



Asamblea General

Distr. limitada
24 de febrero de 2005
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
Séptimo período de sesiones
Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: cuestiones suscitadas por la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública

Estudio comparado de las ofertas anormalmente bajas

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción.....	1-3	3
II. El fenómeno de la oferta de precio irreal o anormalmente bajo	4-24	3
A. Definición de “oferta de precio irreal o anormalmente bajo”	4-5	3
B. Consecuencias previsibles de una OAB	6-10	4
C. Posibles razones para la presentación de una OAB	11-16	5
D. Disposiciones de la Ley Modelo concernientes a la OAB.....	17-24	7
III. Estudio comparado: las OAB en la normativa legal interna	25-73	8
A. Prohibición de presentar una OAB en la contratación pública	26	9
B. Medidas legales destinadas a identificar toda OAB eventual y medidas subsiguientes para responder a dichas ofertas	27-61	9
1. Identificación de una OAB	30-49	9
a) Análisis estadísticos.....	31-33	10



b)	Análisis de precios	34-39	10
c)	Análisis de riesgos y evaluación de ofertas	40-49	12
i)	Evaluación de las ofertas conforme a normas de rango legal y de ámbito plurinacional	41-44	12
ii)	Evaluación de las ofertas a tenor de lo dispuesto en el derecho interno	45-49	13
2.	Medidas que cabe adoptar frente a toda presunta OAB.	50-61	14
a)	Facultad u obligación de exigir una justificación de todo precio que se presuma ser constitutivo de una OAB.	50-56	14
i)	Justificación del precio en los regímenes legales de ámbito plurinacional.	51-52	14
ii)	Justificación del precio en el marco del derecho interno	53-56	15
b)	Evaluación de las explicaciones del precio presentadas en el marco de un procedimiento justificativo del mismo	57-58	16
c)	Posibilidad de rechazar una OAB	59-61	16
C.	Otras cuestiones concernientes a las OAB	62-73	17
1.	Eficacia de una garantía de oferta o de una garantía independiente	62-67	17
2.	La subasta electrónica inversa y las OAB	68-70	18
3.	Cuestiones concernientes al régimen legal de la competencia	71-73	19
IV.	Conclusiones	74-83	19

I. Introducción

1. Los antecedentes de la presente labor del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en orden a la revisión de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la “Ley Modelo sobre la Contratación Pública” o la “Ley Modelo”)¹ fueron enunciados en los párrafos 1 a 5 del documento A/CN.9/WG.I/WP.34, que fue sometido al examen del Grupo de Trabajo en su séptimo período de sesiones.

2. En su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004), el Grupo de Trabajo examinó (entre otras cosas) la cuestión de los precios irreales o anormalmente bajos en la contratación pública. Se informó al Grupo de Trabajo del riesgo que entraña todo contrato cuyo precio sea inferior a lo normal, ya que a resultas de la remuneración insuficiente del contrato el proveedor elegido pudiera encontrarse en la imposibilidad de cumplir con las obligaciones asumidas con arreglo al contrato. El Grupo de Trabajo tomó nota de que ese riesgo se había observado también en el contexto de la subasta electrónica inversa o de puja descendente (este método de contratación se examina en detalle en el documento A/CN.9/WG.I/WP.35).

3. El Grupo de Trabajo pidió por ello a la Secretaría que efectuara un estudio comparado de las prácticas seguidas por las entidades adjudicadoras frente al fenómeno de las ofertas irreales o de precio anormalmente bajo, tanto en el marco de la subasta electrónica inversa como en general, prestando además atención a la relación entre la oferta de precio anormalmente bajo y el régimen por el que se ampara la competencia comercial leal (A/CN.9/568, párr. 54). La presente nota presenta los resultados del estudio comparado que se solicitó.

II. El fenómeno de la oferta de precio irreal o anormalmente bajo

A. Definición de “oferta de precio irreal o anormalmente bajo”

4. El fenómeno del contrato ofrecido a un precio más bajo de lo normal se examina bajo diversos nombres, por lo que la Secretaría ha optado por designarlo por el nombre de “oferta anormalmente baja” (“OAB”). El término OAB será aplicable a toda oferta por la que se responda a una convocatoria para participar en cualquier tipo de procedimiento que se vaya a seguir para adjudicar un contrato (ya sea una convocatoria a licitación propiamente dicha o no). De modo similar, y para mayor coherencia, la Secretaría se valdrá de términos tomados de la Ley Modelo, aun cuando se esté examinando algún otro régimen o sistema de contratación pública².

5. La Secretaría utilizará para los fines del presente documento de trabajo la siguiente definición de OAB:

“Se entenderá que el precio de una oferta es anormalmente bajo si dicho precio parece irreal, por no dejar, al parecer, margen suficiente para un nivel de ingresos o de beneficio normal, o si parece no bastar para cubrir los gastos previsibles, de forma que no resultaría factible cumplir el contrato a dicho precio; así como cuando el proveedor no pueda justificar su precio en función

de la economía de la solución ofrecida, o en función de condiciones excepcionalmente favorables que tenga a su alcance, o de la originalidad de la solución ofrecida³.”

B. Consecuencias previsibles de una OAB

6. La presentación de una OAB entraña un cierto riesgo de incumplimiento. En 1989, el Grupo de Trabajo encargado de la contratación pública indicó que toda OAB entrañaba el riesgo de que “el ofertante no pudiera cumplir el contrato a dicho precio... o que al hacerlo se valiera de una fuerza laboral o de materiales de calidad inferior a lo requerido... pudiendo además ser indicio de connivencia o colusión entre los concursantes”⁴.

7. Para el proveedor, el tener que dar cumplimiento a un contrato con pérdidas puede obligarle a buscar demasiados ahorros, a trabajar sin suficiente margen de liquidez, y tal vez le lleve a la insolvencia. En cuanto a la entidad adjudicadora, ésta tal vez incurra en mayores gastos, al tener que buscar fuentes de suministro alternativas o esforzarse por obtener un cumplimiento adecuado del contrato, y tal vez haya de soportar que se reduzca la calidad de los bienes o servicios contratados. Tal vez se le exija también pagar sumas adicionales sin un justificante debido (lo que entraña un mayor riesgo de corrupción), y tal vez haya de destinar recursos internos adicionales para llevar a cabo funciones de supervisión más estrictas o minuciosas de lo normal. Si la calidad reducida de los bienes o servicios suministrados ocasiona gastos de mantenimiento o de repuesto que sean anteriores o superiores a lo que hubiera sido requerido en el supuesto de que la calidad fuera conforme a las especificaciones estipuladas, todo ello se reflejará en una elevación del costo global del contrato adjudicado. Cabe también que se presione a todo subcontratista a presentar ofertas a un precio anormalmente bajo, lo que puede dar lugar a que los suministros o los trabajos subcontratados sean a su vez de calidad inferior.

8. Desde una perspectiva macroeconómica, una OAB puede poner en peligro la normativa imperante en materia de protección del medio ambiente, la salud o la seguridad (dado que el cumplir con dichas normas ocasiona gastos, y todo proveedor con un presupuesto limitado se verá obligado a buscar ahorros donde pueda), además, ese tipo de ofertas pueden inducir a reducir las sumas destinadas a investigación y desarrollo y a inversión, suelen empeorar las condiciones de empleo ofrecidas y entrañan mayor riesgo de evasión de impuestos o del pago de las cuotas de la seguridad social. A más largo plazo cabe señalar su impacto anticompetitivo en la economía nacional, si se reduce, a resultas de la insolvencia, el número de competidores en el mercado, al tiempo que disminuye el capital de explotación y las sumas destinadas a capacitación y empeoran las prácticas laborales. Las OAB pueden elevar los gastos de las autoridades supervisoras y de las entidades públicas en áreas ajenas al contrato adjudicado.

9. Estos efectos nocivos pueden ser resultado de una consecuencia indirecta de la presentación, sin intención de hacerlo, de una OAB o una consecuencia directa de una OAB intencionalmente presentada para eliminar la competencia. La pequeña y mediana empresa tiende a disponer de menores recursos financieros, por lo que las dificultades de tesorería normalmente inherentes a todo contrato ofrecido por debajo

de su precio comercial (como se explicó en el párrafo 6, *supra*) serán proporcionalmente más graves para la pequeña empresa.

10. En resumidas cuentas, cabe decir que las OAB son contrarias a diversas de las metas de la Ley Modelo, y concretamente a la economía y eficiencia de la contratación pública, al fomento de la competencia entre los proveedores y contratistas, y al trato equitativo y justo que debe darse a todo proveedor o contratista concursante.

C. Posibles razones para la presentación de una OAB

11. Los datos empíricos indican que las OAB suelen proliferar en tiempos de demanda decreciente y en entornos en donde la competencia se hace feroz⁵.

12. El estudio de la Secretaría ha señalado diversas razones que pueden dar lugar a que se presente una OAB:

a) OAB no deliberada:

i) La formulación imprecisa o ambigua del proyecto o del pliego de condiciones y errores en la evaluación de las especificaciones y de la oferta presentada, lo que aumenta el riesgo de que el proveedor entienda mal los requisitos o las necesidades;

ii) Insuficiencia de tiempo para preparar las ofertas, que no den margen para que el proveedor pueda efectuar una evaluación adecuada del costo y un análisis adecuado de los riesgos;

iii) Errores en la estimación de los costos internos de la producción. Se acostumbra a utilizar datos históricos para las estimaciones, por lo que, conforme los estudios han demostrado, lo habitual es que se haga una subestimación⁶; y

iv) Fijación de un inferior al costo previsible a resultas del mecanismo inherente a todo proceso de subastas⁷.

b) OAB deliberada:

i) Ciertas prácticas inherentes a la competencia desleal en el mercado hacen que ciertos proveedores presenten ofertas contractuales a sabiendas de que un contrato les ocasionará pérdidas, con intención de ampliar su participación en el mercado, y tal vez fijen precios desleales⁸ para hundir a los demás proveedores con miras a poder obtener eventualmente beneficios abusivos. Todo comportamiento desleal en el mercado suele estar controlado y reprimido por los reglamentos favorables a la libre competencia, pero algunos regímenes de la contratación pública prohíben taxativamente toda práctica de fijar precios irreales⁹. Sucede también que algunas grandes empresas mantienen a sus sucursales en el negocio, aun cuando estén funcionando con pérdidas, por estimar que ese funcionamiento sirve a los intereses estratégicos de la empresa en su conjunto, en cuyo caso esas sucursales tal vez ofrezcan OAB, al no tener que cubrir la totalidad de sus propios costos¹⁰;

ii) Prácticas para prevenir un riesgo inminente de insolvencia. Un proveedor tal vez trate de conseguir un contrato a cualquier precio, aun cuando dicho

contrato le ocasione pérdidas, dado que su finalidad primaria en ese momento es la de mantenerse en el mercado, o la de obtener crédito que le permita evitar la insolvencia. Su motivación sería la de cubrir únicamente sus gastos fijos, tales como sus gastos salariales, y la OAB reflejará únicamente esos gastos. Algunos proveedores tal vez tampoco cumplen con sus obligaciones fiscales, sociales o medioambientales, lo que les permite no incorporar dichos gastos a su oferta¹¹.

13. Se ha observado además que existe un mayor riesgo de que se presente una OAB si se autoriza a la entidad adjudicadora a entablar negociaciones previas o posteriores a la presentación de la oferta¹². Esas negociaciones tal vez tengan por única finalidad la de mejorar el precio para la entidad adjudicadora o la de imponer condiciones contractuales más onerosas al proveedor. En dichos supuestos cabe que el proveedor ofrezca un precio inferior a sus costos ante el riesgo de perder el contrato.

14. Las razones más frecuentes por las que una entidad adjudicadora tal vez acepte una OAB son la de que no sea consciente de los riesgos que entraña aceptar una OAB o no sea consciente de que se trata efectivamente de una OAB, así como la insuficiencia de recursos para preparar un pliego de condiciones correcto y evaluar las calificaciones del proveedor y su oferta, o toda presión interna que pueda haber para que se adjudique el contrato al proveedor que ofrezca el precio más bajo, sin entrar en consideraciones de calidad. Además, en todo supuesto en el que la entidad adjudicadora está obligada a publicar la adjudicación de un contrato y a justificarla, el precio de oferta más bajo puede ser considerado como el criterio de adjudicación decisivo y que se presta a menos críticas.

15. Existe además el riesgo de que los criterios de evaluación fijados no resulten adecuados para identificar los riesgos que una OAB supone para el cumplimiento del contrato, por lo que la entidad adjudicadora tal vez no tome en consideración ciertos aspectos de una OAB que pueden elevar el precio global de un contrato, tales como:

- a) Variaciones excesivas de la ejecución estipulada a resultas de que los proveedores traten de compensar sus pérdidas, elevándose además el riesgo de que proliferen las controversias contractuales;
- b) Mala ejecución de la obra;
- c) Calidad insuficiente de los materiales y sistemas utilizados, lo que elevará el costo de explotación, mantenimiento y repuesto de piezas o de equipo;
- d) Gastos adicionales de supervisión y vigilancia; y
- e) Riesgos de insolvencia de los proveedores durante la ejecución del contrato.

16. Los modernos métodos de contratación pública priman de modo notable la importancia del precio, obligando en algunos casos a la entidad adjudicadora a aceptar la oferta cuyo precio sea más bajo o la oferta valorada más económica, sin prestar la debida atención a los aspectos cualitativos del contrato. Algunos comentaristas han observado esta tendencia en la denominada subasta electrónica inversa o de puja descendente¹³, que está centrada sobre el factor precio¹⁴, así como

en todo método de contratación pública que trata de sacar ventaja de las economías de escala¹⁵.

D. Disposiciones de la Ley Modelo concernientes a la OAB

17. La OAB fue objeto de un examen preliminar durante los preparativos de la Ley Modelo, abordándose el tema desde el ángulo de si la OAB pudiera constituir un indicio de colusión entre los proveedores. En aquel entonces, el Grupo de Trabajo deliberó también sobre si procedía permitir que la entidad adjudicadora fijara un precio máximo o un precio mínimo¹⁶, y pese a las ventajas que ello pudiera reportar en términos de una mayor transparencia, el Grupo de Trabajo no recomendó la fijación de un precio máximo o de un precio mínimo, ni dispuso expresamente nada respecto de la eventual presentación de una OAB.

18. Por ello, las únicas disposiciones que cabría utilizar para ocuparse de la cuestión de las OAB son las referentes a la calificación de los proveedores y a la evaluación de la oferta.

19. El artículo 6 de la Ley Modelo regula el procedimiento que se ha de seguir para determinar la idoneidad o aptitud de los proveedores y dice que todo proveedor debe demostrar a la entidad adjudicadora que posee (entre otras cosas) la competencia profesional, de gestión y técnica requeridas, así como los recursos, la capacidad jurídica y la solvencia debidas, y que ha pagado sus impuestos y sus contribuciones a la seguridad social, al tiempo que su personal directivo no ha sido objeto de ninguna investigación penal ni se le ha abierto causa penal alguna, y que se han cumplido todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones. La Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno dice que las pruebas de idoneidad o de aptitud deben dar margen para que la entidad adjudicadora goce de “la flexibilidad debida para decidir cuál es el rigor con el que deberá determinarse la idoneidad de los contratistas o proveedores en cada contrato”¹⁷.

20. En lo concerniente a la evaluación de las ofertas, la entidad adjudicadora, actuando a tenor del artículo 34 4) a) de la Ley Modelo:

“Evaluará y comparará las ofertas aceptadas a fin de determinar la oferta ganadora, con arreglo al inciso b) del presente párrafo, según los procedimientos y criterios enunciados en el pliego de condiciones. No se aplicará criterio alguno que no esté enunciado en el pliego de condiciones¹⁸.”

21. Durante la enmienda de la Ley Modelo destinada a incorporar la contratación de servicios se propuso el artículo 41 *quater*¹⁹, para incluir en la evaluación de la propuesta su idoneidad o eficacia para satisfacer las necesidades de la entidad adjudicadora como uno de los criterios de evaluación, junto con las calificaciones, la experiencia, etc., del proveedor y de su personal²⁰. La entidad adjudicadora podría en dicho supuesto desestimar toda oferta desmesurada respecto de las especificaciones técnicas y de calidad del contrato adjudicado, obrando a la luz del precio propuesto para los diversos elementos ofrecidos. (Estas consideraciones pueden encontrarse en el párrafo 2 del comentario del artículo 39 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno.)

22. La Ley Modelo no facilita, no obstante, orientación detallada sobre la evaluación que ha de hacerse, al limitarse a disponer que “la entidad adjudicadora

únicamente podrá considerar conformes las ofertas que cumplan todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones” (artículo 34 2) a)), a reserva de la corrección de todo error tipográfico o de índole similar. Con arreglo al artículo 34 4) b), el fundamento para la evaluación y la determinación de la oferta ganadora será el precio de oferta más bajo (o la oferta que sea valorada como más económica, siempre que dicho fundamento esté indicado en el pliego de condiciones y que se determine en función de los criterios enunciados en dicho pliego). En lo referente al costo de ultimar un contrato, la entidad adjudicadora sólo podrá tener en cuenta “el costo de la utilización, el mantenimiento o la reparación de los bienes o las obras, el plazo para la entrega de los bienes, la terminación de las obras o la prestación de los servicios, las características funcionales de los bienes o las obras, las condiciones de pago y las condiciones de las garantías ofrecidas respecto de los bienes, las obras o los servicios” (artículo 34 4) c) ii)), y podrá obrar así únicamente al efectuar la evaluación de la oferta valorada como más económica. Ello implica que todo costo adicional a que pueda dar lugar una OAB, conforme se indicó anteriormente en el párrafo 15, podrá no ser tenido en cuenta al efectuar una evaluación con arreglo a las disposiciones recién mencionadas.

23. El artículo 34 1) a) permite que la entidad adjudicadora solicite que se le aclare una oferta pero sin que dicha aclaración suponga modificación del contenido de la oferta o de su precio y el artículo 31 permite que la entidad adjudicadora fije un plazo de validez de las ofertas lo bastante largo para dar margen para toda aclaración requerida, y que podrá prorrogarse, caso de ser necesario. Ahora bien, al formularse esas disposiciones, el Grupo de Trabajo expresó su inquietud de que se prestaran a abuso²¹, e indicó que no se refería al supuesto de un precio de oferta que se presumiera anormalmente bajo, que se sospechara que pudiera ser resultado de un malentendido, o de algún otro error que no resultara evidente al leerse la oferta²². La Ley Modelo no ofrece por ello a la entidad adjudicadora ninguna vía para aclarar una OAB con el proveedor que la haya presentado.

24. La Ley Modelo no permite que la entidad adjudicadora rechace una OAB por su condición de tal, aun cuando el artículo 12 faculta a la entidad adjudicadora para rechazar toda oferta, propuesta o cotización. La Guía para su incorporación al derecho interno observa que la finalidad del artículo 12 es la de facultar a la entidad adjudicadora para desestimar toda oferta por razones de interés público (como sucedería si se ha observado cierta insuficiencia de concursantes), con tal de que la entidad adjudicadora se haya reservado dicho derecho en el pliego de condiciones.

III. Estudio comparado: las OAB en la normativa legal interna

25. La presente sección examinará tres elementos de la normativa legal actual: en primer lugar, la destinada a identificar ofertas anormalmente bajas (OAB); en segundo lugar, las medidas que cabe adoptar para determinar si se ha presentado de hecho una OAB; y, en tercer lugar, toda medida disponible para rechazar las OAB identificadas. El régimen legal de la contratación pública suele abordar estos tres aspectos, y en la presente sección se examinarán además brevemente algunos aspectos pertinentes de la política y de la normativa legal aplicables en materia de competencia comercial.

A. Prohibición de presentar una OAB en la contratación pública

26. La Secretaría ha encontrado muy pocas leyes que prohíban explícitamente la presentación de OAB. Cabe citar al respecto la excepción de la ley china de concursos y subastas en la que se dispone que “un concursante no deberá ofrecer en un proceso de licitación un precio que no cubra los costos, ni deberá licitar en nombre de otra persona ni recurrir a ningún otro medio falso o engañoso que le permita ganar indebidamente el concurso”²³, así como el Reglamento Federal de compras públicas de los Estados Unidos que prohíbe la oferta de un precio irreal²⁴. El Reglamento de la contratación pública de Tailandia prevé una pena de prisión o multa contra el concursante que consiga, gracias a una OAB, que se le adjudique un contrato que no le sea posible cumplir, y obliga indemnizar a la entidad adjudicadora de todo gasto adicional que le sea ocasionado a resultas de dicha oferta²⁵. En Filipinas, existe una prohibición federal contra toda actividad fraudulenta en un proceso de licitación, castigando todo acto fraudulento con sanciones penales²⁶.

B. Medidas legales destinadas a identificar toda OAB eventual y medidas subsiguientes para responder a dichas ofertas

27. La Secretaría ha podido constatar que el régimen legal de la contratación pública tiende a prevenir las consecuencias nocivas de las OAB, mediante medidas incorporadas al procedimiento de precalificación del proveedor y de evaluación general de la oferta. Dichas medidas legales tratan de abordar la presentación eventual de una OAB desde la perspectiva de evitar sus riesgos para la ejecución del contrato, mediante procedimientos que permitan identificarlas lo antes posible y adoptar medidas para remediarlas.

28. La Secretaría ha detectado diversos enfoques en los regímenes examinados, entre los que cabe citar la identificación de toda OAB eventual mediante una evaluación de la oferta, un análisis de riesgos o un análisis del precio. La técnica del análisis del precio o de riesgos tiene por objeto evaluar si una oferta que por lo demás sea conforme con el pliego de condiciones puede exponer a la entidad adjudicadora a un riesgo de incumplimiento, debido a que, por ejemplo, el precio del contrato no suponga para el proveedor un nivel adecuado o normal de remuneración (lo que puede suponer un riesgo de insolvencia). Con arreglo a otros regímenes la entidad adjudicadora podrá (o deberá) investigar toda presunta OAB antes de que ninguna oferta sea rechazada, exigiendo del proveedor que justifique el precio ofrecido.

29. En la presente sección se examinarán conjuntamente la reglamentación de la evaluación de las ofertas y de las calificaciones y competencias de los proveedores, así como los procedimientos utilizados para identificar y responder a toda OAB y a los riesgos de ejecución o cumplimiento que esas ofertas entrañan.

1. Identificación de una OAB

30. La identificación de toda OAB eventualmente presentada es el primer paso que ha de darse para eliminar el riesgo que esas ofertas suponen. Los principales métodos de identificación utilizados son técnicas estadísticas o aritméticas que permiten identificar toda oferta que se sitúe fuera de la gama normal de los precios

ofrecidos (“análisis estadísticos”), utilizando para ello datos del mercado que permitan fijar precios de referencia para fines comparativos, y haciendo un análisis de las estructuras de precios de los proveedores (“análisis de precios”), al tiempo que se examina si determinada oferta entraña un riesgo de incumplimiento (“análisis de riesgos”). La presente sección examinará, por turno, cada una de esas técnicas, aun cuando es posible que un determinado proceso de evaluación de las ofertas y de la aptitud de los proveedores no recurra a todas ellas ni utilice cada una de esas técnicas como una etapa separada del proceso de evaluación.

a) Análisis estadísticos

31. Cabe señalar diversos métodos para identificar posibles OAB, recurriendo a técnicas aritméticas o estadísticas (a veces aplicadas en el marco de un análisis de precios), entre los que cabe citar los siguientes:

a) Un método aritmético por el que se mide la desviación del precio de una determinada oferta (normalmente de entre un 10 a un 15%) respecto de la media aritmética de los precios de todas las ofertas presentadas, que es el que se utiliza, por ejemplo, en Bélgica, España, Grecia, Italia, Lituania y Portugal²⁷;

b) Analizar si el precio ofrecido y los gastos previsibles dejan al contratista un margen de beneficio inferior al “normal”; y

c) Analizar si el precio ofrecido es, en las circunstancias del caso, excepcionalmente bajo (ya sea en términos generales, conforme a lo previsto en las nuevas directivas de la Comisión Europea relativas a la contratación pública²⁸ o fijando, por ejemplo, un umbral por debajo del cual toda oferta se presumirá anormalmente baja).

32. Por ejemplo, la ley de la contratación pública de España²⁹ resume que toda oferta es “temeraria” si se presenta una única oferta cuyo precio sea inferior en más de un 25% al precio de referencia, así como si se presentan dos ofertas y una de ellas ofrece un precio que sea inferior en más de un 20% al de la otra, y así en adelante conforme a un diferencial porcentual descendente para todo supuesto en el que se presenten tres o más ofertas³⁰.

33. Los comentaristas han observado que toda tasa porcentual fija, así como todo otro “método aritmético”, puede resultar arbitrario, por lo que cuestionan su eficiencia, particularmente en supuestos en los que el método se vea distorsionado por la presentación de ofertas con un precio anormalmente elevado en función del promedio³¹. En Bangladesh se ha abandonado la práctica anteriormente seguida de rechazar toda oferta cuya oferta fuera inferior, en más de un 5%, al cálculo aproximativo del precio efectuado por la propia entidad adjudicadora, y el nuevo Reglamento de la contratación pública, 2003, dispone en su cláusula 31 8) que “no se excluirá automáticamente ninguna oferta por el mero hecho de que su precio esté por encima o por debajo de un umbral porcentual predeterminado respecto del cálculo estimativo oficial”, modificación que los comentaristas consideran fruto del reconocimiento de la arbitrariedad de los métodos aritméticos³².

b) Análisis de precios

34. La entidad adjudicadora tal vez disponga de un precio de referencia o del mercado para algunos de los productos o servicios que desea adquirir, pero no para

todos. Todo producto que se conozca únicamente de palabra, que sea novedoso o que no se adquiriera habitualmente en las cantidades requeridas por la entidad adjudicadora puede no tener precio de mercado utilizable como referencia, y respecto de todo artículo que no sea un producto básico, la exactitud o fiabilidad del precio de mercado o de referencia utilizado puede ser cuestionable. Además, la entidad adjudicadora puede no disponer de recursos o de datos que sean esenciales para determinar el precio de mercado o de referencia que desee utilizar.

35. En algunos países de América Latina, por ejemplo la Argentina y el Brasil, es frecuente que se indique en el anuncio del contrato adjudicable un precio de referencia (o precio máximo) respecto del cual sea posible comparar, para fines analíticos, todo precio ofrecido³³. El sistema de contratación pública electrónica (COMPRASNET)³⁴ del Brasil facilita la lista de precios de referencia históricos más recientes y exige que toda oferta sea presentada con un presupuesto adjunto. La normativa legal aplicable exige también que la entidad adjudicadora evalúe las propuestas mediante un análisis de los precios y de los costos del lugar³⁵.

36. En Indonesia, la entidad adjudicadora está obligada a indicar un precio “autoevaluado” y desglosado que servirá de herramienta para evaluar la justificación del precio ofrecido por el concursante o proveedor y de cada uno de los elementos constitutivos de dicho precio, y que podrá ser utilizado para determinar el importe de toda garantía independiente exigida respecto de la oferta³⁶, pero que no podrá ser utilizado como factor de negociación para obtener una reducción del precio ofrecido³⁷.

37. En los Estados Unidos, a tenor del Reglamento de adquisiciones o compras federales (*FAR*) se ha de efectuar un análisis de precios para evaluar y examinar “todo precio propuesto, pero sin entrar a evaluar el costo de sus diversos elementos ni el beneficio previsible”, método que se denomina a veces análisis del “realismo o fiabilidad del precio”. El reglamento FAR ofrece una lista no exhaustiva de técnicas y procedimientos que cabe utilizar para dicho fin, como pudiera ser la comparación de los precios ofrecidos y de esos precios con los precios de otros contratos previamente adjudicados, así como con todo presupuesto independientemente calculado por la propia administración pública, y con otros precios competitivos e índices de precios anunciados, así como con todo precio calculado en función de algún estudio del mercado. Se sugiere asimismo que se recurra a estadísticas y a otros presupuestos disponibles para determinar toda incoherencia significativa que pudiera justificar alguna investigación adicional, y que se analice la información concerniente al precio que haya facilitado el proveedor. Cabe señalar que la entidad adjudicadora no podrá investigar información concerniente a los costos (en la medida en que dicha información no concierna directamente al precio)³⁸.

38. En contraste, el reglamento federal de México dispone que toda evaluación del precio debe demostrar que el precio ofrecido, y todo costo justificante, deben ser conmensurables con las condiciones que prevalezcan en el mercado, regional o de otro ámbito, donde las obras vayan a llevarse a cabo, debe presentar cierta coherencia presupuestaria, por lo que será imperativo efectuar un análisis del precio y de los componentes del costo global aducidos para justificarlo, efectuándose también una comparación con las normas aplicables, los márgenes de beneficio usuales y otros gastos³⁹. Igualmente, en Buffalo City, municipio de Sudáfrica, la entidad adjudicadora deberá calcular un precio (denominado precio de referencia) examinando (entre otras cosas), toda obligación legal, estimaciones de cantidades,

magnitud de la obra, condiciones del terreno, tasas de producción, índices salariales oficiales, obligaciones y todo requisito estipulado en el contrato, niveles de remuneración del personal, beneficios, gastos generales y de compra y repuesto de herramientas⁴⁰.

39. Ahora bien, el fijar un precio mínimo o máximo no acostumbra a ser considerado como una práctica apropiada⁴¹. En Filipinas, el reglamento aplicable dispone que “no se fijará umbral o límite inferior alguno sobre el importe del contrato adjudicado”⁴². Los comentaristas han observado, en concreto, que la adjudicación podría transformarse en una lotería de fijarse un umbral mínimo, ya que todos los concursantes ofrecerán dicho precio mínimo⁴³.

c) Análisis de riesgos y evaluación de ofertas

40. Los diversos regímenes de la contratación pública, internos o plurinacionales, examinados por la Secretaría ofrecen cierta orientación respecto de la evaluación que habrá de hacerse de la oferta, pero difieren notablemente en la pormenorización de los criterios o elementos. (Las disposiciones aplicables de la Ley Modelo pueden verse reseñadas en los párrafos 20 a 24, *supra*.) Los dos principales criterios indicados para la adjudicación son el de la oferta cuyo precio sea más bajo y el de la oferta que sea valorada más económica⁴⁴, criterio, este último, que permite una mayor flexibilidad para evaluar la calidad de la oferta considerada. Ahora bien, algunos regímenes vinculan expresamente los criterios de adjudicación a la calificación o competencia profesional del proveedor, conforme a lo que se indica en los párrafos subsiguientes.

i) Evaluación de las ofertas conforme a normas de rango legal y de ámbito plurinacional

41. El artículo 44 de la segunda de las nuevas directivas de la UE se ocupa de la verificación de la aptitud o idoneidad de la empresa y de la selección de los participantes, así como de la adjudicación del contrato, por lo que, además de todo otro procedimiento especial previsto para el supuesto de que se presente una presunta OAB (véase párrafo 52, *infra*, respecto del artículo 55)⁴⁵, la entidad adjudicadora estará obligada a verificar la idoneidad o aptitud profesional de todo agente económico, no excluido a tenor de los artículos 45 y 46..., a la luz de todo criterio aplicable de insolvencia financiera o económica, así como de competencia profesional o técnica, o de aptitud general, que haya sido mencionado en los artículos 47 a 52, y, cuando proceda, a la luz de todo otro criterio o regla sobre prácticas no discriminatorias mencionado en el párrafo 3 [del artículo 44]. La entidad adjudicadora está, por ello, obligada a examinar tanto la conformidad de la oferta como la aptitud del proveedor.

42. El artículo 53 de la segunda de las dos nuevas directivas de la UE enuncia los criterios utilizables para la adjudicación de un contrato con la salvedad de que todo lo dispuesto será aplicable “sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios”, y de que todo contrato debe ser adjudicado a la oferta económicamente más ventajosa (por ejemplo, conforme a criterios de calidad, así como a la luz del precio, el valor técnico, las características funcionales y estéticas, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio de posventa y de asistencia técnica, y la fecha y el plazo de entrega o de ejecución)⁴⁶.

43. Con arreglo al Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio, la entidad adjudicadora deberá adjudicar el contrato a un proveedor que haya sido evaluado plenamente capaz de cumplir el contrato, cuyo precio de oferta sea el más bajo o cuya oferta haya sido valorada como más económica⁴⁷. El ACP enuncia asimismo los principios generales para la evaluación de la idoneidad o aptitud profesional del proveedor en función de criterios no discriminatorios, pero señala que la capacidad financiera, comercial y técnica del proveedor deberá ser estimada en función tanto de la actividad comercial global del proveedor como de su actividad en el territorio de la entidad adjudicadora, teniendo debidamente en cuenta la relación jurídica que pueda haber entre las organizaciones proveedoras⁴⁸.

44. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) autoriza a la entidad adjudicadora para investigar toda oferta que se sospeche ser anormalmente baja (OAB) al efectuar la evaluación de las ofertas, y señala que será declarada ganadora la oferta cuyo precio sea el más bajo o que haya sido valorada como más ventajosa, siempre que el concursante ganador haya sido declarado plenamente capaz de llevar a cabo el contrato. Dicho texto dispone asimismo que toda entidad adjudicadora que haya recibido una oferta, cuyo precio sea anormalmente bajo, respecto de las demás ofertas presentadas, podrá pedir al ofertante que compruebe bien de que podrá cumplir con toda condición prescrita para su participación y de que está plenamente capacitado para cumplir lo estipulado en el contrato que se vaya a adjudicar⁴⁹.

ii) *Evaluación de las ofertas a tenor de lo dispuesto en el derecho interno*

45. En Chile, la normativa legal aplicable exige que se efectúe un análisis técnico y económico de los costos-beneficios actuales y futuros de los bienes y servicios cotizados en cada oferta, y señala que deberán utilizarse, entre los criterios de evaluación, los datos concernientes al precio, la experiencia del proveedor, la calidad de la obra y productos, la asistencia y el apoyo técnico ofrecidos, los servicios de posventa, las fechas de entrega, los costos de transporte, y todo otro factor que se estime pertinente⁵⁰.

46. En Singapur (país signatario del ACP), lo concerniente a la contratación pública ha sido en buena parte descentralizado a cada uno de los ministerios, pero existen dos registros públicos centrales⁵¹, que centralizan los servicios de compra de los artículos de uso común. Dichos registros públicos han de mantenerse informados del historial comercial y de la solvencia financiera de todo proveedor eventual, y todo proveedor que sea declarado idóneo recibirá un certificado del registro central de la contratación pública, que podrá presentar junto con toda oferta futura⁵². En el pliego de condiciones se podrá exigir la inscripción de todo concursante en el registro central como factor decisorio, no decisorio o no requerido para determinado contrato que se vaya a adjudicar⁵³, ahora bien, de no exigirse ese requisito, la entidad adjudicadora deberá asumir la responsabilidad de haber efectuado una evaluación equivalente.

47. En la Región Administrativa Especial de Hong Kong, que es también signataria del ACP, todo proveedor eventual está obligado, con arreglo a las condiciones prescritas para la licitación, a demostrar su solvencia financiera ante las autoridades⁵⁴.

48. En el municipio de Buffalo City (Sudáfrica), toda entidad adjudicadora está obligada a llevar a cabo un análisis de riesgos (además del análisis de precios descrito en el párrafo 38, *supra*) para cerciorarse de que la oferta no colocará al municipio o a la entidad adjudicadora en algún riesgo, caso de ser aceptada. El reglamento aplicable obliga a considerar determinados elementos o factores, e indica que se podrá entrevistar a todo proveedor para dicho fin: deberá examinarse, en primer lugar, el precio de la oferta y sus elementos constitutivos, así como toda incoherencia del precio y toda tasa individual anormalmente elevada o baja, y, en segundo lugar, la aptitud del proveedor para ofrecer una garantía independiente, caso de ser exigible, su experiencia previa, sus recursos humanos y financieros, su historial comercial, su capacidad para supervisar y controlar toda fuerza laboral requerida y, cuando así proceda, su capacidad para suministrar materiales y facilitar equipo o medios de transporte, así como su comprensión del alcance o magnitud de la obra requerida. Podrá desestimarse toda oferta cuyo desglose estructural del precio difiera notablemente del presupuesto estimativo de la entidad adjudicadora y cuyo proveedor no pueda dar razón y cuenta de las discrepancias observadas⁵⁵.

49. En el Reino Unido, la entidad adjudicadora que vaya a evaluar si determinado proveedor cumple con las “normas mínimas de solvencia financiera y económica”, estará facultada para pedir a los banqueros del proveedor que le presenten algún estado financiero, además de evaluar todo estado financiero ya publicado de dicha empresa⁵⁶.

2. Medidas que cabe adoptar frente a toda presunta OAB

a) Facultad u obligación de exigir una justificación de todo precio que se presuma ser constitutivo de una OAB

50. La mayoría de los regímenes exigen de la entidad adjudicadora que dé al proveedor la oportunidad de explicar su precio, o la facultan para hacerlo, cuando exista algún indicio de que pudiera tratarse de una OAB, y la entidad adjudicadora podrá tener en cuenta las explicaciones que se le hayan dado al evaluar la conformidad de una oferta con el pliego de condiciones.

i) Justificación del precio en los regímenes legales de ámbito plurinacional

51. Con arreglo al párrafo 4) del artículo XIII del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, la entidad adjudicadora estará facultada para pedir una justificación o explicación, en la etapa anterior a la desestimación de una oferta, pero no estará obligada a hacerlo, y deberá obrar sin otra finalidad que la de cerciorarse de que el proveedor cumple los requisitos exigibles para su participación y será capaz de cumplir lo estipulado en el contrato.

52. El artículo 55 de la segunda nueva directiva de la UE concierne, entre otras cosas, a las OAB y a su identificación y a las medidas subsiguientes que proceda adoptar, y su texto dispone lo siguiente:

“1. Si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta.

Dichas precisiones podrán referirse a:

- a) el ahorro que permita el procedimiento de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios;
- b) las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios;
- c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;
- d) el respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación;
- e) la posible obtención de una ayuda del Estado por parte del licitador.

2. El poder adjudicador consultará al licitador y verificará dicha composición teniendo en cuenta las justificaciones aportadas.

3. El poder adjudicador que compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda del Estado sólo podrá rechazar dicha oferta por esa única razón si consulta al licitador y éste no puede demostrar, en un plazo suficiente fijado por el poder adjudicador, que tal ayuda se ha concebido legalmente. El poder adjudicador que rechace una oferta por las razones expuestas deberá informar de ello a la Comisión⁵⁷.”

ii) *Justificación del precio en el marco del derecho interno*

53. Francia sigue el mismo enfoque adoptado por la UE anteriormente descrito, al disponer que si una oferta parece ser anormalmente baja podrá ser rechazada (dándose la motivación por escrito) una vez que se haya pedido una aclaración por escrito de los pormenores de sus elementos constitutivos y tras haber estudiado las explicaciones que se hayan dado⁵⁸. Cabe encontrar disposiciones similares en el derecho austríaco⁵⁹, sueco⁶⁰, y del Reino Unido⁶¹. El reglamento FAR de compras públicas de los Estados Unidos adopta el criterio de que se debe justificar el precio, conforme se indicó anteriormente en el párrafo 37, pero es significativo que, a diferencia de otros regímenes, únicamente podrá recabarse del concursante información concerniente al precio (y no concerniente a los costos).

54. El enfoque adoptado por la UE está siendo seguido en la mayoría de los países de Europa central y oriental (como por ejemplo en la República Eslovaca)⁶².

55. En China, si se sospecha la presencia de una OAB el comité de evaluación deberá pedir explicaciones del proveedor que la haya presentado. Si las explicaciones no son satisfactorias, podrá decidir no adjudicar el contrato a dicho concursante⁶³.

56. Cabe que se haya facultado a la entidad adjudicadora para obtener una prórroga del plazo de validez de la oferta a fin de completar su evaluación dentro de dicho plazo, conforme sucede en Tamil Nadu (India)⁶⁴.

b) Evaluación de las explicaciones del precio presentadas en el marco de un procedimiento justificativo del mismo

57. Los regímenes de la contratación pública de diversos Estados, así como las disposiciones de las nuevas directivas de la UE, denotan algunos de los factores, o tal vez todos, que la entidad adjudicadora deberá ponderar al examinar las explicaciones del proveedor respecto de todo precio al parecer anormalmente bajo, referidas a las condiciones particularmente favorables que estén al alcance del concursante presentador de dicha oferta.

58. Los factores enunciados en las nuevas directivas de la UE son:

a) Las virtudes del método o la economía del proceso de fabricación utilizado, así como del método de construcción o de los servicios prestados;

b) Las soluciones técnicas elegidas y/o toda condición excepcionalmente favorable que el concursante tenga a su alcance para ejecutar las obras, suministrar los bienes o prestar los servicios;

c) La originalidad de las obras, de los suministros o de los servicios ofrecidos por el concursante;

d) La observancia de las normas aplicables a la protección del empleo y de las condiciones de trabajo imperantes en el lugar donde se haya de ejecutar las obras, prestar los servicios o suministrar los bienes;

e) La posibilidad de que el concursante obtenga alguna ayuda pública o del Estado⁶⁵.

c) Posibilidad de rechazar una OAB

59. Con arreglo al artículo 55 de la segunda nueva Directiva de la UE, toda entidad adjudicadora, que estudie la procedencia de rechazar una oferta, deberá pedir del proveedor una explicación justificativa del precio conforme a lo anteriormente indicado, pero gozará de su autonomía habitual para aceptar o rechazar una oferta, conforme juzgue oportuno.

60. La Secretaría no ha encontrado ningún régimen en el que esté permitido rechazar una OAB eventual, sin proceder a su evaluación (lo que significa, que no cabrá utilizar métodos meramente estadísticos o aritméticos para descalificar una OAB). Esta postura se ha visto reafirmada por las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha dictaminado que ninguna oferta podrá ser automáticamente excluida por el mero hecho de que su importe entrañe un desvío porcentual superior al autorizado respecto de las demás ofertas presentadas⁶⁶. Esa postura es compartida por la legislación de muchos países, y por aquellos regímenes que permiten que una OAB sea rechazada, por su condición de tal (p. ej. en las nuevas directivas de la UE, caso de detectarse en una oferta alguna ayuda pública ilegal, véase párrafo 52, *supra*, así como en la normativa de Buffalo City en Sudáfrica, véase párrafo 48, *supra*, y en China véase párrafo 55, *supra*), que autorizan que dichas ofertas sean rechazadas tras algún procedimiento de consulta o alguna oportunidad de justificación. Por ello, las OAB suelen ser rechazadas por razón de que se estime que no son conformes al pliego de condiciones (por ejemplo, la entidad adjudicadora tal vez estime que el proveedor no será capaz de cumplir el contrato puntualmente o conforme a las normas de calidad requeridas). Cabe

considerar que mantener dicho vínculo, con la conformidad de la oferta a lo especificado en el pliego de condiciones, es un factor crítico que debe tenerse en cuenta al tratar de evitar el riesgo que entraña una OAB.

61. Otro elemento del régimen aplicable a las OAB es la obligación de que todo rechazo por dicho motivo sea prontamente notificado al ofertante afectado⁶⁷.

C. Otras cuestiones concernientes a las OAB

1. Eficacia de una garantía de oferta o de una garantía independiente

62. Toda garantía de oferta tiene por objeto garantizar a la entidad adjudicadora que el proveedor cerrará el trato si su oferta es aceptada y depositará toda caución de pago o de ejecución que sea requerida en lo concerniente al contrato adjudicado, siempre que dichas cauciones hayan sido exigidas en el pliego de condiciones. La garantía independiente se acostumbra a utilizar para garantizar el cumplimiento del contrato de conformidad con las condiciones estipuladas y con el precio aceptado, y dentro del plazo prescrito. La caución de pagos se utiliza para proteger a ciertos proveedores de servicios o de materiales y a los subcontratistas contra la eventualidad de impago por el principal contratista⁶⁸. Las garantías de oferta y las cauciones son un recurso habitual en países de Europa y de América del Norte, así como en otros regímenes, como el de las Reglas Uniformes para los documentos de caución de un contrato de la Cámara de Comercio Internacional⁶⁹, y en la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (1995)⁷⁰.

63. En cuanto a las garantías independientes, en Chile por ejemplo, la legislación dispone que cuando el precio de una oferta sea inferior al de la próxima oferta, por más de un 50%, y la entidad adjudicadora compruebe que dicho precio no corresponde a los costos presupuestados, la entidad adjudicadora podrá, no obstante, adoptar una resolución debidamente motivada, por la que adjudique el contrato a la oferta más baja, pero solicitando un aumento en la garantía de ejecución del contrato que corresponda a la diferencia entre el precio ofrecido y el precio de la próxima oferta. (En un nuevo reglamento está previsto reducir dicha diferencia porcentual de un 50 a un 20%.)⁷¹

64. En Indonesia, el reglamento aplicable dispone que el proveedor de una OAB eventual puede ser obligado a depositar una garantía independiente adicional de hasta un 80% del precio estimativo de la entidad adjudicadora, y que todo proveedor que se niegue a hacerlo perderá su garantía de oferta, quedará descalificado y será inscrito en una lista negra⁷².

65. Si las obligaciones de un proveedor están resguardadas por una garantía independiente, parece probable que el otorgante de la garantía haya examinado la aptitud y solvencia del proveedor. Se ha convenido, por ello, que el recurso al régimen de la garantía independiente disminuye enormemente la probabilidad de que una empresa incumpla en el curso de la ejecución de un contrato, por lo que reduce el riesgo inherente a toda OAB.

66. Ahora bien, también se ha argüido que las garantías de oferta (a diferencia de las garantías independientes) no amparan contra los riesgos propios de una OAB⁷³, y que el costo de obtener cauciones de cualquier índole es un obstáculo grave para

la participación de pequeñas y medianas empresas en el negocio de la contratación pública. Además, se ha aducido que la disciplina de tener que completar un contrato y el impacto negativo de no hacerlo para toda oportunidad comercial futura, constituyen un incentivo suficiente para que una empresa no presente una OAB. Por el contrario, se ha observado que las pequeñas y medianas empresas se ven perjudicadas por la percepción de que constituyen un riesgo de fiabilidad por razón de su reducido tamaño, por lo que esas empresas tal vez se beneficien del recurso a garantías independientes.

67. Se ha aducido también que las garantías independientes son de un costo prohibitivo para la pequeña y mediana empresa, y su costo constituye en todo caso un costo adicional de todo contrato adjudicado. Su valor como factor disuasor de una OAB no ha sido, por ello, universalmente aceptado por los comentaristas que han aducido que, al igual que sucede con la garantía de oferta, la solución más rentable es la de una evaluación bien hecha⁷⁴.

2. La subasta electrónica inversa y las OAB

68. Como se observó en el anterior párrafo 16, en la subasta electrónica inversa se tropieza también con el fenómeno de la OAB. En el documento A/CN.9/WG.I/WP.35 se describe el mecanismo de la subasta electrónica inversa en diversos de los regímenes estudiados. Los observadores han señalado que la intensa competitividad y la concentración en el precio de la subasta electrónica inversa eleva el riesgo de que se presenten OAB⁷⁵.

69. En el Brasil, la subasta electrónica inversa está dotada de una función “charla” por Internet que puede activarse durante la propia subasta, y que permite que todo concursante anónimo entable una “charla” con el encargado de la subasta electrónica inversa. Si el encargado de la subasta considera que una oferta es anormalmente baja, podrá indicar al ofertante, a través de dicha función de “charla”, que su oferta es anormalmente baja, indicándole que tal vez desee retirarla. Pese a que tiene por objeto amainar el riesgo de una OAB, algunos comentaristas han observado que esta función entraña un cierto riesgo de actividades fraudulentas⁷⁶. Algunas instituciones de crédito multilaterales han decidido no financiar subastas en las que se ofrezca dicha función de “charla” (e incluso, toda subasta que no sea tramitada por una vía plenamente automatizada).

70. Se ha observado en el documento A/CN.9/WG.I/WP.35 que la subasta electrónica inversa se utiliza en algunos países únicamente para la compra de mercancías o artículos básicos normalizados⁷⁷, y que, en ese tipo de contrato de suministro, el único riesgo de incumplimiento suele ser la insolvencia del proveedor. En resumidas cuentas, el rasgo más señalado de la subasta es que los concursantes se encuentran congregados, por vía virtual, y compiten entre sí en función de un precio, por lo que partiendo de la hipótesis de que cada uno de ellos conozca los costos de su propia empresa, ningún proveedor sensato ofrecerá un precio que suponga una pérdida. Los comentaristas han observado, por ello, que el fenómeno de la presentación de OAB, en el marco de una subasta electrónica inversa, no debe ser considerado como un riesgo a largo plazo, y que cuanto más información se facilite a los proveedores en el curso de la subasta (por ejemplo respecto de las ofertas de los demás concursantes), menor será el riesgo de que se presente una OAB⁷⁸.

3. Cuestiones concernientes al régimen legal de la competencia

71. El estudio efectuado por la Secretaría ha considerado elementos del régimen de la competencia que regulan todo comportamiento que contravenga el principio de la competencia leal en el mercado, como pudiera ser toda norma legal por la que se prohíba toda práctica destinada a eliminar la competencia vendiendo a precios inferiores al costo de producción (con miras a impedir la exportación de productos a precios más bajos que los cobrados en el mercado interior), y toda práctica de fijar precios que no cubran los costos con la intención de ganar o de retener una porción del mercado y de eliminar a los competidores⁷⁹. En el Canadá, por ejemplo, la legislación prohíbe que una empresa incurra en prácticas de competencia desleal, señalándose como una de dichas prácticas la venta a un precio inferior al costo para eliminar a un competidor⁸⁰. Se han señalado anteriormente otras disposiciones que prohíben la venta de productos a un precio inferior a su costo⁸¹.

72. El artículo 86 del Tratado por el que se creó la Comunidad Europea (Tratado de la Comunidad Europea)⁸², que todo Estado miembro debe aplicar en su propio territorio, prohíbe que las empresas que gocen de una “posición dominante” en algún mercado, abusen de dicha ventaja⁸³, y da como ejemplo de prácticas abusivas la de fijar precios por debajo de lo normal con objeto de eliminar a un competidor⁸⁴. Muchos Estados miembros de la Unión Europea han legislado contra toda empresa que abuse de una posición dominante (mediante prácticas como la de presentar OAB), imponiéndoles multas de hasta un 10% del volumen de ventas anual de la empresa⁸⁵.

73. Las sanciones que han llegado al conocimiento de la Secretaría suelen estar dirigidas contra la fijación deliberada de un precio inferior al costo del producto o contra toda práctica de fijar precios anormalmente bajos, por lo que serán invocables en todo supuesto en el que se ofrezca conscientemente una OAB pero no lo serían en supuestos en los que se ofrezca inconscientemente OAB por alguna de las razones enunciadas en el anterior párrafo 12. Puede haber también ciertos obstáculos temporales que dificulten la invocación del régimen de la competencia leal contra la adjudicación de determinado contrato, en la medida en que el tiempo requerido para probar una infracción del régimen de la competencia leal puede ser muy superior al tiempo disponible para la adjudicación de un contrato.

IV. Conclusiones

74. Por decirlo en breve, la encuesta efectuada por la Secretaría ha permitido constatar que el fenómeno de las ofertas anormalmente bajas (OAB) está ya regulado en regímenes legales de la contratación pública interna, así como en regímenes multinacionales. Ahora bien, no ha sido explícitamente regulado en la Ley Modelo. Las medidas por las que se trata de prevenir el recurso a una OAB suelen figurar en la reglamentación de la evaluación de las ofertas y en la calificación de la actitud de los proveedores, y suelen suponer que la entidad adjudicadora deberá analizar si el precio ofrecido es objetivamente viable (y si se respetarán las normas de calidad). Se procurará determinar asimismo si el proveedor está en condiciones de cumplir el contrato adjudicable. Toda medida destinada a prevenir prácticas contrarias a la competencia leal, como pudiera ser la presentación de OAB con la intención de eliminar competidores, suelen estar previstas en el

régimen legal protector de la competencia leal y no en el régimen de la contratación pública.

75. El Grupo de Trabajo tal vez considere que la reglamentación de la contratación pública debe ocuparse del problema de la OAB no intencional, aplicando los debidos criterios de evaluación y calificación, y reglamentando la obligación de justificar el precio, pero que el supuesto de la OAB intencional podrá ser más eficazmente resuelto en el marco del régimen aplicable a la competencia leal (desde la perspectiva de la entidad adjudicadora pudiera no haber razón alguna para rechazar una OAB que no suponga un riesgo de cumplimiento)⁸⁶. Ahora bien, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de introducir alguna disposición al respecto en la Ley Modelo o en algún reglamento de aplicación de la misma, así como en la Guía para su incorporación al derecho interno, a fin de coordinar la respuesta dada en el marco del régimen aplicable en materia de competencia leal y del régimen de la contratación pública y a fin de facilitar la cooperación entre entidades adjudicadoras.

76. Cabe citar como cuestiones que el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar, en orden a la prevención de la práctica de presentar OAB las siguientes:

a) Dar a conocer mejor las consecuencias adversas de una OAB, e impartir capacitación al respecto al personal encargado de la contratación pública;

b) Reglamentar mejor la administración de todo contrato adjudicado, como pudiera ser limitando toda variación introducida en el contrato adjudicado, y cerciorándose de que toda especificación indicada sea estrictamente observada, regulando las relaciones entre el contratista y los subcontratistas, y ofreciendo una vía adecuada para la solución de controversias, caso de que llegue a ser necesario rescindir un contrato o despedir a un contratista;

c) Velar por que se preste la debida atención en el proceso de contratación a todo criterio aplicable al precio, así como a todo criterio que sea ajeno al precio ofrecido;

d) Respetar toda prohibición general contra la práctica de negociar una oferta ya presentada y restringir, conforme proceda, el alcance de dichas negociaciones⁸⁷;

e) Imponer un deber severo de informar debidamente de toda OAB rechazada y de formar todo expediente que sea requerido, exigiendo, por ejemplo, que se informe del rechazo de toda OAB a alguna autoridad supervisora central de la contratación pública; y

f) Estudiar la eficacia de las garantías de oferta o de las garantías independientes para prevenir y remediar los riesgos de una OAB.

77. En lo que respecta a cada proceso de adjudicación en particular, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar abordar alguno de los siguientes factores:

En la fase previa a la adjudicación:

a) Velar por que la entidad adjudicadora disponga de recursos y de información suficiente, facilitándosele precios de referencia siempre que sea posible;

b) Velar por que el pliego de condiciones sea formulado en los términos más claros posibles, y debatir si procede o no consultar con ciertos proveedores eventuales en la fase de preparación de las especificaciones⁸⁸;

c) Examinar la conveniencia de incorporar los gastos de mantenimiento y repuesto de equipo en el análisis del precio;

d) Dar un margen de tiempo suficiente para cada etapa del proceso de adjudicación; y

e) Seleccionar con el debido cuidado los criterios de calificación, autorizando tal vez la búsqueda de información completa y exacta sobre la aptitud y calificaciones de todo concursante eventual y sobre su ejecutoria profesional previa.

En el curso del proceso de adjudicación:

a) Insertar en el pliego de condiciones una declaración por la que la entidad adjudicadora se exima de toda obligación de aceptar la oferta de precio más bajo, o toda otra oferta en particular;

b) Insertar en el pliego de condiciones una declaración por la que la entidad adjudicadora se declare facultada para efectuar un análisis del precio o de los riesgos, tal vez como complemento del análisis de los criterios de calificación;

c) Prever un análisis a fondo de la competencia y calificaciones de los concursantes y de las ofertas presentadas recurriendo si es preciso a un análisis del precio y de los riesgos;

d) Exigir que se proceda a un análisis justificativo del precio, en todo supuesto en el que se sospeche la presentación de una OAB;

e) Regular todo factor que la entidad adjudicadora podrá tener en cuenta al evaluar la respuesta de un proveedor a la demanda de que justifique su precio; y

f) Exigir que toda medida adoptada en respuesta a una presunta OAB quede debidamente reflejada en el expediente del proceso de adjudicación⁸⁹.

78. El Grupo de Trabajo tal vez desee comenzar por considerar si procede incorporar al ámbito regulatorio de la Ley Modelo algunos de los puntos enunciados en el párrafo anterior referentes a diversas etapas del ciclo de contratación, es decir, a la etapa de planificación o preparatoria del proceso de adjudicación y a la etapa de administración del contrato adjudicado.

79. En segundo lugar, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la normativa actual de la Ley Modelo sobre la evaluación de ofertas y los criterios de aptitud o de calificación, pueden ser ventajosamente desarrollados en la Guía para su incorporación al derecho interno, a fin de facilitar la identificación de toda OAB presentada y la evaluación de todo riesgo eventual de ejecución y las medidas que procedería adoptar para resolver estas cuestiones.

80. En tercer lugar, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede o no enmendar el artículo 34 4) b) de la Ley Modelo a fin de disponer expresamente que la oferta cuyo precio sea más bajo o la oferta valorada como más económica deberá ser además una oferta presentada por un proveedor plenamente calificado, reformulando dicho texto en términos como los siguientes:

“b) La oferta ganadora será aquella que haya sido presentada por un proveedor que haya probado plenamente su aptitud o competencia para llevar a cabo el contrato y cuya oferta sea:

i) La oferta cuyo precio sea más bajo a reserva de cualquier margen de preferencia que sea aplicable de conformidad con el apartado d) del presente párrafo; o”

81. El Grupo de Trabajo tal vez desee también considerar si procede insertar en la Ley Modelo alguna remisión a la Guía para la incorporación al derecho interno o algún texto explicativo en el marco de dicha Guía referente a los artículos 6 (aptitud o idoneidad de los proveedores) y 34 4) b).

82. En cuarto lugar, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procedería enunciar, en el artículo 34 4) b) o en la Guía para la incorporación, los parámetros que cabría utilizar para llevar a cabo un análisis del precio (véase una descripción del “análisis del precio”, en los párrafos 34 a 39, *supra*). Todo análisis del precio podría llevar incorporado un análisis comparativo del precio (total) ofrecido por cada proveedor y entre esos precios y los precios previamente presentados para ciertos bienes objeto de la contratación, así como un análisis comparativo con todo parámetro comercial disponible, o con todo presupuesto o análisis desglosado de los costos presentados por cada uno de los proveedores concursantes. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de incorporar algún comentario concerniente al riesgo inherente al empleo del método estadístico para el análisis del precio (esos riesgos han sido descritos en los párrafos 31 a 33, *supra*). El Grupo de Trabajo tal vez desee preparar además un estudio de cómo debe efectuarse un análisis del precio en supuestos en los que no exista ningún precio de referencia o del mercado para el contrato adjudicable.

83. Por último, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la procedencia de enmendar el comentario de la Guía respecto del artículo 34 1) a) de la Ley Modelo con miras a facilitar la aplicación de lo dispuesto en dicho apartado del artículo 34 para requerir al concursante a que justifique debidamente el precio de una presunta OAB.

Notas

¹ Véase el texto de la Ley Modelo, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I (publicado también en el Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas N° de venta S.95.V.20), tercera parte, anexo I. La Ley Modelo está disponible en formato electrónico en el sitio *web* de la CNUDMI (<http://www.uncitral.org/english/texts/procurem/ml-procure.htm>).

² Los textos entrecomillados han sido tomados del texto original. La Secretaría menciona, en la presente Nota, el proceso de licitación como un método que puede servir de modelo para la contratación pública, pero la presente Nota se aplica por igual a otros métodos de contratación pública.

³ Véase Informe del Grupo de Trabajo de la Dirección General III de la Comisión Europea, 19 de mayo de 1999, “*Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry*”, disponible en <http://www.ceetb.org/docs/Reports/DG3ALT-final.pdf>.

- ⁴ Contratación pública: Informe del Secretario General (A/CN.9/WG.V/WP.22), Anuario de la CNUDMI 1989.
- ⁵ Véase E. Engel y A. Wambach, “*Risk Management in procurement Auctions*”, 2004, Documento de trabajo, Universidad de Erlangen-Nuernberg, disponible en http://www.acquistinretepa.it/pls/portal30/docs/FOLDER/CONSP/DOCUMENTI/DOCS_HOM E3/Paper.pdf, pág. 18.
- ⁶ Véase Informe del Grupo de Trabajo de la Dirección General III de la Comisión Europea, nota final 3, *supra*.
- ⁷ Véase *American Bar Association, Public Contract Law Section, Comments on Reverse Auction Notice* (Jan. 5, 2001), disponible en http://www.abanet.org/contract/federal/regscomm/ecommm_003.html (citando D. Wald, “*The Auction Model: How the Public Sector Can Leverage the Power of E-Commerce Through Dynamic Pricing*”, p. 18 (*The PricewaterhouseCoopers Endowment for The Business of Government* (October 2000)), disponible en <http://www.businessofgovernment.org/pdfs/WyldReport.pdf>.
- ⁸ La fijación desleal de precios es una práctica que consiste en fijar precios inferiores al costo marginal de la producción para eliminar del mercado a toda nueva empresa (o para disuadir a toda nueva empresa de salir al mercado), objetivo que una vez logrado permitirá volver a elevar el precio (véase, p. ej., P. Areeda y D. F. Turner, (1975) “*Predatory Pricing and Related Issues Under Section 2 of the Sherman Act*,” *Harvard Law Review*, 88, pp. 697-733).
- ⁹ Véase, además, párr. 26 de la nota 24, *infra*.
- ¹⁰ Una empresa del sector público puede, a su vez, presentar una OAB por no tener que amortizar los gastos inherentes a la remuneración del capital privado. Otra fuente menos habitual de OAB es la imposición estatal de una lista oficial de precios.
- ¹¹ Se hizo esta observación a la Secretaría durante consultas previas a la preparación de la presente nota. Véase, además, Informe del Grupo de Trabajo de la Dirección General III de la Comisión Europea, nota 3, *supra*.
- ¹² Véase, por ejemplo, Informe del Grupo de Trabajo de la Dirección General III de la Comisión Europea, nota final 3, *supra*, J. Roselle, “*The Abuse of Reverse Auctions In The Utility Industry*”, pág. 2, disponible en <http://www.mccallan.com/AbuseofReverseAuctions.pdf>.
- ¹³ Este método de contratación se examina en detalle en el documento A/CN.9/WG.I/WP.35.
- ¹⁴ O. Soudry, “*Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement*”, 2004, *Journal of Public Procurement*, vol. 4, N° 3, pág. 365, si bien otros comentaristas han observado que la distribución del contrato adjudicado (recurso a fuentes o proveedores múltiples) puede contrarrestar este riesgo. Véase, por ejemplo, R. Gilbert y P. Klemperer, 2000, “*An equilibrium theory of rationing*”, *RAND Journal of Economics*, vol. 31(1), págs. 20 y 21.
- ¹⁵ Por ejemplo, los acuerdos marco, conforme están descritos en el Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004) A/CN.9/568, párrs. 68 a 78.
- ¹⁶ Contratación Pública: Informe del Secretario General (1989), párrafo 170, véase nota 4, *supra*.
- ¹⁷ Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994) (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 17* (A/49/17), anexo I, Anuario de la CNUDMI 1994, tercera parte, cap. I), párr. 23.
- ¹⁸ El presente análisis no aborda cuestiones socioeconómicas, tales como los márgenes de preferencia y la balanza de pagos.
- ¹⁹ Proyectos de enmienda de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: Nota de la Secretaría (A/CN.9/394), párr. 21.

- ²⁰ Véase el comentario del artículo 39 2) en la Guía para la incorporación al derecho interno.
- ²¹ Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional acerca de la labor de su 11º período de sesiones (Nueva York, 5 a 16 de febrero de 1990) (A/CN.9/331), párr. 144.
- ²² Proyecto de Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública: nota de la Secretaría (A/CN.9/375), Anuario de la CNUDMI 1993, pág. 110.
- ²³ Artículo 33 de la Ley china de licitación y subastas.
- ²⁴ Francia prohíbe la venta a pérdida pero únicamente en lo concerniente a ventas al consumidor privado y no a entidades públicas. Véase artículo L. 420-5 del *Code de Commerce*.
- ²⁵ Ley de infracciones en la presentación de ofertas, sección 8.
- ²⁶ Artículo XXI b) 4) de la Ley para la modernización, normalización y reglamentación de la contratación pública y negociaciones conexas (Ley de la República N° 9184, 22 de julio de 2002).
- ²⁷ Véase informe del Grupo de Trabajo de la Dirección General III de la Comisión Europea, véase nota 3, *supra*.
- ²⁸ Al citarse directivas de la UE se está haciendo referencia a las nuevas directivas de la contratación pública (Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de procedimientos para la adjudicación de obras públicas, de suministros públicos y de servicios públicos y Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, para la coordinación de los procedimientos de contratación pública de entidades de los sectores hídricos, de la energía, del transporte y de los servicios postales (Diario Oficial de la Unión Europea, N° L 134, 30 de abril 2004, págs. 114 y 1, ambos disponibles en http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm) (la primera y la segunda nuevas directivas de la UE, respectivamente). Las anteriores directivas de la UE sobre la contratación pública enuncian disposiciones en buena parte similares (Directiva 93/36/EEC de 14 de junio de 1993 (Directiva de suministros), Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N° L 199, 9 de agosto de 1993, pág. 1, enmendada por Directiva 97/52/CE de 13 de octubre de 1997, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N° L 328, 28 de noviembre de 1997, pág. 1; y Directiva 93/37/CEE de 14 de junio de 1993 (Directiva de obras), Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N° L 199, 9 de agosto de 1993, pág. 54, enmendada por la Directiva 97/52/CE, *supra*).
- ²⁹ Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000.
- ³⁰ Excepcionalmente, la entidad adjudicadora podrá reducir los porcentajes por un tercio, si el pliego de condiciones ha reservado dicha posibilidad y podrá examinar la relación entre la solvencia del proveedor y la oferta presentada. Véase además, artículo 85 del reglamento de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto 1.098/2001.
- ³¹ Por ejemplo, el sistema francés ha rechazado dicho enfoque, al no ofrecer una comparación auténtica (*Avis du Conseil de la concurrence*, 96A-08, 2 de julio de 1996 y *Avis* 97-A-11, 5 de marzo de 1997).
- ³² Se hizo esta observación a la Secretaría durante las consultas celebradas para la preparación de la presente Nota.
- ³³ Véase la Ley general de la contratación pública 8.666 del Brasil, artículo 40 y el reglamento de la contratación pública de la Argentina, Decreto 436/2000, artículo 41, disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/normas/texactdto436%2D2000.htm>.
- ³⁴ Disponible en <http://www.comprasnet.gov.br/>.
- ³⁵ La Ley general de la contratación pública 8.666 del Brasil exige que cada adquisición lleve un presupuesto adjunto.

- ³⁶ Véase, además, párr. 64, *infra*.
- ³⁷ *Keppres* 80/2003.
- ³⁸ FAR 15.404-1 (b), disponible en <http://www.arnet.gov/>, y conforme al informe pericial dado a la Secretaría durante las consultas celebradas para la preparación de la presente Nota.
- ³⁹ Artículo 37 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados, disponible en <http://www.funcionpublica.gob.mx/unaopsp/dgaop/lopt1cu.htm>.
- ⁴⁰ Véase http://www.buffalocity.gov.za/municipality/internalaudit_tenders.stm (párrafo 3.9 de la *Procurement Policy*).
- ⁴¹ Véase, por ejemplo, Parlane S., “*Procurement contracts under limited liability*,” *The Economic and Social Review*, 34, 1-21, pág. 13.
- ⁴² Sección 31 del Reglamento de aplicación, Parte A (IRR-A) de la Ley de reforma de la contratación pública.
- ⁴³ Se hizo esta observación a la Secretaría durante las consultas previas a la preparación de la presente Nota.
- ⁴⁴ Véanse párrafos 20 a 22, *supra*.
- ⁴⁵ Sin mencionar la permisibilidad de “variantes” con arreglo al artículo 24.
- ⁴⁶ Se expresará la ponderación de cada criterio con arreglo a una gama de valores apropiados y, de no ser posible ponderarlos, el pliego de condiciones deberá enunciar los criterios por orden descendente de importancia.
- ⁴⁷ Artículo XIII:4, véase una descripción general de las disposiciones del Acuerdo sobre Contratación Pública en http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/over_e.htm. La Organización Mundial del Comercio (OMC) negocia actualmente ciertas revisiones del Acuerdo sobre Contratación Pública (véase Anexo 4(b) del Acta Final donde se incorporan los resultados de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, disponible en http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_e.pdf).
- ⁴⁸ Artículo VIII:b.
- ⁴⁹ Artículo 1015.
- ⁵⁰ Ley 19.886, artículos 37 y 38.
- ⁵¹ La Unidad de Políticas en materia de Contratación Pública y la Autoridad de Obras y Construcciones, respectivamente. Véase una descripción del régimen de la contratación pública de Singapur en http://www.gebiz.gov.sg/scripts/itt_gitis/biz_oppG_itt_procure_regime.jsp.
- ⁵² Apéndice B22 de los *Contracts and Purchasing Procedures*, disponible en www.gebiz.gov.sg/.
- ⁵³ Artículo 264 de los *Contracts and Purchasing Procedures*, disponible en www.gebiz.gov.sg/.
- ⁵⁴ Véase <http://www.fstb.gov.hk/tb/eng/procurement/tender04.html>.
- ⁵⁵ Véase http://www.buffalocity.gov.za/municipality/internalaudit_tenders.stm (párrafo 3.8 de *Procurement Policy*).
- ⁵⁶ *Public Supply Contract Regulations* 1995 (S.I. 1995 N° 201), que será enmendada al entrar en vigor las Directivas de la UE.
- ⁵⁷ Véase nota 28, *supra*. Cabe encontrar una disposición equivalente en el artículo 57 de la primera directiva de la UE, y según se informó a la Secretaría durante las consultas previas a la preparación de la presente Nota, la entidad adjudicadora gozará de mayor flexibilidad en su examen de las explicaciones admisibles de toda presunta OAB, al adoptarse las nuevas directivas de la UE.
- ⁵⁸ Artículo 55 del *Code de Commerce*.
- ⁵⁹ Ley de adjudicación de compras públicas 2002, secciones 93 a 99, disponible en http://www.ris.bka.gv.at/erv/erv_2002_1_99.pdf.

- ⁶⁰ La Ley (SFS 1992:1528) de contratación pública, sección 23, disponible en <http://www.nou.se/loueng.html>.
- ⁶¹ The *Utilities Contracts Regulations* 1996 (S.I. 1996 N° 2911).
- ⁶² Ley N° 523/2003 (24 de octubre de 2003) de la contratación pública, sección 43(5).
- ⁶³ China: Ley de licitaciones y subastas, artículo 33. Véase párrafo 26, *supra*.
- ⁶⁴ Sección 26 del Reglamento sobre la transparencia en la licitación, 2000.
- ⁶⁵ Artículo 57 de la primera nueva Directiva de la UE, y artículo 55 de la segunda nueva Directiva de la UE. Véase nota final 28, *supra*.
- ⁶⁶ Véase Sentencia de 18 de junio de 1991 en el caso C-295/89 (“Alfonso”); Sentencia de 26 de octubre de 1995 en el caso C-143/94 (“Furlanis”), y Sentencia de 16 de octubre de 1997 en el caso C-304/96 (“Génova”).
- ⁶⁷ Véase, por ejemplo, sección 21(3) de la Ley de la contratación pública de Letonia para la administración estatal y local.
- ⁶⁸ Véase Informe del Grupo de Trabajo de la Dirección General III de la CE, nota 3, *supra*.
- ⁶⁹ Reglas Uniformes para los documentos de caución de un contrato, publicación de la CCI 524.
- ⁷⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/50/17) Anexo I (Anuario 1995, primera parte, sec. D, Anexo).*
- ⁷¹ Ley 19.886, sección 41.
- ⁷² *Keppres* 80/2003, capítulo II del Anexo.
- ⁷³ Algunos comentaristas sostienen que un sistema de cauciones pudiera prevenir toda presentación repetida de OAB.
- ⁷⁴ Véase un examen más completo de las garantías de oferta y de las OAB, en el Informe del grupo de tareas sobre obras 1 de la CE (YP, ICIA 08/2001), disponible en <http://europa.eu.int/comm/enterprise/construction/alo/bonds/bondsfin.htm>.
- ⁷⁵ Véase O. Soudry, págs. 356-7, véase nota 14, *supra*, y conforme se informó a la Secretaría durante las consultas previas a la preparación de la presente Nota.
- ⁷⁶ Conforme se informó a la Secretaría durante las consultas previas a la preparación de la presente Nota.
- ⁷⁷ Véase párr. 20 de A/CN.9/WG.I/WP.35.
- ⁷⁸ Véase O. Soudry, págs. 356-7, véase nota 14, *supra*, y conforme se informó además a la Secretaría durante las consultas previas a la preparación de la presente Nota.
- ⁷⁹ Véase una definición de dicho comportamiento, denominado fijación desleal de precios en la nota 8, *supra*.
- ⁸⁰ “*Cut-throat competition or abuse of dominant position? Challenges to the conduct of firms in a new technological era*”, WS 13 National Report for CANADA, por A. Neil Campbell y Jeffrey P. Roode, disponible en http://www.globalcompetitionforum.org/regions/n_america/canada/Cutthroat%20Competition%20Report%20with%20Appendices_Aug%202001.pdf.
- ⁸¹ Véase, por ejemplo, párr. 26 y notas 8 y 24, *supra*.
- ⁸² Cuyo texto está disponible en <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/en/entoc05.htm>.
- ⁸³ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas definió el término “posición dominante” en un mercado en el caso *United Brands* (27/76 de febrero de 1978) como “una posición de predominio económico disfrutado por una empresa, en el mercado considerado, que le permite prevenir toda competencia efectiva contra ella, ya que dicha posición la faculta para actuar con notable independencia de sus competidores y de sus clientes, y en última instancia con independencia de los consumidores”. El principal indicador de esa situación de predominio suele ser el gozar de una cuota importante del mercado; los factores que pueden favorecer dicha

posición son la debilidad económica de sus competidores, la ausencia de toda competencia potencial y el control de los recursos o de la tecnología.

⁸⁴ Véanse otros ejemplos ilustrativos en http://www.europarl.eu.int/facts/3_3_2_en.htm.

⁸⁵ Véase, por ejemplo, respecto del Reino Unido, <http://www.offt.gov.uk/NR/rdonlyres/0620258B-3006-4B1C-ADC6-5CC69E6EF4F1/0/OFT402.pdf>.

⁸⁶ Dichas leyes pueden ocuparse de la situación inhabitual de una OAB que no suponga riesgo alguno de incumplimiento, que puede darse en una oferta presentada por una empresa pública que funciona con respaldo estatal y sin los riesgos del capital privado. Por ejemplo, la Ley de contratación pública de Eslovenia (artículo 53 4)) exige que la Oficina Protectora de la Competencia emita un dictamen en todo supuesto de una oferta anormalmente baja respaldada por fondos públicos.

⁸⁷ Las disposiciones actuales reguladoras de dichas cuestiones se encuentran en el artículo 35 de la Ley Modelo (“Prohibición de negociaciones con los proveedores o contratistas”). En el Brasil el encargado de una subasta electrónica inversa está facultado para negociar con el “ganador” de dicha subasta.

⁸⁸ Cabe encontrar las disposiciones actuales reguladoras de dichas cuestiones en el artículo 25 de la Ley Modelo (“Contenido de la convocatoria a licitación o a precalificación”), en el artículo 27 (“Contenido del pliego de condiciones”), en el artículo 28 (“Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones”) en lo concerniente a la licitación abierta, y existen disposiciones equivalentes respecto de otros métodos de contratación pública.

⁸⁹ Dichos requisitos en lo concerniente al expediente de la contratación pública o de la constancia que debe quedar del proceso de adjudicación pueden verse en el artículo 12 de la Ley Modelo.