



Asamblea General

Distr. limitada
3 de julio de 2007
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
12º período de sesiones
Viena, 3 a 7 de septiembre de 2007

Revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para regular el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-2	3
II. Proyectos de disposición encaminados a permitir el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública de conformidad con la Ley Modelo	3-37	3
A. Condiciones para el empleo de la subaste electrónica inversa en la contratación pública: proyecto de artículo 22 bis	3-9	3
1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada	3	3
Comentario	4-6	4
2. Texto del proyecto propuesto para la Guía revisada	7-9	4
B. Procedimientos en la etapa previa a la subasta y durante ésta: proyectos de artículos 51 bis a 51 sexies	10-33	11
1. Proyecto de artículo 51 bis	10-13	11
a) Proyecto de texto para la Ley Modelo revisada	10	11
Comentario	11-12	13



	b) Cuestiones para reflejar en un texto de la Guía complementario . . .	13	13
2.	Proyecto de artículo 51 ter	14-17	15
	a) Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada	14	15
	Comentario	15	15
	b) Cuestiones para reflejar en un texto de la Guía complementario . .	16-17	16
3.	Proyecto de artículo 51 quater	18-20	16
	a) Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada	18	16
	Comentario	19	17
	b) Cuestiones para reflejar en un texto de la Guía complementario . .	20	17
4.	Proyecto de artículo 51 quinquies	21-28	17
	a) Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada	21	17
	Comentario	22-24	18
	b) Cuestiones para reflejar en un texto de la Guía complementario . .	25-28	19
5.	Proyecto de artículo 51 sexies	29-33	20
	a) Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada	29	20
	Comentario	30-31	21
	b) Cuestiones para reflejar en un texto de la Guía complementario . .	32-33	21
C.	Cambios consiguientes en las disposiciones de la Ley Modelo: expediente del proceso de contratación (artículo 11 de la Ley Modelo)	34-37	22

I. Introducción

1. Los antecedentes de la actual labor del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) acerca de la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la “Ley Modelo”) (A/49/17 y Corr.1, anexo I) figuran en los párrafos 5 a 70 del documento A/CN.9/WG.I/WP.53, que el Grupo de Trabajo tiene ante sí en su 12º período de sesiones. La principal tarea del Grupo de Trabajo es actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta las novedades más recientes, inclusive el empleo de la subasta electrónica inversa (SEI) en la contratación pública.

2. El empleo de ese tipo de subasta se incluyó entre los temas que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en sus períodos de sesiones sexto a 11º. En su 11º período de sesiones, el Grupo pidió a la Secretaría que revisara los textos normativos propuestos sobre la subasta electrónica inversa que había examinado durante el período de sesiones¹. La presente nota se ha preparado atendiendo a esa solicitud.

II. Proyectos de disposición encaminados a permitir el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública de conformidad con la Ley Modelo

A. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública: proyecto de artículo 22 bis

1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

3. El proyecto de artículo 22 bis que figura a continuación se inspira en el texto de un proyecto de artículo sobre las condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública, que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su 11º período de sesiones, y refleja las enmiendas propuestas para su introducción en ese texto²:

“Artículo 22 bis. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública

1) Una entidad adjudicadora podrá entablar un procedimiento de contratación pública recurriendo a una subasta electrónica inversa de conformidad con lo dispuesto en los artículos [51 bis a 51 sexies] cuando se den las siguientes condiciones:

a) Cuando sea posible para la entidad adjudicadora formular especificaciones detalladas y precisas de los bienes [o de las obras o, en el caso de los servicios, para identificar sus características detalladas y precisas], y

b) Cuando exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas que se prevea estarán cualificados para participar en la subasta electrónica inversa, de modo que se garantice una competencia efectiva.

¹ A/CN.9/623, párr. 13.

² Ibid., párrs. 53, 62 b) y 69.

- 2) La subasta electrónica inversa se basará:
 - a) En los precios cuando el contrato público se adjudique a la oferta que comporte el precio más bajo, o
 - b) Cuando el contrato público se adjudique a la oferta evaluada más baja, en el criterio en función del precio y en otros criterios de evaluación especificados en el anuncio de la subasta electrónica inversa, a condición de que esos otros criterios puedan cuantificarse y expresarse en unidades monetarias.
- 3) Cuando el contrato público se adjudique a la oferta evaluada más baja, la subasta electrónica inversa irá precedida por una evaluación inicial completa de las ofertas, de conformidad con los criterios de adjudicación y el peso relativo de los criterios especificados en el anuncio de dicha subasta.”

Comentario

4. En el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo prevaleció el parecer de que, en la subasta electrónica inversa en virtud de la Ley Modelo podían utilizarse tanto el criterio del precio como los criterios ajenos al precio, de manera que los Estados promulgantes pudieran optar por una u otra variante. Se señaló también que un mejor enfoque sería no tratar cada variante por separado, sino indicar en un solo lugar las condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa en función del precio únicamente o en función del precio y otros criterios de evaluación³. En consecuencia, en ese período de sesiones el Grupo de Trabajo acordó que se revisarían las condiciones enunciadas en el proyecto de párrafo d) del artículo 22 bis para el empleo de la subasta electrónica inversa, a fin de indicar que ésta podría efectuarse en función únicamente del precio, como criterio de evaluación, o en función tanto del precio como de otros criterios⁴.

5. Además, una opinión predominante en el mismo período de sesiones fue que el empleo de una subasta electrónica inversa en función del precio y de otros criterios ajenos a éste debería estar sujeto a la condición de que se presentaran y evaluaran plenamente las ofertas iniciales y de que se comunicaran a los proveedores o contratistas interesados los resultados de esa evaluación. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo decidió que se incluyera también esta condición entre las enunciadas en el proyecto de párrafo d) del artículo 22 bis⁵.

6. Por lo tanto se ha revisado el antiguo párrafo d) para reflejar esas sugerencias. El texto se ha presentado como nuevos párrafos 2) y 3) del proyecto de artículo.

Texto del proyecto propuesto para la Guía revisada

7. En su 11º período de sesiones, el Grupo de Trabajo no llegó a un acuerdo acerca de si la Guía debería recomendar exclusivamente el empleo de la subasta electrónica inversa cuando el precio fuera el único criterio para adjudicar el contrato. Al no haberse podido llegar a un consenso sobre esta cuestión, el Grupo de

³ Ibid., párr. 66.

⁴ Ibid., párr. 69.

⁵ Ibid., párr. 72.

Trabajo convino en volver a ocuparse de ella en su siguiente período de sesiones⁶. Por consiguiente, tal vez el Grupo de Trabajo desee formular su posición sobre esta cuestión a fin de poder ultimar las orientaciones acerca de las disposiciones pertinentes del artículo 22 bis.

8. En el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo se subrayó que en las subastas electrónicas inversas en función de criterios ajenos al precio, el precio seguiría siendo siempre uno de los criterios determinantes de evaluación, por lo que esas subastas nunca podrían basarse exclusivamente en otros criterios y el precio estaría siempre sujeto a la subasta⁷. Se señaló a la atención del Grupo un enfoque diferente de la cuestión adoptado en la versión revisada en diciembre de 2006 del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre la Contratación Pública (el “ACP revisado”)⁸ y en las directivas de la Unión Europea relativas a la contratación pública⁹. Para facilitar la consulta, se reproducen a continuación los pasajes pertinentes de esos instrumentos:

El ACP revisado (párrafo e) del artículo 1)

“**Por subasta electrónica** se entenderá un proceso interactivo que entraña la utilización de medios electrónicos para la presentación por los proveedores de nuevos precios, o de nuevos valores de elementos cuantificables ajenos al precio, de la oferta relacionados con los criterios de evaluación, o ambos, que dan lugar a una clasificación o reclasificación de las ofertas.”

Directivas Europeas sobre la contratación pública (párrafo 6) del artículo 1 de la directiva 2004/17/CE y el párrafo 7) del artículo 1 de la directiva 2004/18/CE) (en ambas directivas figura la misma disposición)

Una “subasta electrónica” es un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su clasificación mediante métodos de evaluaciones automáticos.

9. En espera de que el Grupo de Trabajo concluya el examen de esas cuestiones, se propone para la Guía el texto siguiente, que acompañará a las disposiciones de la Ley Modelo sobre las condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa. El texto incorpora las sugerencias pertinentes formuladas en anteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo; el texto se inspira también en las disposiciones pertinentes del documento de trabajo del personal de la Comisión Europea

⁶ Ibid., párr. 66.

⁷ Ibid., párr. 68.

⁸ Documento GPA/W/297; puede consultarse en la fecha de la presente nota en http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

⁹ Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; el texto de ambas Directivas puede consultarse en la fecha de la presente nota en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm.

(SEC(2005) 959)¹⁰ y en las orientaciones sobre las cuestiones relevantes facilitadas por los bancos multilaterales de desarrollo y otras organizaciones regionales e internacionales que realizan actividades en esta esfera¹¹. Tal vez se considere que es prematuro dar orientaciones detalladas, habida cuenta de los debates relevantes en curso en el Grupo de Trabajo y, debido a las limitaciones impuestas al número de páginas de los documentos de la Secretaría, no ha sido posible proporcionar orientaciones completas sobre todos los aspectos necesarios. Por tanto, la Secretaría se ha centrado en las principales cuestiones resueltas hasta la fecha. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar algunos puntos adicionales que convendría reflejar en la Guía en relación con las disposiciones del artículo 22 bis, como, por ejemplo, la posición que debe adoptarse en la Guía en lo concerniente a las subastas no electrónicas (véase más adelante el párrafo 3 de la Guía).

“1) El artículo [22 bis] enuncia las condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa, definida como un proceso repetitivo que comporta la utilización de medios electrónicos para la presentación por los concursantes de nuevos precios, revisados a la baja o [además]¹² de nuevos valores para los elementos cuantificables ajenos al precio relacionados con los criterios de evaluación, dando lugar a una clasificación o reclasificación de los concursantes con ayuda de métodos de evaluación automáticos y de una fórmula matemática¹³. Este proceso electrónico de compras se ha introducido en la Ley Modelo para permitir a las entidades encargadas de la contratación pública en los Estados promulgantes aprovechar sus beneficios, pero con sujeción a ciertas salvaguardias para garantizar su empleo adecuado. La subasta electrónica inversa puede permitir aprovechar mejor los medios financieros disponibles a causa de una mayor competencia entre los concursantes, en un contexto dinámico y en tiempo real. También puede aumentar la transparencia del proceso de contratación pública, ya que la información sobre los resultados sucesivos de la evaluación de las ofertas en cada fase de la subasta y el resultado final de ésta se dan a conocer a todos los concursantes en forma instantánea y simultánea. Además, ese tipo de subasta se caracteriza por un proceso de evaluación plenamente automatizado, o que comporta una intervención humana limitada y, por consiguiente, puede desalentar los abusos y la corrupción.

2) En cambio, la subasta electrónica inversa puede estimular una excesiva concentración en el precio, y su fácil funcionamiento puede dar lugar a una utilización excesiva y a su empleo en situaciones inadecuadas. También puede producir efectos anticompetitivos a plazo mediano y largo. En

¹⁰ Puede consultarse en la fecha de la presente nota en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/sec2005-959_en.pdf.

¹¹ Estos documentos también se utilizaron para preparar las cuestiones para reflejar un texto de la Guía que acompañará a otras disposiciones sobre la subasta electrónica inversa de la Ley Modelo. Véanse los párrafos pertinentes de la presente nota.

¹² Esta palabra se puso entre corchetes en espera de que el Grupo de Trabajo examine la cuestión mencionada en el párrafo 8 de la presente nota.

¹³ En el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo se planteó la cuestión de la definición de la subasta electrónica inversa. El Grupo recordó en ese período de sesiones el consenso a que llegó en su anterior período de sesiones en el sentido de que no se incluyera esa definición en la Ley Modelo. (A/CN.9/623, párr. 68). Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la posibilidad de incluir la definición en la Guía.

particular, esa subasta es más vulnerable que otros procesos de contratación pública al comportamiento colusorio de los concursantes, sobre todo en el caso de proyectos caracterizados por la participación de un pequeño número de concursantes, o de la presentación repetida de ofertas en cuyo marco participe el mismo grupo de concursantes¹⁴. Además, en el contexto de una subasta electrónica, puede ser mayor el riesgo de que los concursantes tengan acceso a información comercialmente sensible de los competidores. Las entidades adjudicadoras deberían también tener presentes las posibles consecuencias negativas de la contratación externa que comporte un proceso decisorio ajeno al Estado, por ejemplo, para los terceros que sean proveedores de software y de servicios, los cuales suelen participar en las subastas electrónicas inversas (es común que haya organismos que se ocupan de organizar y administrar la subasta en nombre de las entidades adjudicadoras, y que también les prestan asesoramiento acerca de las estrategias en materia de adquisiciones). Esos organismos pueden representar y tener acceso tanto a las entidades adjudicadoras como a los concursantes, y estos posibles conflictos organizacionales pueden representar una grave amenaza para la libre competencia. A su vez, todos esos factores pueden afectar negativamente la confianza de los proveedores y contratistas en los procesos de contratación pública que entrañen una subasta electrónica inversa. Como consecuencia de ello, la entidad adjudicadora puede tener que hacer frente a costos de oportunidad debidos al empleo de la subasta electrónica inversa (costos tales como los resultantes en los casos en que los proveedores y los contratistas abandonan el mercado público si se les exige que presenten ofertas en ese tipo de subasta) y a precios más elevados que los que se habrían obtenido si se hubieran utilizado otros métodos de contratación pública.

3) Reconociendo los posibles beneficios de la subasta electrónica inversa, así como las preocupaciones que suscita su empleo, la Ley Modelo permite éste, pero no lo exige ni lo alienta. Tal empleo está sujeto a las condiciones enunciadas en el artículo [22 bis] y a los requisitos de procedimiento previstos en los artículos [51 bis a 51 sexies] de la Ley Modelo. Esa subasta se puede emplear como método de contratación pública de por sí o como una fase de otros métodos de contratación, cuando proceda, con anterioridad a la adjudicación del contrato público. La Ley Modelo sólo permite la subasta electrónica inversa con ayuda de procesos de evaluación automáticos, en cuyo marco pueden preservarse el anonimato de los concursantes y la confidencialidad y trazabilidad de los procedimientos. [Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la cuestión de si se debería indicar agregar aquí algún texto sobre las subastas tradicionales.]¹⁵

4) Con arreglo a las condiciones enunciadas en el artículo [22 bis] para el empleo de la subasta electrónica inversa, ésta tiene primordialmente por finalidad atender las reiteradas necesidades de una entidad adjudicadora de

¹⁴ La colusión puede producirse cuando dos o tres concursantes actúan de consuno para manipular e influir en el precio de una subasta bien manteniéndolo artificialmente alto bien repartiéndose el mercado mediante ofertas que se hacen artificialmente no ganadoras, o no presentando ninguna oferta. Se prevé abordar en detalle esta cuestión en una parte introductoria revisada de la Guía.

¹⁵ Véase, por ejemplo, los puntos planteados en A/CN.9/575, párrs. 63 a 65.

bienes estandarizados, de tipo sencillo y generalmente disponibles, como, por ejemplo, los productos corrientes en existencia (tales como suministros de oficina), productos básicos, equipo estándar de tecnología de la información y materiales primarios de construcción. En esas clases de contratación, el factor determinante es el precio o la cantidad; no se requiere ningún proceso complicado de evaluación; tampoco se prevé ningún efecto (o solamente alguno de alcance limitado) de los costos, posteriores a la adquisición ni se anticipa la necesidad de servicios o beneficios añadidos después de concluir la ejecución del contrato inicial. Los tipos de contratación pública que comporten múltiples variables y en los que los factores cualitativos prevalezcan sobre las consideraciones de precio y cantidad no deberían ser normalmente objeto de una subasta electrónica inversa.

5) El requisito de unas especificaciones detalladas y precisas enunciado en el apartado a) del párrafo 1 excluirá la utilización de este método de adquisición en la contratación pública de la mayoría de los servicios y obras, a menos que sean de un tipo sumamente sencillo (por ejemplo, obras de mantenimiento directo de carreteras). No sería adecuado, por ejemplo, recurrir a una subasta para la contratación pública de obras o servicios que entrañaran el cumplimiento de tareas intelectuales, como, por ejemplo, labores de diseño y dibujo. [Habrá que examinar en detalle las preocupaciones que suscita el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública de elementos que no sean bienes estandarizados de tipo sencillo.] Según las circunstancias reinantes en un Estado promulgante, inclusive el grado de experiencia con las subastas electrónicas inversas, éste podrá optar por restringir el empleo de este tipo de subastas a la contratación pública de bienes, mediante la exclusión en el texto del artículo de toda referencia a obras y servicios.

6) En algunos ordenamientos jurídicos se prevé el mantenimiento de listas en las que se identifican los bienes, obras o servicios concretos que pueden ser adquiridos adecuadamente por medio de una subasta electrónica inversa. Los Estados promulgantes deberían tener presente que, en la práctica, el mantenimiento de esas listas podría resultar engorroso, ya que exige una actualización periódica a medida que aparecen en el mercado nuevos productos u otros artículos relevantes. Si se tiene la intención de utilizar listas, es preferible elaborar listas de artículos no aptos para su adquisición por medio de una subasta electrónica inversa o, alternativamente, enumerar las características genéricas que hacen que un artículo determinado sea adecuado para su adquisición mediante este método de compra.

7) Al formular unas especificaciones detalladas y precisas, las entidades adjudicadoras deberán poner especial cuidado en hacer referencia a las características objetivas técnicas y de calidad de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar, tal como se prevé en el párrafo 2 del artículo 16 de la Ley Modelo, a fin de asegurarse de que los concursantes presentarán ofertas a partir de una base común. Así pues, es conveniente utilizar un vocabulario común en relación con las adquisiciones, con miras a identificar los bienes, obras o servicios mediante códigos o por referencia a las normas generales definidas por el mercado.

8) El apartado b) del párrafo 1 tiene por finalidad mitigar los riesgos de colusión y garantizar a la entidad adjudicadora unos resultados aceptables de la subasta. Ese apartado exige que exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas que se prevea estarán cualificados para participar en la subasta electrónica inversa. Se incluye esta disposición para reconocer que en el contexto de ese tipo de subasta existen mayores riesgos de colusión que en el caso de otros métodos de contratación pública, y por consiguiente, la subasta electrónica inversa no es una técnica adecuada en mercados que sólo tengan un número limitado de concursantes potencialmente cualificados e independientes, ni en aquéllos que estén dominados por uno o dos grandes protagonistas, ya que tales mercados son especialmente vulnerables a la manipulación de los precios o a otro comportamiento anticompetitivo. El apartado b) del párrafo 1 está complementado por el artículo [51 quater], el cual dispone que la entidad adjudicadora, al solicitar la participación de proveedores o contratistas en el proceso de contratación pública, deberá tener presente la necesidad de garantizar una competencia efectiva durante la subasta. También otorga a la entidad adjudicadora el derecho a cancelar la subasta si, a juicio de ésta, el número de proveedores o contratistas inscritos para participar en ella es insuficiente para garantizar una competencia efectiva durante la subasta. [Hacer una referencia cruzada adecuada a un texto de la Guía que acompañará al artículo 51 quater.]

9) La referencia en el apartado b) a posibles proveedores que se prevea estarán cualificados para participar en la subasta electrónica inversa no deberá interpretarse en el sentido de que habrá necesariamente una precalificación en la contratación pública mediante una subasta electrónica inversa. Podrá suceder que, para acelerar el proceso y economizar costos, se verifiquen solamente las calificaciones del proveedor o contratista que haya presentado la oferta que se acepte. [Hacer una referencia cruzada apropiada a un texto en la Guía en el que se examinarán las opciones pertinentes.]

10) La intención es que el artículo sea aplicable a la contratación pública cuando la adjudicación de los contratos se base bien en el criterio del precio únicamente, bien en criterios de precios y otros criterios que se especifiquen al comienzo del procedimiento de contratación. Cuando los criterios de adjudicación sean ajenos al precio, la Ley Modelo exige que tales criterios sean transparentes y objetivos, y, por lo tanto, que sean cuantificables y puedan expresarse en unidades monetarias (por ejemplo, en cifras o porcentajes). También deberán aplicarse en forma transparente y objetiva (con arreglo a procedimientos revelados de antemano y a una fórmula matemática). [Este texto deberá examinarse en detalle, incluso en lo que respecta a la evaluación durante la preparación de la subasta y sus resultados.] Sin embargo, los Estados promulgantes y las entidades adjudicadoras deberían tener presentes los posibles riesgos de permitir esos otros criterios en la subasta electrónica inversa. En particular, cuando se cuantifican tales criterios, puede inevitablemente introducirse un elemento de subjetividad (como, por ejemplo, mediante un sistema de puntos), y podrían verse menoscabadas la sencillez y transparencia del proceso. La evaluación de los criterios ajenos al precio puede

también dar lugar a una manipulación y a valoraciones tendenciosas. [Habrá de examinarse en forma más detallada.]¹⁶.

11) La cuestión de decidir si se utiliza un criterio en función del precio únicamente u otros criterios de adjudicación en la contratación pública mediante una subasta electrónica inversa quedará librada al arbitrio del Estado promulgante, según sean las circunstancias que existan a nivel nacional, inclusive el grado de experiencia de ese Estado con las subastas electrónicas inversas, así como el sector de la economía en que se prevea emplear éstas. Se recomienda que los Estados promulgantes que carezcan de experiencia con el empleo de este tipo de subasta introduzcan su utilización en forma gradual y escalonada, a medida que adquieran experiencia con ese método; dicho de otro modo, se comenzará permitiendo subastas sencillas, cuando únicamente se recurra al precio para determinar la oferta ganadora, y después podrá pasarse, cuando proceda, al empleo de subastas de carácter más complejo, en las que los criterios de adjudicación incluyan criterios ajenos al precio. Este último tipo de subastas exigirá que las entidades adjudicadoras posean un alto grado de conocimientos especializados y experiencia, como por ejemplo, la capacidad para supeditar cualquier criterio ajeno al precio a la aplicación de una fórmula matemática, a fin de no introducir un elemento de subjetividad en el proceso de evaluación. Esa experiencia y esos conocimientos de la entidad adjudicadora serán necesarios incluso si se subcontrata a terceros que sean proveedores de servicios del sector privado la realización de la subasta electrónica inversa en nombre de la entidad, con vistas a permitir a ésta supervisar debidamente las actividades de tales proveedores.

12) Las disposiciones de la Ley Modelo no deben interpretarse en el sentido de que la subasta electrónica inversa será adecuada y deberá emplearse siempre, incluso aunque se cumplan todas las condiciones enunciadas en el artículo [22 bis]. Tal vez los Estados promulgantes deseen especificar en un reglamento condiciones adicionales para el empleo de dicha subasta, como, por ejemplo, la conveniencia de fundir varios pedidos de compras en uno a fin de amortizar los costos de establecimiento del sistema para celebrar una subasta electrónica inversa, inclusive los costos de los terceros que sean proveedores de software y servicios.

13) [Hacer referencias cruzadas a las disposiciones de la Guía en que se proporcionan orientaciones funcionales acerca del empleo de la subasta electrónica inversa.]”

¹⁶ Véase, en particular, los aspectos mencionados en A/CN.9/623, párr. 67.

B. Procedimientos en la etapa previa a la subasta y durante ésta: proyectos de artículos 51 bis a 51 sexies

1. Proyecto de artículo 51 bis

a) Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

10. Se propone el texto siguiente para que lo examine el Grupo de Trabajo:

“Artículo 51 bis. Procedimientos en la etapa previa a la subasta electrónica inversa con carácter exclusivo

1) La entidad adjudicadora tomará disposiciones para que se publique un anuncio de la subasta electrónica inversa, de conformidad con los procedimientos previstos en el artículo 24 de la presente Ley.

2) El anuncio incluirá, como mínimo, lo siguiente:

a) La información mencionada en los apartados a), d) y e) del párrafo 1) del artículo 25, y en los apartados d), f), h) a j) y t) a y) del artículo 27;

b) Los criterios que utilizará la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora, inclusive cualesquiera criterios distintos del criterio en función del precio que se emplearán, el peso relativo asignado a esos criterios, la fórmula matemática que se utilizará en el procedimiento de evaluación y una indicación de cualesquiera criterios que no puedan modificarse durante la subasta;

c) Una indicación en cuanto a si se impone alguna limitación al número de proveedores o contratistas a los que se invitará a participar en la subasta y, en caso afirmativo, ese número y los criterios y procedimientos que se seguirán para seleccionar tal número de proveedores o contratistas;

d) Una indicación en cuanto a si se requiere una precalificación y, en caso afirmativo, la información mencionada en los apartados a) a e) del párrafo 2) del artículo 25;

e) Una indicación en cuanto a si se requiere la presentación de ofertas iniciales y, en caso afirmativo:

i) La información mencionada en los apartados f) a j) del artículo 25;

ii) Si deberán presentarse ofertas iniciales para determinar si reúnen los requisitos previstos en el anuncio de la subasta o, además, para su evaluación, y

iii) Si se hace una evaluación de las ofertas iniciales, los procedimientos que se utilizarán para tal fin;

f) La forma en que podrá tenerse acceso a la subasta electrónica inversa, e información acerca del equipo electrónico que se esté utilizando y las especificaciones técnicas para la conexión a éste;

g) La manera y, si ya se conoce, el plazo para que los proveedores y contratistas se inscriban a fin de poder participar en la subasta;

h) Los criterios por los que se regirá la clausura de la subasta y, si ya se han determinado, la fecha y el momento de su apertura;

i) Una indicación en cuanto a si la subasta se desarrollará en una o varias etapas (en cuyo caso, deberá indicarse también el número de etapas y la duración de cada una de ellas), y

j) Las normas que regularán el desarrollo de la subasta electrónica inversa, inclusive la información que se habrá de facilitar a los concursantes durante la subasta y las condiciones con arreglo a las cuales éstos podrán presentar sus ofertas;

3) Salvo lo dispuesto en los párrafos 4) a 6) del presente artículo, el anuncio de la subasta electrónica inversa servirá de invitación para participar en ella y deberá ser completo en todos los aspectos, inclusive en lo tocante a la información especificada en el párrafo 7) del presente artículo;

4) Cuando se limite el número de proveedores o contratistas a los que se invitará a participar en la subasta, la entidad adjudicadora:

a) Seleccionará el número de proveedores o contratistas que corresponda de conformidad con los criterios y procedimientos especificados en el anuncio de la subasta electrónica inversa, y

b) Enviará una invitación para la precalificación o la presentación de ofertas iniciales, o para la participación en la subasta, según proceda, individual y simultáneamente a cada proveedor o contratista seleccionado.

5) Cuando se requiera una precalificación, la entidad adjudicadora:

a) Precalificará a los proveedores o contratistas de conformidad con el artículo 7, y

b) Enviará una invitación para presentar ofertas iniciales o para participar en la subasta, según proceda, individual y simultáneamente a cada proveedor o contratista precalificado.

6) Cuando se requiera la presentación de ofertas iniciales, la entidad adjudicadora:

a) Incluirá en los pliegos de condiciones la información mencionada en los apartados a), k) a s) y z) del artículo 27 de la presente Ley;

b) Solicitará ofertas iniciales y las examinará de conformidad con los artículos 26, 28 a 32, párrafo 1) del artículo 33 y párrafo 1) del artículo 34 de la presente Ley;

c) Como se especificará en el anuncio de la subasta electrónica inversa, evaluará si las ofertas iniciales reúnen todos los requisitos enunciados en el anuncio de subasta de conformidad con el párrafo 2) del artículo 34 o, además, realizará una evaluación de las ofertas iniciales de conformidad con los procedimientos y criterios establecidos en dicho anuncio; y

d) Enviará una invitación a participar en la subasta individual y simultáneamente a cada proveedor o contratista, salvo a aquéllos cuyas ofertas hayan sido rechazadas de conformidad con el párrafo 3) del artículo 34.

Cuando se haya realizado una evaluación de las ofertas iniciales, la invitación irá acompañada por información acerca del resultado de dicha evaluación.

7) Salvo cuando ya se indique en el anuncio de la subasta electrónica inversa, en la invitación para participar en ella se indicará lo siguiente:

a) El plazo para que los proveedores y contratistas invitados se inscriban a fin de participar en la subasta;

b) La fecha y hora de la apertura de la subasta;

c) Los requisitos para la inscripción y la identificación de los concursantes con ocasión de la apertura de la subasta;

d) Información sobre la conexión individual con el equipo electrónico que se utilice, y

e) Cualquier otra información sobre la subasta electrónica inversa que sea necesaria para que el proveedor o el contratista pueda participar en ella.

8) El hecho de que la inscripción para participar en la subasta tendrá que confirmarse sin demora y en forma individual a cada proveedor o contratista inscrito.

9) La subasta no tendrá lugar antes de que transcurra un plazo adecuado después de emitirse el anuncio de la subasta electrónica inversa o, cuando se envíen invitaciones a participar en ella, desde el envío de las invitaciones a todos los proveedores o contratistas interesados. Ese plazo será lo suficientemente largo para permitir que los proveedores o contratistas se preparen para tomar parte en la subasta.”

Comentario

11. El proyecto de artículo 51 bis enunciado más arriba se inspira en el texto del proyecto de artículo 51 ter que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su 11º período de sesiones, y refleja las enmiendas que se sugirió introducir en ese texto¹⁷ y los cambios consiguientes resultantes de las modificaciones de otros proyectos de artículos sobre la subasta electrónica inversa.

12. En el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo se recordó que una característica fundamental de la subasta electrónica inversa encaminada a prevenir los abusos era que se debía preservar el anonimato de los concursantes durante todo el proceso, por lo que los resultados de la evaluación de cada una de las ofertas sólo se comunicarían al concursante interesado¹⁸. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la cuestión de si el requisito enunciado en el apartado d) del párrafo 6 del proyecto de artículo proporciona suficientes salvaguardias a este respecto.

b) Cuestiones para reflejar en un texto de la Guía complementario

13. Más adelante se presentará al Grupo de Trabajo un texto de la Guía que acompañará a las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo. En anteriores

¹⁷ *Ibid.*, párrs. 62 y 73.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 72.

períodos de sesiones del Grupo de Trabajo¹⁹ se propusieron los siguientes aspectos para que fueran reflejados en dicho texto:

a) Con referencia al párrafo 1) del artículo, subrayar los beneficios que reportaría asegurar la distribución más amplia posible de la invitación a participar en una subasta electrónica inversa, sobre todo a la luz de los requisitos de una competencia efectiva enunciados en los artículos 22 bis y 51 quarter;

b) Con referencia al párrafo 2, poner de relieve el hecho de que la Ley Modelo sólo indicaba cuáles eran los requisitos generales mínimos en relación con el contenido del anuncio de la subasta electrónica inversa que eran esenciales para el desarrollo adecuado de ella y para garantizar un trato justo y equitativo a todos los proveedores y contratistas. Esos requisitos generales deberían complementarse con unas disposiciones reglamentarias detalladas. Como ejemplo, esas disposiciones deberían indicar los criterios que regían la clausura de la subasta mencionados en el apartado h) del párrafo 2) del artículo. Esos criterios podrían incluir lo siguiente: i) cuando hubiera pasado la fecha y la labor especificadas para la clausura de la subasta; ii) cuando la entidad adjudicadora, dentro de un plazo especificado, no recibiría más precios nuevos o nuevos valores que mejorasen la oferta a la que se asignara la puntuación más alta, con sujeción a cualesquiera diferencias mínimas impuestas en relación con el precio u otros valores; o iii) cuando se hubiera completado el número de etapas de la subasta electrónica inversa, establecido en el anuncio de ella. En las disposiciones reglamentarias también se debería dejar claramente sentado que cada uno de esos criterios podía comportar la revelación previa de información específica adicional (por ejemplo, el criterio enunciado en el inciso ii) *supra* exige que se especifique el plazo que se permitirá que transcurra después de recibir la última oferta presentada antes de la clausura de la subasta). Esas disposiciones también deberían exigir la revelación de información sobre lo siguiente: i) los procedimientos que habrían de seguirse en caso de cualquier fallo, funcionamiento deficiente o avería del sistema utilizado durante el proceso de la subasta; ii) la forma y el momento en que podría consultarse la información que se facilitaría a los concursantes durante la subasta (el requisito mínimo debería ser que se garantizara un trato igual mediante el suministro de la misma información simultáneamente a todos los concursantes), e iii) en lo tocante a las condiciones con arreglo a las cuales los concursantes podrían hacer ofertas, cualesquiera diferencias mínimas en el precio u otros valores que deberían mejorarse en cualquiera nueva presentación durante la subasta, y si hubiera límites aplicables a los nuevos valores que podrían presentarse durante la subasta, y, en caso afirmativo, cuáles eran esos límites (las limitaciones son inherentes a las características técnicas de los bienes, obras y servicios que se adquieren). Este nivel de detalle podría proporcionarse en el anuncio de la subasta electrónica inversa propiamente dicho o por referencia a las reglas para el desarrollo de la subasta, con tal de que toda la información relevante se diera a conocer a todos los proveedores o contratistas con suficiente antelación a la fecha de la subasta a fin de que los proveedores o contratistas interesados pudieran prepararse debidamente para participar en ella y de asegurar la transparencia y previsibilidad del proceso;

c) En cuanto al apartado b) del párrafo 2), señalar la importancia de revelar a los posibles concursantes, al comienzo del proceso de contratación, toda la

¹⁹ A/CN.9/590, párr. 66 y A/CN.9/595, párrs.101 y A/CN.9/615, párrs. 46 y 68.

información disponible sobre los criterios, los procesos y la fórmula de evaluación que permitiera a los concursantes establecer en forma transparente su condición en cualquier etapa de dicho proceso. Se debería establecer un vínculo con las disposiciones complementarias del apartado d) del párrafo 6) del artículo, que exigen a la entidad adjudicadora que comuniquen el resultado de la evaluación previa a la subasta, cuando se realice una evaluación, individual y simultáneamente a cada proveedor o contratista invitado a participar en la subasta, así como con las disposiciones del apartado c) del párrafo 1) del artículo 51 quinquies que prevén que se mantendrá informados en forma regular a los concursantes acerca de los resultados sucesivos de la subasta durante el desarrollo de ésta.

2. Proyecto de artículo 51 ter

a) Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

14. Se propone el texto siguiente para que lo examine el Grupo de Trabajo:

“Artículo 5 ter. Procedimientos previos de las subastas utilizadas como etapa que precede a la adjudicación del contrato en el proceso de contratación pública en virtud de la presente Ley

1) La adjudicación del contrato en el proceso de contratación pública con arreglo a la presente Ley podrá ir precedido por una subasta electrónica inversa [, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas para la utilización del proceso de contratación pertinente y de la subasta electrónica inversa, y que sus procedimientos sean compatibles].

2) Cuando invite por primera vez a los proveedores o contratistas a participar en el proceso de contratación, la entidad adjudicadora indicará que la adjudicación del contrato irá precedida por una subasta electrónica inversa y facilitará la información mencionada en los apartados b) y f) a j) del párrafo 2) del artículo 51 bis.

3) Antes de realizar la subasta, la entidad adjudicadora enviará una invitación para participar en ella individual y simultáneamente a cada proveedor o contratista que haya sido admitido a tomar parte en la misma y haya cumplido las disposiciones de los párrafos 7) a 9) del artículo 51 bis.”

Comentario

15. El proyecto de artículo 51 ter que figura más arriba se inspira en el texto de un proyecto de artículo 51 quater que tuvo ante sí el Grupo de Trabajo en su 11º período de sesiones, y refleja las enmiendas que se sugirió introducir en ese texto²⁰. El texto recoge las referencias cruzadas a las disposiciones aplicables del proyecto de artículo 51 bis que contienen salvaguardias esenciales relativas específicamente a la subasta electrónica inversa. También se consideró importante mencionar explícitamente en el artículo 51 ter el requisito de que la entidad adjudicadora debía enviar la invitación a participar en la subasta individual y simultáneamente a cada proveedor o contratista que hubiera sido admitido a tomar parte en la subasta. Este requisito figura en varias disposiciones del artículo 51 bis (apartados b) del párrafo 4), b) del párrafo 5) y d) del párrafo 6)).

²⁰ A/CN.9/623, párrs. 74 a 76.

b) Cuestiones para reflejar en un texto de la Guía complementario

16. El texto de la Guía que acompañará a las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo se presentará más adelante al Grupo de Trabajo. Como se sugirió en el 11º período de sesiones del Grupo²¹, en las directrices u orientación se reconocerán las dificultades que comporta la introducción y regulación de la subasta electrónica inversa como fase de algunos métodos de contratación y se pondrá sobre aviso a los Estados promulgantes acerca de la falta de experiencia práctica con los aspectos de la reglamentación y empleo de ese tipo de subasta en esa forma. También se explicará la cuestión de si la subasta electrónica inversa podría incorporarse a varios métodos de contratación previstos en la Ley Modelo, y, en caso afirmativo, la manera de hacerlo, y se aclarará qué modificaciones habrá que introducir en las características tradicionales de esos métodos de contratación cuando ese tipo de subasta podría incorporarse. En la Guía se indicará, con las referencias cruzadas pertinentes, que la subasta electrónica inversa podría emplearse adecuadamente, en particular al reabrir el concurso mediante el uso de acuerdos marco. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la cuestión de si las directrices deberían señalar que el empleo de la subasta electrónica inversa en un procedimiento de licitación no sería adecuado a causa de las características especiales de éste (como la prohibición de introducir cambios sustantivos en las ofertas después de su presentación) y si, en el contexto de otros métodos de contratación pública, habría que enmendar las disposiciones de la Ley Modelo actual para permitir la presentación repetitiva de ofertas o cotizaciones a fin de dar cabida en ellas al empleo de una subasta electrónica inversa.

17. En el texto de la Guía también se subrayará que las entidades adjudicadoras deben anunciar, cuando soliciten la participación de proveedores o contratistas en el proceso de contratación, su intención de hacer una subasta electrónica inversa y proporcionar, además de la información que habitualmente se exige en el contexto del método de contratación pertinente, toda la información esencial relativa específicamente a esa subasta. Una vez anunciada, es obligatorio realizar la subasta electrónica inversa a menos que el número de proveedores o contratistas que participen en el proceso de contratación sea insuficiente para garantizar una competencia efectiva. En tal caso, y de conformidad con el artículo 51 quater, la entidad adjudicadora tendrá el derecho a cancelar esa subasta. En la Guía se explicará también la importancia de cumplir los requisitos procesales enunciados en el párrafo 3) del artículo. Tal vez el Grupo de Trabajo desee formular cuestiones adicionales para reflejarlas en la Guía con respecto a las disposiciones del artículo 51 ter, en particular en lo concerniente al anonimato de los concursantes en una subasta electrónica inversa que se utilice como fase de algunos métodos de contratación y acuerdos marco (véase el artículo 51 quinquies y el párrafo 24 *supra*).

3. Proyecto de artículo 51 quater**a) Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada**

18. Se propone el texto siguiente para que lo examine el Grupo de Trabajo:

²¹ *Ibid.*, párrs. 57 y 76.

“Artículo 51 quater. Requisito de un número suficiente de concursantes para asegurar una competencia efectiva

1) La entidad adjudicadora se asegurará de que el número de proveedores o contratistas invitados a participar en la subasta de conformidad con los párrafos 4) a 6) del artículo 51 bis, y del párrafo 3 del artículo 51 ter, es suficiente para garantizar una competencia efectiva.

2) Si el número de proveedores o contratistas inscritos para participar en la subasta es, a juicio de la entidad adjudicadora, insuficiente para garantizar una competencia efectiva, esta entidad podrá cancelar la subasta electrónica inversa.”

Comentario

19. El proyecto de artículo 51 quater enunciado más arriba se inspira en el texto de un proyecto de artículo 51 quinquies sobre el requisito de una competencia efectiva, que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su 11º período de sesiones, y refleja las enmiendas que se sugirió introducir en ese texto²².

b) Cuestiones para reflejar en un texto de la Guía complementario

20. El texto de la Guía que complementará las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo se presentará más adelante al Grupo de Trabajo. Como se acordó en el noveno período de sesiones del Grupo de Trabajo²³ en el texto de la Guía se explicará en detalle la importancia de que haya un número suficiente de concursantes a fin de garantizar la competencia. Como se sugirió en el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo²⁴, la Guía ilustrará asimismo algunas opciones en cuanto a la forma en que debe actuar una entidad adjudicadora si se cancela la subasta electrónica inversa como consecuencia de un número de concursantes inscritos insuficiente para poder garantizar una competencia efectiva. También debería mencionar el hecho de que el pliego de condiciones o los documentos equivalente podrían referirse a cualesquiera medidas que la entidad adjudicadora proyectara adoptar en caso de que se planteara tal situación.

4. Proyecto de artículo 51 quinquies

a) Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

21. Se propone el texto siguiente para su examen por el Grupo de Trabajo:

“Artículo 51 quinquies. Requisitos durante la subasta

- 1) Durante una subasta electrónica inversa:
 - a) Todos los concursantes deberán tener la misma y continua oportunidad de presentar sus ofertas;
 - b) Habrá una evaluación automática de todas las ofertas;

²² Ibid., párrs. 78, 81 y 82.

²³ A/CN.9/595, párr. 101.

²⁴ A/CN.9/623, párr. 83.

c) Los resultados sucesivos de la subasta, determinados de conformidad con los criterios de evaluación especificados en el anuncio de la subasta electrónica inversa, deberán comunicarse de inmediato y de forma continua a todos los concursantes;

d) No habrá otra comunicación entre la entidad adjudicadora y los licitadores que la prevista en los apartados a) y c) del párrafo 1 *supra*.

2) La entidad adjudicadora no revelará durante la subasta la identidad de ningún concursante.

3) La subasta electrónica inversa se clausurará de conformidad con los criterios especificados en el anuncio de ella.

4) La entidad adjudicadora podrá suspender o dar por terminada la subasta electrónica inversa si dejan de funcionar el sistema o las comunicaciones [lo cual impida la realización de la subasta] [o por los demás motivos previstos en las reglas para el desarrollo de la subasta]. En el caso de suspensión o terminación de la subasta serán aplicables las disposiciones del párrafo 2) del presente artículo.”

Comentario

22. El proyecto de artículo 51 quinquies que figura más arriba se inspira en el texto de un proyecto de artículo 51 sexies, relativo a los requisitos durante la subasta, que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su 11º período de sesiones, y refleja las enmiendas que se sugirió introducir en él²⁵.

23. En su 11º período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que reformulara el texto del párrafo 4) teniendo en cuenta las observaciones prácticas en el sentido de que la suspensión podría ser conveniente si se sospechara que algunas ofertas eran anormalmente bajas. Se señaló que esa suspensión permitiría a la entidad adjudicadora intervenir inmediatamente en el proceso a fin de prevenir todo efecto perturbador que la oferta anormalmente baja pudiera producir sobre la subasta (tal oferta podría tener como consecuencia que otros concursantes no pudieran seguir participando en la subasta). El Grupo de Trabajo también tomó nota de que los concursantes podrían presentar quejas sobre cualquier irregularidad en el proceso, lo cual podría justificar también que se suspendiera la subasta. Se sugirió asimismo que en las disposiciones se dejara claramente sentado que la suspensión de la subasta electrónica inversa no estaría justificada en el caso de que hubiera fallos en las comunicaciones o los sistemas de cualquier concursante individual²⁶. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la cuestión de si los textos entre corchetes contenidos en el párrafo 4) reflejan suficientemente esas sugerencias.

24. La última oración del párrafo 4) se agregó para reflejar el entendimiento a que había llegado el Grupo de Trabajo de que había que preservar el anonimato de los concursantes durante la subasta y en el caso de que se suspendiera o cancelara ésta²⁷. Sin embargo, el anonimato de los concursantes ya puede verse comprometido en una fase previa de la subasta, especialmente en la subasta electrónica inversa

²⁵ *Ibid.*, párrs. 84, 85 y 89.

²⁶ *Ibid.*, párr. 89.

²⁷ *Ibid.*, párr. 85.

utilizada como etapa de algunos métodos de contratación o acuerdos marco. Por consiguiente, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la cuestión de qué salvaguardias deberían incorporarse al texto a fin de mitigar esos riesgos.

b) Cuestiones para reflejar en un texto de la Guía complementario

25. El texto de la Guía que complementará las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo se presentará más adelante al Grupo de Trabajo. Con referencia al apartado b) del párrafo 1 del artículo, en el texto se explicará en detalle que la subasta debe basarse en los criterios de adjudicación previamente revelados (así como su peso relativo cuando proceda), los cuales no pueden modificarse durante la subasta. Lo que sí puede variarse durante el desarrollo de ésta son los precios y los elementos modificables. A cada elemento modificable de esa índole se le asigna un valor, expresado en cifras o porcentajes, en una fórmula matemática previamente revelada. Con referencia al apartado c) del párrafo 1), en la Guía se pondrá de relieve que la finalidad de las disposiciones es garantizar que todos los concursantes puedan determinar su situación frente a otros concursantes en cualquier momento de la subasta. En lo tocante al apartado d) del párrafo 1), en la Guía debería subrayarse la importancia de evitar toda intervención humana durante el desarrollo de la subasta. El mecanismo de ésta reunirá, por medios electrónicos, las ofertas anónimas, las cuales serán evaluadas automáticamente de conformidad con los criterios y los procesos indicados en el anuncio de la subasta electrónica inversa. Deberá también contarse con una capacidad en línea para proceder al rechazo automático de toda oferta que no sea válida, con una notificación inmediata del rechazo y una explicación de los motivos que lo justifican. Se puede brindar a los concursantes un punto de contacto para las comunicaciones de carácter urgente sobre posibles problemas técnicos. Ese punto de contacto tiene que ser ajeno, a la vez, al mecanismo de la subasta y al proceso de contratación de que se trate.

26. En cuanto a los párrafos 2) y 4), en la Guía se subrayará que bajo ninguna circunstancia podrá revelarse la identidad de los concursantes, ni podrán ser éstos identificados por otros concursantes durante la subasta, incluso en el supuesto de que ésta se suspenda o dé por terminada (véase, sin embargo, la preocupación mencionada en el párrafo 24 *supra*). Por lo que respecta al párrafo 3), en la Guía se hará una referencia cruzada al apartado h) del párrafo 2) del artículo 51 bis y al examen conexo en la Guía. También se hará hincapié en que bajo ninguna circunstancia podrá clausurarse la subasta antes del plazo fijado. Como se convino en el noveno período de sesiones del Grupo de Trabajo²⁸, en la Guía se analizará en detalle la forma en que los proveedores podrán retirarse del proceso de la subasta electrónica inversa antes de su clausura, así como los efectos de esa retirada.

27. En cuanto al párrafo 4), y con sujeción a la posición final del Grupo de Trabajo acerca de las cuestiones relevantes (véase el párrafo 23 *supra*), en la Guía se abordarán en detalle todos los casos en que esté justificado que se suspenda o ponga término a la subasta electrónica inversa, así como las salvaguardias procesales que deberían establecerse para proteger los intereses de los concursantes (como, por ejemplo, la notificación inmediata y simultánea a todos ellos de la suspensión, la nueva fecha para la reapertura de la subasta y los nuevos plazos límite). En la Guía también se subrayará la importancia de vigilar estrechamente el

²⁸ A/CN.9/595, párr. 111.

proceso de subasta para determinar si existe alguna manipulación del mercado y, a este respecto, la necesidad de que la entidad adjudicadora posea información adecuada sobre las operaciones análogas anteriores, sobre el mercado de que se trate y sobre su estructura²⁹. En la Guía también se pondrá sobre aviso a los Estados promulgantes de que, aunque se establezcan mecanismos para interferir en el posible comportamiento colusorio y tratar de prevenirlo, pueden surgir dificultades prácticas para distinguir entre el comportamiento justificable y el de carácter colusorio y, por lo tanto, debería regularse debidamente toda facultad discrecional que se otorgue a la entidad adjudicadora a este respecto a fin de evitar los abusos y las perturbaciones injustificadas.

28. Tal vez el Grupo de Trabajo desee señalar otras cuestiones adicionales para reflejarlas en la Guía en relación con las disposiciones del artículo 51 quinquies, en particular durante la subasta si sería posible i) ampliar los plazos para la presentación de ofertas, salvo en las situaciones mencionadas en el párrafo 4) del artículo, e ii) modificar las reglas de la subasta³⁰.

5. Proyecto de artículo 51 sexies

a) Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

29. Se propone el texto siguiente para su examen por el Grupo de Trabajo:

“Adjudicación del contrato sobre la base de los resultados de la subasta electrónica inversa

1) El contrato público se adjudicará al concursante que, al clausurarse la subasta, haya presentado la oferta que comporte el precio más bajo o la oferta evaluada más baja, según proceda, a menos que esa oferta sea rechazada de conformidad con los artículos 12, 12 bis, 15 y [36 (...)]. En tal caso, la entidad adjudicadora podrá:

a) Adjudicar el contrato al concursante que, al clausurarse la subasta, haya presentado la oferta con el siguiente precio más bajo o la siguiente oferta evaluada más baja, según proceda; o

b) Rechazar las demás ofertas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Ley, y realizar otra subasta con arreglo al mismo proceso de contratación, o anunciar un nuevo proceso.

²⁹ Se prevé que estas cuestiones se examinarán en forma más detallada en una parte introductoria revisada de la Guía. Por consiguiente, tal vez se haga una referencia cruzada a las disposiciones pertinentes.

³⁰ Ambas posibilidades, es decir, en lo que concierne a la modificación de los plazos y a las reglas de la subasta durante el desarrollo de ésta, se contemplan en el documento de trabajo del personal de la Comisión Europea (SEC(2005) 959, sección 5.4, que puede consultarse en la fecha de la presente nota en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/sec2005-959_en.pdf. La posibilidad de modificar un plazo límite durante la subasta también se prevé en las directrices para las subastas electrónicas inversas de la contratación pública financiada por los Bancos Multilaterales de Desarrollo, párr. 4.5 (diciembre de 2005), que puede consultarse en la fecha de la presente nota en <http://www.mdb-egp.org/>.

2) Se notificará sin demora la aceptación de la oferta al concursante que hubiera presentado la oferta que la entidad adjudicadora esté dispuesta a aceptar.

3) Se comunicarán con prontitud a los demás concursantes el nombre y la dirección del concursante con el cual se concierte el contrato, así como el precio que éste implique.”

Comentario

30. El proyecto de artículo 51 sexies enunciado más arriba se inspira en el texto del proyecto de artículo 51 septies, que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su 11º período de sesiones, y refleja las enmiendas que se sugirió introducir en él³¹.

31. Los párrafos 1) y 2) se han fundido en uno solo y ambos se han simplificado mediante el uso de referencias cruzadas, como se sugirió en el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo. Las referencias cruzadas se finalizarán cuando el Grupo haya aprobado el contenido y el lugar en que habrá de colocarse el actual artículo 36 de la Ley Modelo³². Lo que era el párrafo 3) se ha dividido en dos párrafos: el primero, es decir, el 2), se refiere a la notificación del concursante con el cual se concierte el contrato, y el segundo, o sea, el párrafo 3); versa sobre la notificación a los demás concursantes del concursante ganador y del precio que figure en el contrato. El texto de este último párrafo se ha armonizado con el apartado b) del párrafo 1 del artículo 11 de la Ley Modelo.

b) Cuestiones para reflejar en un texto de la Guía complementario

32. El texto de la Guía que acompañará a las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo se presentará más adelante al Grupo de Trabajo. Como se sugirió en el noveno período de sesiones del Grupo³³, la Guía señalará que los resultados de la subasta se considerarán como resultados finales del proceso de contratación y que el precio ganador figurará en el contrato, incluso en el caso de acuerdos marco. Se explicarán las excepciones a esta regla (es decir, cada una de las referencias cruzadas del párrafo 1)). No se permitirá ninguna evaluación adicional después de realizada la subasta a fin de evitar irregularidades tales como la corrupción y el favoritismo.

33. Tal como se convino en el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo³⁴, en la Guía se pondrá de relieve la necesidad de actuar con prontitud después de la subasta, tanto respecto de toda verificación de la idoneidad o aptitudes del concursante ganador como del examen de toda oferta sospechosa de ser anormalmente baja, a fin de asegurar que el resultado final se determine en el plazo más breve posible. También se acordó que en la Guía se abordaran en detalle las consecuencias prácticas de cada una de las opciones descritas en los apartados a) y b) del párrafo 1).

³¹ A/CN.9/623, párrs. 91 a 93 y 95.

³² Ibid., párr. 102.

³³ A/CN.9/595, párr. 101.

³⁴ A/CN.9/623, párr. 94.

C. Cambios consiguientes en las disposiciones de la Ley Modelo: expediente del proceso de contratación (artículo 11 de la Ley Modelo)

34. La adición propuesta al párrafo 1 del artículo 11 de la Ley Modelo que se enuncia más adelante reemplaza al texto que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en sus anteriores periodos de sesiones³⁵. Esa adición refleja el acuerdo a que se llegó en el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo en el sentido de que se expandiera el texto para hacer referencia a toda la información que habría que incluir en el expediente del proceso de contratación, en el contexto de una subasta electrónica inversa, lo cual no se mencionaba expresamente en el párrafo 1) del artículo 11 de la Ley Modelo³⁶. Se sugirió en particular que el expediente contuviera información acerca de los motivos y las circunstancias en que se basaba la entidad adjudicadora para justificar el empleo de la subasta electrónica inversa, así como la fecha y la hora de ésta.

“Artículo 11. Expediente del proceso de contratación

1) La entidad adjudicadora llevará un expediente del proceso de contratación en el que conste, como mínimo, la siguiente información:

...

i bis) En todo proceso de contratación que comporte el empleo de una subasta electrónica inversa, información sobre los motivos y circunstancias en que se basó la entidad adjudicadora para justificar el recurso a la subasta, y sobre la fecha y la hora de ésta, y [cualquier otra información que el Grupo de Trabajo decida agregar].”

35. Por otra parte, en el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo se consideró conveniente prever excepciones a la revelación de algún tipo de información en virtud del artículo 11, a la luz de las características específicas de la subasta electrónica inversa³⁷. Se estimó en particular que sólo podrían revelarse los nombres de todos los concursantes, siempre y cuando con tal revelación no se divulgara información comercial delicada relativa al precio ofrecido por un determinado concursante³⁸.

36. En virtud del párrafo 2) del artículo 11 de la Ley Modelo, las partes del expediente que contengan los nombres y direcciones de todos los concursantes se pondrán a disposición de cualquier persona que lo solicite después de la aceptación de una oferta, o después de finalizado el proceso de contratación sin haberse adjudicado el contrato. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la cuestión de si debería enmendarse el párrafo 2) del artículo 11 de forma que se excluyera explícitamente la posibilidad de revelar al público la identidad de los concursantes si el proceso de contratación se finalizase sin haberse adjudicado el contrato. En la Guía cabría explicar que la revelación de la identidad de los concursantes, sobre todo cuando participaran en la subasta un número reducido de ellos, podría dar lugar

³⁵ A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 3, A/CN.9/WG.I/43, párr. 59, y A/CN.9/WG.I/51, párr. 68.

³⁶ A/CN.9/623, párr. 100.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, párrs. 85 y 87.

a la colusión de los concursantes en subastas sucesivas sobre el mismo tipo o un tipo similar de productos y poner en peligro con ello el mantenimiento de la competitividad en el mercado y el éxito de futuras subastas.

37. En virtud del párrafo 3) del artículo 11 de la Ley Modelo, el precio, o la base para determinar éste y un resumen de las demás condiciones principales de cada oferta, así como de la evaluación y comparación de ofertas, se pondrán a disposición de los concursantes que lo soliciten. Con arreglo a los apartados a) y b) del párrafo 3) del artículo 11 se prohíbe en general a la entidad adjudicadora revelar información detallada sobre el examen, la evaluación y la comparación de las ofertas propuestas, así como los datos cuya revelación pueda, entre otras cosas, ir en menoscabo de los intereses comerciales legítimos de las partes o sea contraria a una competencia leal. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la cuestión de si sería necesario revisar las disposiciones relativas a la revelación enunciadas en el artículo 11, a la luz de las características concretas de la subasta electrónica inversa o si serían suficientes las disposiciones de los apartados a) y b) del párrafo 3) del artículo 11, reforzadas por un comentario adecuado en la Guía, como se sugirió en el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo³⁹.

³⁹ *Ibid.*, párrs. 87 y 88.