso oficioso mediante el cual la entidad adjudicadora proporciona información, generalmente a los proveedores o contratistas cuyas ofertas no han prosperado, sobre los motivos de la entidad adjudicadora y, con menos frecuencia, a los proveedores con ofertas ganadoras. Los objetivos primordiales de las aclaraciones son reducir la presentación de recursos, declarar responsables de sus decisiones a los encargados de la contratación y fomentar la eficacia del proceso de contratación, así como la calidad de las futuras ofertas.

45. Las aclaraciones pueden proporcionarse previa solicitud o como trámite habitual a los proveedores o contratistas que hayan quedado excluidos en la etapa de precalificación o al adjudicarse el contrato, pero deberían comunicarse lo antes posible. Las aclaraciones pueden darse verbalmente (por ejemplo, en reuniones), por escrito o mediante cualquier otro método aceptable para la entidad adjudicadora. Si bien las aclaraciones verbales pueden ser apropiadas o necesarias, es importante, en aras de una buena gestión, hacerlas constar por escrito, y pueden facilitarse al proveedor o contratista interesado (el “proveedor solicitante”).

46. Como mínimo, la información que se ofrezca en las aclaraciones deberá incluir:

- a) La evaluación hecha por la entidad adjudicadora de las insuficiencias o deficiencias importantes en las calificaciones, propuestas y otras ofertas del proveedor solicitante, según el caso;
- b) Una comparación de la información enunciada en el apartado a) con la evaluación que haya hecho la entidad adjudicadora de las características, del precio y otros elementos de calidad y de las ventajas relativas de la oferta ganadora;
- c) Las calificaciones, el precio total considerado y la puntuación técnica, en su caso, del proveedor o contratista cuya oferta haya prosperado y del proveedor o

contratista que haya solicitado aclaraciones, e información sobre la calificación de ese proveedor;

d) La clasificación general de todos los proveedores o contratistas, en caso de que el órgano pertinente haya elaborado una clasificación durante el procedimiento de contratación;

e) Un resumen de las razones que justifican toda decisión sobre la idoneidad de los proveedores o sobre la adjudicación del contrato; y

f) Respuestas razonables a las preguntas pertinentes sobre si se respetó el procedimiento de contratación previsto en el anuncio, la reglamentación y cualquier otra disposición aplicable.

47. Es fundamental que en las aclaraciones no se revele ninguna información comercialmente delicada cuya divulgación esté prohibida o no por el régimen de la contratación, sea cual sea su origen. Por consiguiente, la entidad adjudicadora deberá compaginar la información útil para el proveedor solicitante con la necesidad de proteger la información confidencial.

48. En el expediente del proceso de contratación deberían resumirse las aclaraciones dadas, no sólo por razones de buena gestión y de buenas prácticas administrativas sino también porque con ello se puede mitigar el riesgo de divulgación de información confidencial, que en casos extremos pueden dar pie a una acción judicial. Las cuestiones de garantías procesales que plantean las aclaraciones no difieren mucho de las que plantean algunos procedimientos de recurso, como la solicitud de que la entidad adjudicadora reconsidere su decisión. Por lo tanto, en la introducción al capítulo VIII [hiperenlace y compruébese que la cuestión esté debidamente tratada] se analizan esas cuestiones. [hiperenlace con el sistema de inhabilitación del Banco Mundial como ejemplo suplementario]

Artículo 23. Anuncio público de los contratos adjudicados y de todo acuerdo marco concertado [hiperenlace]

49. Para favorecer la transparencia del proceso de contratación y la rendición de cuentas por parte de la entidad adjudicadora, el artículo 23 exige que se publique sin demora un aviso del contrato adjudicado o del acuerdo marco concertado. Se trata de una obligación distinta de la del aviso sobre el contrato adjudicado (o sobre el acuerdo marco concertado, según el caso) que debe darse con arreglo al artículo 22 10) [hiperenlace] a los proveedores y contratistas que hayan presentado ofertas, e independiente del requisito del artículo 25 2) [hiperenlace] de que la información consignada en el expediente se ponga a disposición del público en general. La Ley Modelo no especifica cómo habrá de publicarse ese anuncio, lo cual se deja al arbitrio del Estado promulgante, pero se sugiere en el párrafo 3) que dicho Estado aclare este particular en el reglamento de la contratación pública. Véanse los criterios mínimos para la publicación de este tipo de información en las orientaciones sobre el artículo 5 (párrafos ... *supra* [hiperenlace]), que son pertinentes en este contexto.

50. A fin de evitar el gasto excesivo que pudiera suponer esa publicación para la entidad adjudicadora de ser aplicable el requisito a todo contrato adjudicado, independientemente de su valor, en el reglamento de la contratación se fijará un límite monetario por debajo del cual ese requisito no sería aplicable.

De conformidad con el párrafo 2) se publicarán periódicamente, al menos una vez al año, avisos de todo contrato que se adjudique.

51. Si bien la exención de la publicación que figura en el párrafo 2) se refiere a los contratos de escaso valor adjudicados con arreglo a un acuerdo marco, es muy improbable que abarque los acuerdos marco propiamente dichos, puesto que el valor acumulado de los contratos que se adjudiquen con arreglo a un acuerdo marco excedería probablemente de la cuantía mínima fijada.

Artículo 24. Confidencialidad

52. La finalidad del artículo 24 es proteger la información confidencial de todas las partes en la contratación. Este artículo impone diferentes tipos de requisitos de confidencialidad a distintos grupos de personas, en función del tipo de información de que se trate. El artículo es complementado por el artículo 69 [hiper enlace], que trata de la protección de la información confidencial en los recursos y apelaciones.

53. En el párrafo 1) se indica la información que la entidad adjudicadora no deberá proporcionar a los proveedores o contratistas ni al público en general. Se trata ante todo de la información cuya divulgación debe prohibirse para proteger los intereses de seguridad esenciales del Estado promulgante, que puede calificarse jurídicamente de información reservada. Esta prohibición podría ser aplicable a la contratación para la seguridad y la defensa nacional y a las adquisiciones de armas, municiones o materiales de guerra y también a las contrataciones para experimentos de investigación médica o la adquisición de vacunas durante pandemias⁹. Véase además el comentario sobre la definición, en el artículo 2, de “la adjudicación de contratos con información reservada” [hiper enlace].

54. El párrafo 1) también se refiere a la información cuya divulgación pueda “menoscabar la libre competencia comercial”. Esta frase debe interpretarse en un sentido amplio, entendiéndose referida no solamente a la contratación actual sino también a contrataciones subsiguientes. Debido al amplio alcance de la disposición y a la posibilidad de que se aplique indebidamente, es esencial que el Estado promulgante incorpore a sus normas sobre contratación, si no una lista exhaustiva de la información de esta índole, por lo menos las fuentes jurídicas de que proviene. En el párrafo 1) también se dispone que esa información sólo podrá ser divulgada por orden de un tribunal o de una autoridad (por ejemplo, el órgano independiente al que se alude en el artículo 66 [hiper enlace]). Deberá especificarse en la ley la identidad de todo órgano investido de esa facultad; la orden dictada por el tribunal o por otro órgano designado reglamentará el alcance permitido de la divulgación de este tipo de información y los procedimientos pertinentes.

55. En el párrafo 2) se aborda la información presentada por los proveedores o contratistas. Por su naturaleza, estos documentos contienen información delicada desde el punto de vista comercial; su divulgación a otros proveedores o contratistas concurrentes o a alguna otra persona no autorizada podría menoscabar la libre competencia comercial y perjudicaría a intereses comerciales legítimos. Por tanto, se prohíbe en general esa divulgación. En este contexto, la expresión “persona no

⁹ Algunos expertos dudan de que, en este contexto, sea apropiada la referencia a la “adquisición de vacunas durante pandemias”. Se solicita dar orientación pertinente a la Secretaría.

autorizada” se refiere a todo tercero ajeno a la entidad adjudicadora (incluidos los miembros de un comité de subastas) que no sea un órgano de supervisión o que entienda de un recurso de reconsideración, o algún otro órgano competente autorizado en el Estado promulgante para tener acceso a este tipo de información. No obstante, en la Ley Modelo se reconoce que es importante dar a conocer parte de la información presentada, ya sea a los proveedores o contratistas concurrentes o al público en general, a fin de garantizar la transparencia y la integridad de los procesos de contratación, así como la posibilidad de que los proveedores o contratistas presenten los recursos pertinentes, y una supervisión pública eficaz. En consecuencia, en el párrafo 2) de este artículo se establecen excepciones a la prohibición general. El párrafo remite al requisito previsto en el artículo 22 2) y 10) [hiperlance] de dar aviso de la adjudicación del contrato a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas; al requisito del artículo 23 [hiperlance] de dar a conocer el nombre del adjudicatario, así como el precio del contrato, en el anuncio público del contrato adjudicado; al requisito del artículo 25 [hiperlance] de dar a conocer determinada información permitiendo el acceso a determinadas partes del expediente de contratación, y del requisito del artículo 42 3) [hiperlance] de dar a conocer en el acto de apertura pública de las ofertas determinada información consignada en ellas.

56. Si bien los párrafos 1) y 2) son de aplicación general, el párrafo 3) se limita a los procesos de contratación a que se refieren los artículos 48 3) y 49 a 51 [hiperlances]. En esos procesos se prevé la interacción entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas. El párrafo 3) amplía esa obligación, que afecta no sólo a la entidad adjudicadora sino también a cualquier parte y abarca toda la información dimanante de la interacción entre las partes en esos procedimientos. Sólo se podrá revelar información de este tipo con el consentimiento de la otra parte, o si lo requiere la ley o lo ordena el tribunal u otra autoridad. La entidad adjudicadora podrá solicitar una autorización general para revelar toda la información presentada por los proveedores o contratistas, por ejemplo, previendo en el pliego de condiciones que la participación en la contratación requiera ese consentimiento, pero este enfoque entraña un riesgo de abusos y requiere una autoridad adicional. En este enfoque se pone de relieve que todo consentimiento dado debe interpretarse restrictivamente, ya que una interpretación amplia puede violar los párrafos 1) o 2) del artículo. La referencia a la orden de un tribunal o del órgano competente designado por el Estado promulgante es idéntica a la que figura en el párrafo 1) del artículo. Al designar el órgano competente, el Estado promulgante debe velar por que exista coherencia entre los párrafos 1) y 3) del artículo.

57. El párrafo 4) es también de aplicación restringida y se refiere solamente a las contrataciones en que se disponga de información reservada (véase la definición de “adjudicación de contratos con información reservada” en el artículo 2 1) y véase el comentario pertinente en la sección ** del comentario general [hiperlances]). En el párrafo se prevé que la entidad adjudicadora pueda adoptar medidas para proteger la información reservada en el contexto de una determinada contratación, además de las medidas de protección general previstas en el párrafo 1). Esas medidas adicionales pueden afectar únicamente a los proveedores o contratistas o pueden hacerse extensivas a sus respectivos subcontratistas. Esas medidas podrían estar justificadas por el carácter delicado del objeto del contrato o por la existencia de información reservada, aun cuando el objeto del contrato en sí no sea de tipo

delicado (por ejemplo, si se hace necesario garantizar la confidencialidad de la información sobre un programa de entregas o sobre el lugar en que éstas deban efectuarse), o ambas cosas.

Artículo 25. Expediente del procedimiento de adjudicación [hiperenlace]

58. La finalidad de este artículo es promover la transparencia y la responsabilidad en la contratación mediante el requisito de que la entidad adjudicadora lleve un expediente exhaustivo del proceso de contratación y permita un acceso adecuado a él. En el expediente se recogen de forma resumida los principales datos del proceso de contratación; es indispensable garantizar el acceso a él, cuando esté autorizado, a fin de que los proveedores y contratistas puedan interponer sus recursos de forma coherente y eficaz. Ello contribuye a su vez a que el régimen de la contratación pública disponga, en la medida de lo posible, de un mecanismo de autocontrol y autocorrección. Además, en el marco de ese régimen, la observancia de obligaciones estrictas en materia de registro de la información en el expediente facilita la labor de los órganos de supervisión que ejercen funciones de auditoría o control y hace que la entidad adjudicadora se sienta más directamente responsable.

59. El artículo no prescribe la forma en que debe hacerse constar la información ni los medios utilizados a ese efecto. Estas cuestiones están sujetas a lo dispuesto en el artículo 7, relativo a las comunicaciones en la contratación [hiperenlace] y especialmente en las normas enunciadas en los párrafos 1) y 4) de ese artículo (véase además el comentario al respecto [hiperenlace]).

60. No se pretende que la lista de la información que ha de incluirse en el expediente de conformidad con el párrafo 1) sea exhaustiva, de acuerdo con lo que se indica al inicio del párrafo (con las palabras “en el que conste la siguiente información”) y en el apartado w) del párrafo 1). La finalidad de esta última disposición, incluida al final de la lista, es constituir una norma global en virtud de la cual deberán consignarse en el expediente todas las decisiones importantes adoptadas durante el proceso de contratación y las razones que las justifiquen. Algunas decisiones, aunque no se enumeren en la lista del párrafo 1) del artículo, deberán incluirse en el expediente en virtud de otras disposiciones de la Ley Modelo. Por ejemplo, en el artículo 35 3) [hiperenlace] se requiere consignar en el expediente la decisión de recurrir a la convocatoria directa en un procedimiento de solicitud de propuestas y los motivos de tal decisión. En los artículos 53 2) y 59 7) [hiperenlaces] se requiere que se consignent en el expediente la decisión y los motivos para limitar la participación en las subastas y en los acuerdos marco abiertos, respectivamente, debido a restricciones tecnológicas. En el apartado w) del párrafo 1) se alude también a los datos que el reglamento de la contratación pública tal vez requiera que se consignent en el expediente.

61. En la parte introductoria del párrafo 1) se requiere llevar un expediente, pero también mantenerlo al día. Por lo tanto, se consigna en él toda información de que disponga la entidad adjudicadora. Por ejemplo, en procesos de contratación en los que no todas las propuestas estén plenamente elaboradas o perfiladas por sus autores, o en que éstos hayan abandonado el proceso sin presentar una mejor oferta definitiva, la entidad adjudicadora podrá, en virtud del apartado s) del párrafo 1), incluir una reseña de cada oferta de que tenga conocimiento en el momento pertinente del proceso de contratación. Deberá entenderse que la referencia al precio tiene por objeto prever la posibilidad de que, en algunos casos, particularmente en la

contratación de servicios, las ofertas contengan una fórmula para determinar el precio, pero no el precio propiamente dicho.

62. En los requisitos de consignación en el expediente deben especificarse el alcance y los beneficiarios de la divulgación y deben sopesarse todos los factores, entre ellos, la divulgación completa como regla general para promover la responsabilidad; la necesidad de proporcionar a los proveedores y contratistas la información necesaria para poder evaluar su propia intervención y determinar si tienen motivo para recurrir; y la necesidad de proteger ciertos datos confidenciales de los proveedores y contratistas. Habida cuenta de esas consideraciones, en el artículo 24 se prescriben dos niveles de divulgación. En el párrafo 2) se ordena dar a conocer a toda persona interesada los datos consignados en los apartados a) a k) del párrafo 1) del artículo, considerados básicos para un control efectivo de la entidad adjudicadora por el público en general. La información sobre el proceso de contratación que se habrá de revelar a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas será más detallada, según lo previsto en el párrafo 3), debido a que les resulta necesaria para poder apreciar su propia intervención en ese proceso y para comprobar la observancia por la entidad adjudicadora del régimen de la Ley Modelo. La entidad adjudicadora no podrá negarse a revelar esa información, aunque considere que con ello se pondrían trabas a la libre competencia (por ejemplo, al facilitar la colusión en contrataciones subsiguientes o al dejar fuera del negocio a algún proveedor). No obstante, se recomienda que en los reglamentos u orientaciones que emita la entidad de contratación pública o un órgano similar se exija a la entidad adjudicadora que notifique a los proveedores o contratistas su intención de dar a conocer partes del expediente que les conciernan; esos proveedores o contratistas tal vez deseen impugnar tal decisión invocando la violación del deber de confidencialidad requerido por el artículo 24 [hiperenlace] en el marco de las disposiciones del capítulo VIII [hiperenlace].

63. Los proveedores o contratistas a que se hace referencia en el párrafo 3) son únicamente aquellos que presentaron ofertas; otros proveedores o contratistas, entre ellos los que hayan quedado descalificados, no deberían tener acceso a información sobre el examen y la evaluación de las ofertas. Las razones por las que hayan sido descalificados les habrán sido comunicadas conforme a los artículos 18 10) y 49 3) e) [hiperenlace], y con ello habrán obtenido suficiente información para plantearse la posibilidad de impugnar su exclusión.

64. La finalidad de lo dispuesto en el párrafo 3), que permite revelar a los proveedores o contratistas las partes pertinentes del expediente una vez que hayan tenido conocimiento de la decisión de aceptar una determinada oferta (o de cancelar el procedimiento de contratación), es garantizar la eficacia del derecho a recurrir en virtud del artículo 64 [hiperenlace]. Para que esa disposición resulte eficaz, el artículo 69 [hiperenlace] permite a los proveedores o contratistas interesados acceder a las partes pertinentes del expediente. Si, por ejemplo, se demorara esa divulgación hasta la entrada en vigor del contrato adjudicado, se podría privar a los proveedores y contratistas de la eficacia eventual de su recurso y, por lo tanto, el reglamento de la contratación pública debería requerir a la entidad adjudicadora que permitiera un rápido acceso a esos documentos. Esta disposición también tiene por objeto abarcar dos situaciones en las que la decisión de aceptar una determinada oferta llega al conocimiento de los proveedores o contratistas interesados;

la primera situación se da en el caso de que se les informa a través de la notificación de una moratoria en virtud del artículo 22 2), y la segunda puede darse cuando tengan conocimiento de la decisión, pese a que no haya habido tal notificación, a través de la publicación de un aviso de contrato conforme a lo requerido por el artículo 23 [hiperenlace], o mediante la divulgación por la sociedad civil, los medios de comunicación, informes de supervisión, etc.

65. La divulgación de información al público o a los proveedores o contratistas de que se trate se hará sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4) a) de este artículo, en el que se enuncian razones para que la entidad adjudicadora se abstenga de divulgar determinada información, y de lo dispuesto en el párrafo 4) b), donde se enuncian los datos que no podrán divulgarse. (Sobre la primera razón, véase el comentario relativo al artículo 23 *supra* [hiperenlace].) En cuanto al párrafo 4) b), y como ya se mencionó en el comentario sobre el artículo 23 [hiperenlace] y más arriba, entre los objetivos necesarios de estas disposiciones figura el de evitar la divulgación de información comercial de carácter confidencial a los proveedores y contratistas; esta necesidad es particularmente importante en lo que se divulgue sobre la evaluación de las propuestas, ya que esa información puede estar naturalmente vinculada con datos delicados desde el punto de vista comercial, por lo que los proveedores y contratistas tendrán un legítimo interés en protegerla. En consecuencia, la información a la que se alude en el apartado t) del párrafo 1) consiste únicamente en una reseña de la evaluación de las ofertas, en tanto que el párrafo 4) b) restringe la divulgación eventual de datos más detallados que no formen parte de la información reseñada.

66. La divulgación limitada prevista en los párrafos 2) y 3) no impide que se aplique a determinadas partes del expediente alguna otra ley del Estado promulgante que permita el acceso general del público a los expedientes públicos. Por ejemplo, la norma aplicable en el Estado promulgante tal vez imponga la divulgación de la información consignada en el expediente a los órganos de supervisión.

67. En el párrafo 5) del artículo se refleja lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el sentido de que “cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias en los ámbitos civil y administrativo para preservar la integridad de los libros y registros contables, estados financieros u otros documentos relacionados con los gastos e ingresos públicos y para prevenir la falsificación de esos documentos” (artículo 9 3) de la Convención [hiperenlace]). En otras normas jurídicas del Estado promulgante se debería establecer el requisito de preservar los documentos relacionados con los procesos de contratación y las normas aplicables a los expedientes y a su archivo, incluido el período durante el cual debe conservarse el expediente y todos los documentos pertinentes relacionados con una contratación determinada. Si el Estado promulgante considera que deben almacenarse, junto con la documentación correspondiente a determinado contrato, la normativa interna y las directrices aplicables, tal vez debería incluirse ese requisito en el reglamento de la contratación pública o en las orientaciones dadas por la entidad de contratación pública o por un órgano similar.

Artículo 26. Código de conducta [hiperenlace]

68. La finalidad del artículo 26 es poner de relieve la necesidad de que los Estados promulguen un código de conducta para funcionarios y empleados de las entidades

adjudicadoras que regule la prevención de conflictos de interés reales o percibidos, así como el aumento de los riesgos de conducta indebida por parte de funcionarios y empleados de las entidades adjudicadoras en tales situaciones, y que prevea medidas para mitigar esos riesgos, entre ellas la inclusión de manifestaciones de interés. La promulgación de ese código debería considerarse una medida destinada a dar cumplimiento a los requisitos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [hiperenlace], cuyos artículos 8 y 9 [hiperenlaces] tienen una importancia directa para la contratación pública y para las medidas que se adopten a fin de regular cuestiones relativas al personal responsable de la contratación (el “personal encargado de la contratación”). Los Estados promulgantes podrían asegurar que, por medio de esos códigos de conducta, se eliminaran las lagunas en las reglamentaciones y en la promulgación de medidas para aplicar con eficacia las disposiciones pertinentes de la Convención.

69. De acuerdo con el tipo de ordenamiento jurídico de los Estados promulgantes, cabría promulgar códigos de conducta en el marco del derecho administrativo del Estado, bien por vía legislativa o en forma de reglamento, como el reglamento de la contratación pública. Esos códigos podrían ser de aplicación general para todos los funcionarios públicos de cualquier sector de la economía, o podrían promulgarse concretamente para el personal encargado de las contrataciones, y algunos podrían formar parte de las leyes y los reglamentos relativos a la contratación. Cuando se promulga un código de conducta general para los funcionarios públicos, cabe esperar que algunas disposiciones contengan preceptos que regulen la conducta del personal encargado de las contrataciones. El Estado promulgante, al examinar la posibilidad de promulgar o de modernizar un código de conducta para sus funcionarios públicos, o concretamente para el personal encargado de las contrataciones, tal vez desee consultar los documentos pertinentes de organizaciones internacionales como la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos [hiperenlaces].

70. Las disposiciones del artículo 26 se centran en las situaciones de conflictos de interés que pueden surgir en relación con las contrataciones, habida cuenta de los efectos particularmente negativos que tienen esos conflictos en la transparencia, la objetividad y la rendición de cuentas en el contexto de las contrataciones públicas. En esas disposiciones, que no se pretende que sean exhaustivas, se enumeran sólo algunas medidas destinadas a reglamentar la conducta del personal encargado de la contratación en situaciones de conflictos de interés, por ejemplo, el registro de las manifestaciones de interés, la realización de procedimientos de selección y el cumplimiento de los requisitos de capacitación establecidos para ese personal. Ello está en consonancia con el artículo 8 5) de la Convención [hiperenlace], relativo a “medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes, entre otras cosas, en relación con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos y beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses”. En la Ley Modelo se enuncian sólo principios generales, con lo cual se reconoce que la inclusión en esa Ley de disposiciones exhaustivas sobre situaciones de conflictos de interés, inclusive medidas para mitigar los riesgos de conducta indebida en tales situaciones, sería imposible en vista de que los conflictos de interés se tratan de diversas maneras en las diferentes jurisdicciones.

71. Un código de conducta debería abordar, además de las situaciones de conflictos de interés y las medidas indicadas explícitamente en el artículo para mitigar los riesgos de conducta indebida en tales situaciones, otros asuntos como el problema planteado por el concepto de la “puerta giratoria” (es decir, la posibilidad de que entidades o personas del sector privado ofrezcan empleo a funcionarios públicos, o que éstos se lo soliciten, pudiendo ser participantes en procedimientos de contratación). Aunque en las disposiciones del artículo no se pretende determinar que el Estado promulgante ponga en vigor un código de conducta para los proveedores o contratistas en sus relaciones con la entidad adjudicadora, algunas disposiciones del código de conducta, como las relacionadas con el concepto de la “puerta giratoria”, deben fijar indirectamente límites que no puedan rebasar las entidades privadas y los particulares en sus relaciones con los funcionarios públicos.

72. Lo dispuesto en el artículo respecto de que el código de conducta se pondrá sin demora a disposición del público y será sistemáticamente actualizado debe leerse conjuntamente con el artículo 5 1) de la Ley Modelo [hiperenlace], en el que figura una disposición similar relativa a los textos jurídicos de aplicación general. Por lo tanto, el artículo 5 1) es pertinente en el contexto de las disposiciones del artículo 26 al respecto [hiperenlace].
