



Asamblea General

Distr. general
13 de mayo de 2011
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

44º período de sesiones

Viena, 27 de junio a 8 de julio de 2011

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

En la presente adición se enuncia una propuesta de texto para la Guía que acompañará a los artículos 23 a 25 del capítulo I (Disposiciones generales) y los artículos 26 y 27 del capítulo II (Métodos de contratación y sus condiciones de empleo. Convocatoria y anuncios de la contratación) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.



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 23. Confidencialidad

1. El propósito del artículo 23 es proteger la información confidencial perteneciente a las partes que intervienen en los procesos de contratación. El artículo impone diferentes tipos de requisitos de confidencialidad para diferentes grupos de personas, de acuerdo con el tipo de información de que se trate. Este artículo está complementado por el artículo 68 de la Ley Modelo, que trata sobre la protección de la información confidencial de las actuaciones abiertas en la sustanciación de un recurso administrativo.

2. En el párrafo 1) se señala la información que la entidad adjudicadora no deberá proporcionar a los proveedores o contratistas ni al público en general. Este tipo de información incluye, en primer lugar, aquella cuya divulgación debe prohibirse para proteger intereses de seguridad esenciales del Estado. Estos intereses esenciales de seguridad pueden referirse a compras indispensables para la seguridad nacional o para objetivos de defensa nacional, o a la adquisición de armas, municiones o material de guerra, pero también a las contrataciones para experimentos de investigación médica o la adquisición de vacunas durante pandemias¹. Este tipo de información probablemente se consideraría reservada en el derecho del Estado promulgante. Por consiguiente, en este contexto resulta pertinente el comentario sobre la definición que figura en el artículo 2 de “la adjudicación de contratos con información reservada” (véase ... *supra*).

3. El párrafo 1) también se refiere a la información cuya divulgación sea contraria a derecho, pueda obstaculizar la acción de la justicia, menoscabe la libre competencia comercial o pueda perjudicar intereses comerciales legítimos de los proveedores o contratistas. La expresión “menoscabe la libre competencia comercial” debe interpretarse en un sentido amplio, relacionada no solo con el proceso de contratación de que se trate sino además con las contrataciones subsiguientes. Debido al amplio alcance de la disposición y a la posibilidad de que se aplique indebidamente si se da demasiada discreción a la entidad adjudicadora en ese sentido, es esencial que el Estado promulgante incorpore en sus normas sobre contratación, si no una lista exhaustiva de la información de esa índole, por lo menos las fuentes jurídicas de las que proviene. En el párrafo 1) también se dispone que esa información solo podrá ser divulgada por orden de un tribunal o del órgano competente designado por el Estado promulgante (que podrá ser, por ejemplo, el órgano independiente a que se hace referencia en el artículo 66 de la Ley Modelo). Se deberá especificar en la ley la identidad de todo órgano investido de esa facultad;

¹ Algunos expertos dudan de que, en este contexto, sea apropiada la referencia a la “contratación de vacunas durante pandemias”. Se solicita dar orientación pertinente a la Secretaría.

la orden dictada por el tribunal u otro órgano designado reglamentará el alcance permitido de la divulgación de este tipo de información y los procedimientos que se seguirán al efecto.

4. En el párrafo 2) se aborda la información sobre los proveedores o contratistas que figura en las solicitudes de precalificación o de preselección o en las ofertas recibidas. Por su naturaleza, estos documentos contienen una información delicada desde el punto de vista comercial; su divulgación a otros proveedores o contratistas concurrentes o a alguna otra persona a la que no se le haya dado acceso a ella podría menoscabar la libre competencia comercial y perjudicaría los intereses comerciales legítimos de los proveedores o contratistas. Por tanto, en términos generales esa divulgación queda prohibida. En este contexto, la expresión “persona a la que no se le haya dado acceso a este tipo de información” se refiere a todo tercero ajeno a la entidad adjudicadora (incluidos los miembros de un comité de subastas) que no sea un órgano supervisor o que entienda de un recurso de reconsideración, o algún otro órgano competente autorizado para tener acceso a la información reservada con arreglo al derecho interno aplicable del Estado adjudicador. No obstante, en la Ley Modelo se reconoce que es importante dar a conocer parte de la información contenida en las solicitudes de precalificación o de preselección y en las ofertas recibidas, 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, la posibilidad de que los proveedores o contratistas que se sientan perjudicados entablen un recurso fundamentado, y una supervisión pública eficaz. Con el propósito de asegurar la coherencia con las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo que tratan sobre la divulgación permisible, en el párrafo 2) del artículo se establecen excepciones de la prohibición general. Se hacen referencias cruzadas a los siguientes requisitos de la misma Ley: en relación con los párrafos 2) y 10) del artículo 21, dar aviso a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas de los resultados de la evaluación y del contrato adjudicado; en relación con el artículo 22, dar a conocer el nombre del adjudicatario así como el precio del contrato en el anuncio público de los contratos adjudicados; en relación con el artículo 24, dar a conocer determinada información de las solicitudes y las ofertas presentadas facilitando el acceso del público y de los proveedores y contratistas pertinentes a determinadas partes del expediente del procedimiento de adjudicación; y en relación con el artículo 41 3) de la Ley Modelo, dar a conocer en el acto de apertura de las ofertas determinada información contenida en las ofertas que se hayan presentado.

5. Si bien los párrafos 1) y 2) son de aplicación general con independencia del método de contratación que se emplee, el párrafo 3) se limita a los procesos de contratación a que se refieren los artículos 47 3) y 48 a 50. En estos procesos de contratación se prevén las conversaciones, el diálogo o la negociación entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas. A diferencia de los párrafos 1) y 2), en los que se imponen obligaciones de confidencialidad a la entidad adjudicadora, en el párrafo 3) se amplían esas obligaciones para abarcar a toda otra persona, y se incluye la información relacionada con conversaciones, comunicaciones, negociaciones o diálogos, que tengan lugar en el contexto de estos procesos de contratación. Solo se podrá revelar información de este género con el consentimiento de la otra parte, si lo requiere la ley, por orden del tribunal o del órgano competente designado por el Estado promulgante o si lo permite el pliego de condiciones. 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. La referencia a la autorización para dar a conocer información en el pliego de condiciones debe interpretarse de manera limitada. Prever que en el pliego de condiciones figure una autorización general para dar a conocer información de todo tipo constituiría una violación de las disposiciones de la Ley Modelo, por ejemplo, de los párrafos 1) y 2) del artículo. En el pliego de condiciones se debe pedir a los proveedores o contratistas que indiquen en sus ofertas la información que consideran reservada.

6. El párrafo 4) es también de aplicación restringida y se refiere solamente a las contrataciones en que se disponga de información reservada (para la definición de “adjudicación de contratos con información reservada”, véase el artículo 2 j) y el comentario pertinente en ... *supra*). En dicho párrafo se prevé que la entidad adjudicadora, además de las medidas que pueda ser necesario que tome de conformidad con la ley del Estado promulgante para proteger la información reservada (medidas que incluyen una prohibición general de su divulgación pública, prevista en el párrafo 1) del artículo), podrá tomar medidas adicionales para proteger la información reservada en el contexto de una contratación determinada. Esas medidas adicionales pueden estar relacionadas solamente con los proveedores o los contratistas, o, por intermedio de ellos, pueden abarcar a sus subcontratistas. Tales 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, los casos en que se hace necesario garantizar la confidencialidad de la información sobre un programa de entregas o sobre el lugar donde se han de efectuar estas), o ambas cosas.

Artículo 24. Expediente del procedimiento de adjudicación

1. 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 el acceso de las personas interesadas y las personas autorizadas a ese expediente. En él se recogen en forma resumida los datos principales del proceso de contratación; es indispensable garantizar el acceso oportuno a dicho expediente de las personas interesadas y autorizadas para que los proveedores o contratistas agraviados puedan interponer recursos coherentes y eficaces. Esta medida de apoyo 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 del régimen de contratación pública, la observancia de obligaciones severas 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 ante el público por el desembolso de fondos públicos.

2. 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, que reglamenta las formas y medios de comunicación durante la contratación, y especialmente en las normas enunciadas en los párrafos 1) y 4)

de ese artículo (véase el comentario sobre las disposiciones pertinentes de ese artículo en ... *supra*).

3. No se pretende que la lista de la información que ha de incluirse en el expediente de conformidad con el párrafo 1) del artículo sea exhaustiva, de acuerdo con lo que se indica al inicio del párrafo (las palabras “en el que conste la siguiente información”) y en el párrafo 1) w). El propósito de esta última disposición, incluida al final de la lista, es constituir una disposición 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 de estas decisiones, aunque no figuren en la lista del párrafo 1) del artículo, se deberán incluir en el expediente en virtud de otras disposiciones de la Ley Modelo. Por ejemplo, en el artículo 34 3) se estipula consignar en el expediente una declaración de los motivos y circunstancias que sirvieron de base para seleccionar la convocatoria directa en un procedimiento de solicitud de propuestas en lugar de una convocatoria abierta. En los artículos 52 2) y 59 7) se requiere estipular 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 párrafo 1) w) se hace referencia también a otros datos que deban consignarse en el expediente conforme a lo previsto en la reglamentación de la contratación pública.

4. Lo señalado al comienzo del párrafo 1) con respecto a llevar un expediente debe interpretarse en el sentido de que es preciso actualizar ese expediente en cuanto se proporciona la información. Por consiguiente, se incluye información en la medida en que ésta es conocida por la entidad adjudicadora. Por ejemplo, en procesos de contratación en los que no todas las propuestas estén plenamente elaboradas o perfiladas por sus autores, en particular de no haber alcanzado alguna de ellas la etapa final del proceso de contratación, la entidad adjudicadora podrá, en virtud del párrafo 1) s), incluir una reseña de las restantes condiciones básicas de cada oferta que sean de su conocimiento, en el momento correspondiente del proceso de contratación. La referencia en el mismo párrafo a “la base para determinar el precio” se hace en previsión de que, en ocasiones, particularmente en la contratación de servicios, las ofertas contienen una fórmula para determinar el precio, pero no el precio propiamente dicho.

5. Complemento necesario de la obligación de llevar un expediente es la determinación de quiénes y en qué medida tendrán acceso a su contenido. Al definir los criterios aplicables en la materia se han de equilibrar factores como los siguientes: la conveniencia general, para un control más efectivo de la entidad adjudicadora, de que la divulgación sea amplia; el interés de los proveedores y contratistas por obtener datos que les permitan evaluar su propia intervención y averiguar si tienen motivo para recurrir; y la necesidad de proteger ciertos datos comerciales de los proveedores y contratistas que sean confidenciales. Por ello, en el artículo 24 se prescriben dos deberes distintos de divulgación. En el párrafo 2) se ordena dar a conocer a toda persona interesada los datos consignados a tenor de los párrafos 1) a) a k) del artículo, considerados como 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 será más detallada, según lo previsto en el párrafo 3), por serles necesaria para poder apreciar su propia intervención en ese proceso

y comprobar la observancia por la entidad adjudicadora del régimen de la Ley Modelo.

6. Los proveedores o contratistas a que se hace referencia en el párrafo 3) son únicamente aquellos que presentaron ofertas, puesto que los proveedores o contratistas que hayan sido descalificados a raíz de la precalificación o la preselección no deberán tener acceso a información referente al examen y la evaluación de las ofertas. Las razones por las que hayan sido descalificados les serán comunicadas conforme a los artículos 17 10) y 48 3) e), y ello deberá darles suficiente información para considerar la posibilidad de impugnar su exclusión en el marco del capítulo VIII de la Ley Modelo.

7. El propósito de lo dispuesto en el párrafo 3) respecto de poner a disposición de los proveedores o contratistas las partes pertinentes del expediente una vez que hayan tenido conocimiento de la decisión sobre la aceptación de determinada oferta (o sobre la cancelación de la contratación) es garantizar la eficacia del derecho a recurrir (previsto en el capítulo VIII de la Ley Modelo). Para que esa disposición resulte eficaz, la entidad adjudicadora debe permitir un rápido acceso de los proveedores o contratistas de que se trate a las partes pertinentes del expediente². Demorar esa divulgación hasta la entrada en vigor del contrato adjudicado privaría a los proveedores o contratistas agraviados de la eficacia eventual de su recurso. Esta disposición también tiene por objeto abarcar dos situaciones en las que la decisión de aceptar una propuesta determinada llega a conocimiento de los proveedores o contratistas correspondientes: una de ellas es cuando se da a conocer mediante una notificación de la moratoria prevista en el artículo 21 2), y la segunda, cuando puede darse a conocer en otras circunstancias³, incluso sin que se haya efectuado tal notificación.

8. 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 una información determinada, y de lo dispuesto en el párrafo 4) b) en el que se indican datos que no pueden divulgarse. (Véase el comentario sobre el artículo 22 en ... *supra*, que guarda relación con cuestiones pertinentes al párrafo 4) a).) En lo que respecta al párrafo 4) b), como se indicó en el comentario sobre el artículo 22, y anteriormente en el comentario sobre este artículo, entre los objetivos necesarios de estas disposiciones figura el de evitar la divulgación de información comercial confidencial a los proveedores y contratistas; esta necesidad es particularmente aguda con respecto a 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 cuya protección es un legítimo interés de los proveedores y contratistas. En consecuencia, la información a que se hace referencia en el párrafo 1) t) consiste únicamente en una reseña de la evaluación de

² Las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo no estipulan que deba facilitarse un rápido acceso a las partes pertinentes del expediente. Tal vez la Comisión desee considerar la necesidad de enmendar el párrafo 3) en este sentido.

³ Tal vez se requiera una explicación más detallada de estas posibles circunstancias, en particular si han de referirse solo a la notificación pública de la concesión del contrato o a una divulgación de mayor alcance (rumores, informes de los medios de comunicación, etc.). Se solicita orientación a la Secretaría.

las ofertas, en tanto que el párrafo 4) b) impone restricciones a la divulgación eventual de datos más detallados que no formen parte de la información reseñada.

9. 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 del público en general 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.

10. 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). En otras normas jurídicas del Estado promulgante se debería estipular 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, cabría mencionar este requisito en su reglamento de contratación pública.

Artículo 25. Código de conducta

1. El propósito de este artículo es subrayar la necesidad de que los Estados promulguen un código de conducta para funcionarios y empleados de las entidades adjudicadoras, que regulará la prevención de conflictos de interés reales o percibidos, así como el aumento de los riesgos de conducta impropia por parte de funcionarios y empleados de las entidades adjudicadoras en tales situaciones, y preverá medidas para mitigar esos riesgos, entre ellas la inclusión de declaraciones de interés en determinadas contrataciones. 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. Si bien, como se menciona en los párrafos ... de la parte I de la Guía, la aplicación de esta Convención es de carácter general y no va dirigida a determinados tipos de contratación, algunas de sus disposiciones, como las que figuran en los artículos 8 y 9, tienen una importancia directa para la contratación pública y para las medidas que se adopten a fin de regular los asuntos concernientes 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 eficazmente las disposiciones pertinentes de la Convención.

2. De acuerdo con el tipo de ordenamiento jurídico de los Estados promulgantes, se podría promulgar códigos de conducta como parte del marco de derecho administrativo del Estado, ya bien por la vía legislativa o en forma de reglamento,

por ejemplo, el reglamento sobre contrataciones. 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, se espera que, no obstante, algunas disposiciones contengan preceptos que aborden concretamente la conducta del personal encargado de las contrataciones. El Estado promulgante, al considerar la posibilidad de promulgar o 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.

3. Las disposiciones del artículo 25 se concentran 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 sean exhaustivas, se enumeran solo algunas medidas dirigidas a reglamentar la conducta del personal encargado de la contratación en situaciones de conflictos de interés, por ejemplo, la formulación de declaraciones de interés, la realización de los 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 de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el que se hace referencia a: “medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación con, entre otras cosas, 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 estipulan solo principios generales, con lo cual se reconoce que la inclusión en esa Ley de disposiciones exhaustivas sobre situaciones de conflictos de interés, incluidas medidas para mitigar los riesgos de conducta impropia en tales situaciones, sería imposible en vista de que los conflictos de interés se tratan de diversas maneras en las diferentes jurisdicciones.

4. 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 impropia en tales situaciones, otros asuntos tales como el problema planteado por el concepto de la “puerta giratoria” (es decir, la posibilidad de que entidades o personas del sector público ofrezcan empleo a funcionarios públicos, o que estos se lo soliciten, pudiendo ser participantes en procedimientos de contratación). Aunque en las disposiciones del artículo no se pretende estipular 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 en el modo en que las entidades privadas y los particulares se comportan con los funcionarios públicos.

5. 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, en el que figura una disposición similar relativa a los textos jurídicos de aplicación general.

Por consiguiente, el artículo 5 1) es pertinente en el contexto de las disposiciones pertinentes del artículo 25 (véase ... *supra*).

Artículo 26. Métodos de contratación

1. El propósito del artículo 26 es enumerar todos los métodos y técnicas disponibles para poner en práctica los procedimientos de contratación previstos en la Ley Modelo. Estos métodos y técnicas se incluyen a fin de tener en cuenta la diversidad de circunstancias que puedan surgir en la práctica. Su finalidad es permitir que la entidad adjudicadora, al considerar la manera en que ha de poner en práctica un procedimiento de contratación, tenga presente lo que se ha de contratar (el objeto), la situación del mercado (el número de posibles proveedores, el grado de concentración en el mercado, el grado de competitividad del mercado y todo tipo de urgencia) y el nivel apropiado de tecnología de contratación (por ejemplo, si ha de resultar apropiada la contratación por vía electrónica).

2. En el párrafo 1) se enumeran estos métodos de contratación disponibles. El primero de ellos es la licitación abierta, que, de acuerdo con la Ley Modelo, es el método al que ha de recurrirse en primera instancia (el método de contratación por defecto). Esto se debe a que sus procedimientos son los que apoyan en mayor medida el logro de las metas y los objetivos de la Ley Modelo mediante la aplicación de los principios de la competencia, la objetividad y la transparencia (como se examina también en ...). Por tanto, la entidad adjudicadora debe emplear este método a menos que se justifique la aplicación de otros métodos de contratación. Como se explica de manera más amplia en el comentario sobre el artículo 27, el mecanismo principal para justificar el empleo de otros métodos es la existencia de condiciones que lo justifiquen.

3. Los métodos de contratación alternativos abarcan todos los demás métodos enumerados en el párrafo 1). Tienen por objeto facilitar la contratación de objetos diversos, desde artículos de libre adquisición hasta productos de gran complejidad para los cuales no sería apropiado el empleo de la licitación abierta. Algunos son métodos basados en la licitación (la licitación restringida, la licitación en dos etapas [y los acuerdos marco abiertos]) que requieren que se ofrezca una descripción del objeto de la contratación a partir de especificaciones técnicas y en los cuales la entidad adjudicadora mantiene el control de la solución técnica y es responsable de ella. Algunos otros de estos métodos consisten en solicitudes de propuestas (solicitud de propuestas sin negociación, solicitud de propuestas con diálogo y solicitud de propuestas con negociación consecutiva), mediante las cuales la entidad adjudicadora trata de obtener de los proveedores o contratistas propuestas que satisfagan sus necesidades y estén formuladas con un mínimo de requisitos y normas de carácter técnico, y en las cuales los proveedores o contratistas son responsables de garantizar que las soluciones que proponen realmente satisfacen las necesidades de la entidad adjudicadora. Algunos métodos son menos estructurados o están menos reglamentados (la solicitud de cotizaciones, la negociación competitiva y la contratación con un solo proveedor), habida cuenta de las circunstancias particulares en las que pueden emplearse (contratación de objetos de poco valor, urgencias, emergencias, etc.), en virtud de las cuales el empleo de métodos más estructurados y reglamentados sería menos apropiado o inapropiado. Aunque la subasta electrónica inversa figura en la lista del párrafo 1) i) como método de

contratación autónomo, también puede utilizarse como técnica (al igual que los acuerdos marco [cerrados] a que se hace referencia en el párrafo 2)), como la fase final precedente a la adjudicación del contrato en cualquiera de los otros métodos de contratación enunciados en el párrafo 1), y en la adjudicación de los contratos en virtud de acuerdos marco⁴.

4. En el párrafo 2) se hace referencia al procedimiento del acuerdo marco [cerrado]. El acuerdo marco [cerrado] no es un método de contratación en sí, sino una técnica de contratación que consiste en la adjudicación de un acuerdo marco [cerrado] por conducto de alguno de los métodos de contratación que figuran en la lista del párrafo 1) y, posteriormente, la realización de los pedidos de compra en virtud del acuerdo adjudicado⁵.

5. Los métodos y las técnicas disponibles pueden considerarse, en su conjunto, como un juego de instrumentos del cual la entidad adjudicadora debe seleccionar el más apropiado para la contratación de que se trate. No obstante, se reconoce que las condiciones para el empleo y la funcionalidad de determinados métodos serán coincidentes, como se explica también en el comentario sobre el artículo 27. Por ejemplo, cabe considerar que las circunstancias previstas para el empleo de procesos de solicitud de propuestas pueden atenderse con el empleo de especificaciones basadas en el producto o en el rendimiento en los procedimientos de subasta⁶. Los procesos de licitación restringida previstos en el artículo 28 1) a) pueden realizarse eficazmente empleando la licitación abierta. (La licitación restringida entraña la publicación de un aviso al inicio del proceso y la invitación a participar debe hacerse llegar a todos aquellos que deseen hacerlo; podrán participar a menos que se determine que no reúnen las condiciones para ello. Desde esta perspectiva, tal vez no sean significativas las ventajas de procedimiento que ofrece la licitación restringida en comparación con la licitación abierta (y desde una perspectiva institucional, la necesidad de asegurar que las normas que rigen la convocatoria en los procesos de licitación restringida se comprendan y apliquen debidamente entrañará un gasto general adicional). También es posible que en los casos en que existan condiciones para el empleo de la licitación restringida conforme a lo previsto en el artículo 28 1) b), también estén disponibles y resulten apropiados otros métodos para contrataciones simples o de poco valor, como la solicitud de cotizaciones y la subasta electrónica inversa.)

6. En el comentario sobre el artículo 27 y en los comentarios sobre cada uno de los métodos de contratación puede hallarse orientación adicional sobre la selección entre los diferentes métodos. En esa orientación se presupone que las entidades adjudicadoras cuentan con un criterio profesional y experiencia adecuados para seleccionar el método de contratación idóneo y aplicarlo satisfactoriamente.

7. Como se hace constar en la nota correspondiente al artículo 26, los Estados promulgantes podrán optar por no incorporar todos los métodos de contratación previstos en la Ley Modelo a su legislación nacional. No obstante, como también se

⁴ Tal vez sea necesario enmendar el párrafo si se decide que los acuerdos marco abiertos deben figurar en el párrafo 1) del artículo como métodos de contratación.

⁵ *Ibid.*

⁶ Se solicita orientación para la Secretaría con respecto a la necesidad de una exposición más detallada sobre este aspecto y, en ese caso, sobre su contenido.

señala, los Estados promulgantes deben prever siempre la licitación abierta que, como se señaló anteriormente, es el método de contratación por defecto.

8. Al decidir cuáles de los otros métodos deben prever, los Estados contratantes deben asegurar que haya suficientes opciones para enfrentar las situaciones normales que suele encontrar en el ámbito de la contratación, sobre la base de las circunstancias descritas anteriormente y otras que puedan resultar pertinentes en su jurisdicción. Como mínimo, los Estados promulgantes deben prever (además de la licitación abierta) un método que pueda emplearse para contratos simples y de poco valor, un método que pueda utilizarse para contrataciones de emergencia y otras de carácter urgente, y un método que pueda utilizarse para contrataciones más especializadas o complejas. En los casos en que el Estado promulgante introduzca por primera vez una legislación relacionada con la contratación, puede que sea conveniente basar el sistema en un número de métodos más limitado que el conjunto total disponible con arreglo a la Ley Modelo, y cabría considerar que deben incluirse métodos de licitación para todas las contrataciones, además de las urgentes y las relacionadas con objetos de bajo valor (para las cuales la Ley Modelo presenta métodos menos estructurados o reglamentados); la capacidad adquirida en el funcionamiento de estos procesos permitirá introducir en una etapa ulterior métodos que incluyan procesos de solicitud de propuestas con negociación o con diálogo.

9. Si el Estado contratante considera que podría necesitar más opciones en cuanto a métodos de contratación, cabría establecer en el reglamento sobre contrataciones una jerarquía de métodos a ese efecto apoyados por una orientación detallada sobre la determinación del método más apropiado. Las normas y orientaciones deben centrarse, en particular, sobre la forma de seleccionar el método de contratación apropiado en aquellos casos en que existan condiciones para el empleo de varios métodos o técnicas.

10. Dado que cabe considerar que algunos métodos son más vulnerables que otros a la utilización indebida y la corrupción, y que algunos requieren mayores niveles de capacidad para funcionar satisfactoriamente, la orientación sobre cada método de contratación que figura en [...] tiene por objeto prestar asistencia a los Estados promulgantes en la consideración de cuáles métodos son apropiados para sus jurisdicciones, poner de relieve las cuestiones que pueden surgir en su empleo y los problemas de capacidad que podrían plantear, y servir de recurso para los encargados de redactar los reglamentos y las orientaciones. Por último, los Estados promulgantes desearán considerar si en virtud de los acuerdos internacionales en que sean parte, o de los requisitos de los donantes, deberán adaptar las condiciones para el empleo de los métodos de contratación previstos en la Ley Modelo, y su empleo propiamente dicho, según se examina, particularmente, en la orientación sobre los métodos de contratación basados en la solicitud de propuestas.

Artículo 27. Reglas generales aplicables a la selección de un método de contratación

1. El propósito del artículo 27 es orientar a la entidad adjudicadora en la selección del método apropiado para las circunstancias que se den en una determinada contratación.

2. En el párrafo 1) se enuncia la norma básica de que la licitación abierta es el método de contratación que ha de utilizarse en primera instancia. No se imponen condiciones para su empleo: siempre está disponible. El señalamiento de la licitación abierta como método de contratación aplicable en primera instancia significa que el empleo de cualquier otro método requiere justificación, mediante la consideración de si se cumplen las condiciones previstas para ello. Por tanto, en el párrafo 1) se enuncia el requisito general de que solo podrán emplearse estos otros métodos cuando se cumplan las condiciones establecidas a ese efecto en los artículos 28 a [31] de la Ley Modelo. Así pues, la entidad adjudicadora no tiene una discreción ilimitada para escoger el método que desee como sustituto de la licitación abierta, sino que se le exige, en primer lugar, comprobar si ese método está disponible de acuerdo con las circunstancias de la contratación del caso, es decir, si se satisfacen las condiciones para el empleo del instrumento sometido a consideración. Esas condiciones contienen salvaguardias, en particular contra el recurso indebido a métodos de contratación menos estructurados y reglamentados para evitar la licitación abierta u otros que, aunque entrañan procesos más prolongados, aseguran más transparencia, objetividad y competitividad.

3. Como se señaló anteriormente, las condiciones de empleo tienen por objeto reflejar las circunstancias definidas y habituales que puedan justificar el empleo de uno u otro de los diferentes métodos de contratación. Por ejemplo, una de las condiciones que justifican la utilización de la licitación restringida (artículo 28 1) a)) es la contratación de productos de gran complejidad cuyas fuentes de suministro son limitadas. En los casos en que no es posible ni apropiado formular una descripción completa del objeto del contrato (incluidas las especificaciones técnicas) al inicio del proceso de contratación, puede ser apropiada la licitación en dos etapas o bien la solicitud de propuestas con diálogo. Si los aspectos de calidad pueden revestir mucha importancia (como suele ocurrir en el caso de la contratación de tipos de servicios intelectuales no cuantificables), podría utilizarse la solicitud de propuestas sin negociación o la solicitud de propuestas con negociación consecutiva. La negociación competitiva está concebida para las contrataciones relacionadas con cuestiones de seguridad nacional y situaciones de urgencia, en tanto que el recurso a la contratación con un solo proveedor puede justificarse únicamente por las razones objetivas enumeradas (además de las situaciones de emergencia, esas razones incluyan que en el mercado de que se trate solo exista un proveedor capaz de satisfacer las necesidades de la entidad adjudicadora)⁷.

⁷ En el comentario sobre el empleo de estos métodos de contratación (la negociación competitiva y la contratación con un solo proveedor) se indicará que los Estados promulgantes pueden considerar improbable que determinadas circunstancias previstas para el empleo de la negociación competitiva y la contratación con un solo proveedor surjan en sus sistemas vigentes, y, por tanto, concluir que no es preciso que incluyan todas las condiciones.

4. La orientación sobre las condiciones de empleo de cada método de contratación alternativo previsto en la Ley Modelo figura en [...], incluida, en cada caso, una explicación de dichas condiciones. En la orientación se consideran también algunas de las circunstancias concretas en las que cada método resulta apropiado, así como los pormenores de los procedimientos correspondientes a cada uno (que, de por sí, pueden influir en la selección del método de contratación). En las condiciones de empleo se indica si un método o técnica en particular se encuentra disponible para determinado proceso de contratación, pero esas condiciones no bastan por sí solas para decidir si el método es apropiado para el proceso de contratación que se considera.

5. La razón principal por la que las condiciones de empleo no ofrecen una orientación completa sobre la selección del método es que determinadas circunstancias pueden coincidir con las condiciones de empleo de más de un método (además de la licitación abierta, que siempre está disponible). En el [Anexo [...] de esta Guía] figura un ejemplo de posible coincidencia de las condiciones de empleo. El método apropiado, o el más apropiado, solo puede determinarse considerando todas las circunstancias de la contratación. Este particular se refleja en el párrafo 2) del artículo, en que se estipula que la entidad adjudicadora deberá seleccionar el método de contratación distinto de la licitación abierta conforme resulte apropiado en las circunstancias del contrato adjudicable. Esas circunstancias variarán según el proceso, y, como se indicó en el comentario sobre el artículo 26, la entidad adjudicadora deberá contar con un nivel adecuado de conocimientos profesionales, experiencia y aptitudes para seleccionar, entre toda la gama de métodos de contratación disponibles en virtud de la Ley Modelo, el más apropiado para las circunstancias de la contratación de que se trate.

6. Por ejemplo, al decidir si ha de emplear la licitación abierta, la licitación en dos etapas o la solicitud de propuestas con diálogo, la entidad adjudicadora deberá evaluar si desea retener el control de la solución técnica en el caso de que el objeto del contrato sea relativamente complejo. Si desea retener ese control, pero también perfilar la descripción y las especificaciones técnicas emitidas al inicio del proceso mediante debates con los proveedores en el curso del proceso a fin de hallar la mejor solución, es posible que el enfoque más apropiado sea un proceso de licitación en dos etapas en lugar de la licitación abierta. (El proceso de licitación en dos etapas podría estar precedido de una consultoría para preparar el diseño de la descripción y las especificaciones técnicas iniciales.) Si la entidad adjudicadora no puede retener ese control o considera que no es conveniente hacerlo, la opción apropiada será la solicitud de propuestas con diálogo. Generalmente se considera que la capacidad necesaria para poner en práctica la solicitud de propuestas con diálogo, que entraña la capacidad para evaluar y supervisar diferentes soluciones y para entablar un diálogo en términos técnicos y comerciales, incluido el precio, es más de lo que se requiere para poner en práctica la licitación en dos etapas (especialmente si esta última ha estado precedida por una consultoría sobre el diseño).

7. En el párrafo 2) del artículo se estipula además procurar que “el proceso adjudicatorio resulte lo más competitivo posible” cuando se seleccione el método de contratación. En este contexto la competencia significa, en primer lugar, que es preferible la licitación abierta para elevar al máximo el posible conjunto de proveedores participantes y, en segundo lugar, que debe procurarse que el proceso

no limite los participantes a un número inferior al requerido para garantizar que realmente compitan (y no actúen en colusión).

8. El requisito de elevar al máximo la competencia determinará el método más apropiado entre los disponibles en determinadas situaciones. Por ejemplo, en casos de urgencia a raíz de un desastre natural o de una catástrofe similar, de conformidad con la Ley Modelo se podrá recurrir a dos métodos: la negociación competitiva y la contratación con un solo proveedor. Las condiciones de empleo de estos métodos son casi idénticas: se refieren a la necesidad “urgente” del objeto del contrato de resultas de la catástrofe, y se advierte en cada caso que, como resultado de la urgencia, no es viable entablar algún otro método de contratación pública por el tiempo necesario para el empleo de esos métodos. Si bien se considera que tanto la negociación competitiva como la contratación con un solo proveedor entrañan menos competencia (y también menos objetividad y transparencia) que otros métodos de contratación, es evidente que las negociaciones competitivas suponen algún grado de competencia y que esta prácticamente no existe en la contratación con un solo proveedor. Por esta razón, solo puede emplearse esta última cuando existe un grado extremo de urgencia: por ejemplo, para satisfacer las necesidades que surgen como secuela inmediata de una catástrofe (a saber, de agua potable, alimentos de emergencia y alojamiento o necesidades inmediatas de atención médica). Otras necesidades, que también son un resultado directo de la catástrofe, entre ellas las mencionadas anteriormente que persisten durante varias semanas o meses después de su ocurrencia, entrañan un marco de tiempo que permite el empleo de negociaciones competitivas en lugar de la contratación con un solo proveedor (y mientras más tiempo transcurra con posterioridad a la catástrofe, menos probable será que alguno de estos dos métodos permanezca disponible porque habrá tiempo para emplear otros). En las orientaciones sobre ambos métodos se examina esta cuestión, así como otras medidas que pueden adoptarse para mitigar los riesgos que plantean; en las orientaciones sobre los acuerdos marco también se pone de relieve el empleo de esa técnica como instrumento de planificación para las situaciones de emergencia.

9. En el párrafo 3) del artículo se reitera la necesidad de una justificación para recurrir al empleo de otros métodos de contratación, al estipularse que es preciso consignar en el expediente del proceso de contratación una relación de las razones y circunstancias que hayan justificado el recurso a dichos métodos. En el artículo 24 1) e) se repite el mismo requisito.

Anexo [...]**Adquisición de computadoras portátiles**

1. A continuación se repiten las condiciones para el empleo de la solicitud de cotizaciones, la subasta electrónica inversa, la licitación restringida, la contratación con un solo proveedor y los acuerdos marco que pueden aplicarse a este tipo de contratación, y se reflejan en el análisis subsiguiente sobre la manera en que los métodos y las técnicas pueden estar disponibles y resultar apropiados para la adquisición de computadoras portátiles; en el análisis también se tiene presente la orientación sobre cada uno de estos métodos y técnicas, que figura en [...].

| <i>Método</i> | <i>Condiciones de empleo</i> |
|--|---|
| Solicitud de cotizaciones para | La contratación de bienes y servicios que sean fáciles de obtener, es decir, sin que hayan de ser producidos o suministrados conforme a alguna descripción particular dada por la entidad adjudicadora y respecto de los cuales exista una oferta establecida en el mercado, siempre y cuando el valor previsto del contrato adjudicable sea inferior al umbral que se haya enunciado al respecto en el reglamento de la contratación pública |
| Subasta electrónica inversa (como método autónomo) | Que la entidad adjudicadora pueda formular una descripción detallada y precisa del objeto del contrato adjudicable; Y Que exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas previsiblemente cualificados para participar en la subasta electrónica inversa que garantice que esa subasta será competitiva; Y Que los criterios que vaya a utilizar la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora sean cuantificables y puedan expresarse en términos monetarios |
| Licitación restringida (artículo 28 1) a)) | Que el objeto de la contratación sea únicamente obtenible, por razón de su elevada complejidad o de su índole especializada, de un número limitado de proveedores o contratistas |
| Licitación restringida (artículo 28 1) b)) | Que el tiempo y los gastos que supondría el examen y la evaluación de un gran número de ofertas resulte desproporcionado con el valor del objeto del contrato adjudicable |
| Contratación con un solo proveedor | Si, habiendo adquirido ya bienes, equipo, tecnología o servicios de determinado proveedor o contratista, la entidad adjudicadora decide adquirir más productos del mismo proveedor o contratista por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los bienes, el equipo, la tecnología o los servicios que se estén utilizando, y teniendo además en cuenta la eficacia con la que el contrato original haya respondido a las necesidades de la entidad adjudicadora, el volumen relativamente bajo del contrato propuesto en comparación con el del contrato original, el carácter razonable del precio y la inexistencia de otra fuente de suministro que resulte adecuada; O Si el objeto del contrato adjudicable solo puede obtenerse de determinado proveedor o contratista, o si determinado proveedor o contratista goza de un derecho exclusivo respecto del objeto del contrato, por lo que, a falta de otras opciones razonables, no es posible valerse de ningún otro método de contratación |
| Subasta electrónica inversa (como fase en un método de contratación) | Que los criterios que vaya a utilizar la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora sean cuantificables y puedan expresarse en términos monetarios |
| Acuerdos marco (junto con métodos de contratación) | El contrato adjudicable resultará necesario con una frecuencia indeterminable durante cierto período de tiempo |

2. Si las computadoras portátiles que se necesitan están disponibles en el mercado en calidad de artículos estándar y la entidad adjudicadora no necesita un diseño en particular (por ejemplo, programas especializados), y si el valor estimado de la contratación es inferior al umbral establecido en el reglamento de contrataciones, podrá recurrirse a la solicitud de cotizaciones. En los casos en que el tiempo y los gastos que supondrían el examen y la evaluación del posible número de ofertas pueda resultar desproporcionado en relación con el valor, aun cuando no exceda el umbral de la solicitud de cotizaciones, también se podrá recurrir a la licitación restringida. Además, normalmente la entidad adjudicadora estará en condiciones de formular una descripción de la manera prescrita para las subastas electrónicas inversas, cabe presumir que el mercado será competitivo y los criterios de evaluación serán cuantificables, por tanto también se podrá recurrir a la subasta electrónica inversa como método autónomo. Asimismo, es posible que la subasta electrónica inversa pueda emplearse como fase en la solicitud de cotizaciones o en la licitación restringida debido a que los criterios de evaluación son cuantificables, tal como requieren sus condiciones de empleo. Tal vez las computadoras portátiles no constituyan una adquisición única, y en tal caso podrá recurrirse al acuerdo marco. Una circunstancia menos común es que quizás las computadoras portátiles necesiten programas muy especializados que utilice la entidad adjudicadora de que se trate, los cuales tal vez podrían obtenerse de un programador o de un número limitado de programadores bajo licencia; en tales casos podría estar indicada la licitación restringida e incluso la contratación con un solo proveedor.

3. En el supuesto de que no se necesitara una adaptación especializada, el requisito de lograr la mayor competitividad posible contenido en el artículo 27 2) indica que cabe considerar que la subasta electrónica inversa como método autónomo, que es un proceso abierto, aumenta la competitividad. No obstante, podría lograrse un nivel equivalente de competitividad si se invita a un número suficiente de licitadores a participar en la licitación restringida; el mercado podría ser de tal naturaleza que incluso el número de licitadores invitados a participar en un proceso de solicitud de cotizaciones también garantizará una competencia equivalente.

4. Además, la entidad adjudicadora deseará considerar la eficacia administrativa del proceso para determinar el método apropiado (lo cual está implícito en la condición de empleo de la licitación restringida que figura en el artículo 28 1) b)). Entre las cuestiones pertinentes puede figurar el hecho de que los gastos generales que supone la realización de una subasta electrónica inversa (incluso si los sistemas para este fin están bien establecidos) podrían exceder el costo de la aplicación de otros métodos, en particular la solicitud de cotizaciones, que es sencilla desde el punto de vista del procedimiento. Por otra parte, la subasta electrónica inversa permite evaluar la cualificación y la capacidad de respuesta del proveedor al que se haya adjudicado el contrato. La elección entre la licitación restringida y la solicitud de cotizaciones, por ejemplo, incluye considerar si los requisitos en materia de programas informáticos especializados u otros requisitos u ofertas que entrañen adaptación aumentarían en virtud de un “diseño particular” exigido por la entidad adjudicadora, y también tener en cuenta el valor estimado de la contratación. Por consiguiente, el método de contratación idóneo vendrá determinado por los hechos que concurren en el caso de que se trate.