



Asamblea General

Distr. limitada
5 de agosto de 2005
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
Octavo período de sesiones
Viena, 7 a 11 de noviembre de 2005

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

Nota de la Secretaría

Adición

[Los capítulos I a IV están publicados en el documento A/CN.9/WG.I/WP.40]

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
V. Proyectos de disposición para dar acceso a la subasta electrónica inversa en la adjudicación del contrato con arreglo al régimen de la Ley Modelo	1-20	3
A. Enmiendas que se sugiere introducir en ciertos artículos del texto de 1994 para autorizar el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública	1-20	3
1. Observaciones generales	1-2	3
2. Revisión propuesta del artículo 11 de la Ley Modelo, concerniente al expediente del proceso de contratación	3	3
3. Revisión propuesta del artículo 18 de la Ley Modelo, concerniente a los métodos de contratación	4-5	3
4. Revisiones propuestas del artículo 25 de la Ley Modelo, al exigir que se invite en la convocatoria a licitación y en la convocatoria a precalificación que la adjudicación se efectuará por medio de una subasta electrónica inversa	6	4



5.	Revisiones propuestas del artículo 27 para exigir que la entidad adjudicadora facilite toda la información pertinente en el pliego de condiciones.	7-8	4
6.	Revisiones propuestas del artículo 28 de la Ley Modelo, concernientes a las aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones.	9-11	6
7.	Revisiones propuestas del artículo 31 de la Ley Modelo, concerniente al plazo de validez de las ofertas: modificación y retirada de las ofertas, y del artículo 32 de la Ley Modelo, concerniente a las garantías de la oferta	12-13	6
8.	Revisiones propuestas del artículo 34 1) de la Ley Modelo, concernientes al examen, evaluación y comparación de las ofertas	14-15	7
9.	Revisiones propuestas del artículo 34 8) de la Ley Modelo, para permitir que cierta información sea revelada en el curso de una subasta electrónica inversa	16-17	8
10.	Otras cuestiones que deberán resolverse en algún reglamento de la contratación o en la Guía.	18-20	8
VI.	Ofertas anormalmente bajas	21-29	9
A.	Revisiones propuestas del artículo 34. Examen, evaluación y comparación de las ofertas	23-29	9
11.	Adiciones propuestas para su inclusión en el artículo 34 con miras a facilitar la investigación de toda oferta anormalmente baja.	23-26	9
12.	Revisiones propuestas para el texto de la Guía respecto del artículo 34, a fin de prever la investigación de toda oferta anormalmente baja y su eventual rechazo	27-29	11

V. Proyectos de disposición para dar acceso a la subasta electrónica inversa en la adjudicación del contrato con arreglo al régimen de la Ley Modelo

A. Enmiendas que se sugiere introducir en ciertos artículos del texto de 1994 para autorizar el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública

1. Observaciones generales

1. El Grupo de Trabajo puede que estime necesario introducir los siguientes cambios en el texto de la Ley Modelo para facilitar el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública, en el supuesto de que el Grupo de Trabajo decida incluir los proyectos de artículo 19 bis y 47 bis y ter en el texto revisado de la Ley Modelo (el texto propuesto para dichos artículos y su comentario pueden verse en A/CN.9/WG.I/WP.40).

2. El texto de algunas disposiciones de la Ley Modelo de 1994 puede verse reproducido a continuación (en caracteres normales) a fin de facilitar las deliberaciones del Grupo de Trabajo y todo texto adicional propuesto en la presente nota irá subrayado, siempre que se sugiera alguna adición al texto actual de la Ley Modelo.

2. Revisión propuesta del artículo 11 de la Ley Modelo, concerniente al expediente del proceso de contratación

3. El Grupo de Trabajo tal vez desee incluir, en la lista de la información de la que debe dejarse constancia en el expediente con arreglo al artículo 11 (expediente del proceso de contratación), el hecho de que la contratación se haya llevado a cabo por medio de una subasta electrónica inversa, con una mención redactada como sigue:

Artículo 11. Expediente del proceso de contratación

1) La entidad adjudicadora llevará un expediente del proceso de contratación en que conste, por lo menos, la siguiente información:

...

i) bis En todo proceso de adjudicación en el que se utilice un método de contratación previsto en el artículo 19 bis, el hecho de que se efectuó una subasta electrónica inversa.

3. Revisión propuesta del artículo 18 de la Ley Modelo, concerniente a los métodos de contratación

4. El artículo 18 enuncia los métodos de que dispondrá la entidad adjudicadora para ciertas categorías de contratos, y el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si debe hacerse en el párrafo 2) de ese artículo una referencia al artículo por el que se autoriza el recurso a la subasta electrónica inversa formulada como sigue:

Artículo 18. Métodos de contratación

1) Salvo que se disponga otra cosa en el presente capítulo, la entidad adjudicadora que desee adjudicar un contrato de bienes o de obras deberá hacerlo mediante convocatoria a licitación.

2) Para la contratación de bienes o de obras, la entidad adjudicadora sólo podrá aplicar un método de contratación pública distinto de la licitación de poderlo hacer a tenor de lo dispuesto en los artículo 19, 19 bis, 20, 21, 22.

5. El párrafo 3) del artículo 18 de la Ley Modelo permitiría el recurso a la subasta electrónica inversa para la contratación de servicios, si bien el Grupo de Trabajo tal vez desee que se haga una declaración en dicho sentido en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno.

4. Revisiones propuestas del artículo 25 de la Ley Modelo, al exigir que se invite en la convocatoria a licitación y en la convocatoria a precalificación que la adjudicación se efectuará por medio de una subasta electrónica inversa

6. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se debe exigir a la entidad adjudicadora que indique en la convocatoria a licitación, o en la convocatoria a precalificación, que se va a recurrir al método de la subasta electrónica inversa como condición previa para la utilización de dicho método. Con ello se estaría salvaguardando la transparencia del proceso de adjudicación.

Artículo 25. Contenido de la convocatoria a licitación o a precalificación

1) La convocatoria a licitación contendrá, por lo menos, la información siguiente:

...

d) bis El hecho de que la licitación se vaya a efectuar por medio de una subasta electrónica inversa conforme a lo previsto en el artículo 47 bis y ter;^a

...

j) El lugar y el plazo para la presentación de ofertas o, cuando el proceso de licitación vaya a estructurarse en forma de una subasta electrónica inversa, conforme a lo previsto en el artículo 47 bis y ter, la fecha y la hora de la apertura de la subasta electrónica inversa.

5. Revisiones propuestas del artículo 27 para exigir que la entidad adjudicadora facilite toda la información pertinente en el pliego de condiciones

7. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se debe exigir a la entidad adjudicadora que facilite en el pliego de condiciones toda información que sea del caso para que los proveedores y contratistas puedan decidir si desean participar o no en la subasta o si debe darse a la entidad adjudicadora la posibilidad de facilitar esa información en la convocatoria a participar en la subasta electrónica inversa prevista en el texto sugerido del proyecto de artículo 47 bis. Conforme se observa en el capítulo IV del documento A/CN.9/WG.I/WP.40 respecto al curso previsto de la subasta, el Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si procede que la información que

^a Véase el texto sugerido para el artículo 47 bis y ter en cap. IV de A/CN.9/WG.I/WP.40.

ha de facilitarse en una subasta electrónica inversa deberá estar regulada en la Ley Modelo o en algún reglamento, insertándose, en la Guía, el comentario que proceda en cada caso. El texto sugerido a continuación está en forma de un artículo de la Ley Modelo, pero cabría formular el texto de los apartados n) i) a n) ix) como reglas de algún reglamento dictado a tenor de la obligación enunciada en la Ley Modelo de que se facilite toda la información necesaria para que el proveedor o contratista pueda decidir si desea participar en la subasta. La información considerada será la misma que la que se sugiere respecto de la convocatoria a participar en una subasta electrónica inversa con arreglo al proyecto de artículo 47 bis. Los pormenores de la información que ha de facilitarse podrán ser enunciados en un reglamento o en la orientación impartida, según sea el caso.

Artículo 27. Contenido del pliego de condiciones

27. El pliego de condiciones contendrá, por lo menos, la siguiente información:

n) bis Cuando el proceso de licitación se estructure en forma de una subasta electrónica inversa, con arreglo al artículo 47 bis, una declaración que así lo indique, y:

i) La fecha y hora de la apertura de la subasta electrónica inversa;

ii) La dirección en Internet en donde tendrá lugar la subasta electrónica inversa, y en donde podrá accederse al reglamento de la subasta, a la oferta y a todo otro documento que sea del caso;

iii) Los requisitos de inscripción y para la identificación de todo ofertante con ocasión de la apertura de la subasta;

iv) Todo elemento constitutivo de la oferta que sea objeto de la subasta;

v) Si el contrato se ha de adjudicar a la oferta evaluada como más baja, la fórmula que se utilizará para cuantificar todo otro elemento constitutivo de la oferta, distinto del precio, que sea objeto de la subasta. Dicha fórmula deberá enunciar el coeficiente de ponderación de todo criterio utilizable para determinar la oferta evaluada como más baja;

vi) La información que se facilitará a los concursantes en el curso de la subasta y, si procede, la manera y el momento en el que se facilitará esa información;

vii) Toda información de interés que concierna al propio curso de la subasta, así como todo dato que sirva para la identificación del proceso de adjudicación y los requisitos técnicos del equipo o de la tecnología informática que vaya a utilizarse, así como si la subasta se ha de desarrollar en una o más etapas (en cuyo caso, deberá indicarse el número de etapas y la duración de cada una);

viii) Las condiciones en las que los concursantes podrán presentar su oferta y en particular toda diferencia mínima en el precio o en algún otro elemento constitutivo de la oferta que [se haya de introducir para poder presentar una nueva oferta] [suponga una mejora que justifique que una nueva presentación de su oferta en el curso de una misma subasta] [y el tiempo que la entidad

adjudicadora ha de dejar pasar, tras recibir la última oferta, antes de poder declarar clausurada la subasta];

ix) Toda información de interés concerniente al equipo electrónico utilizable y a los procedimientos y especificaciones técnicas utilizables para la conexión;

x)] [Toda [otra] información requerida para que el proveedor o contratista pueda participar en la subasta. [El reglamento de la contratación pública podrá prescribir la información que ha de facilitarse al respecto.]

8. En los párrafos 16 a 18 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 se describen otras disposiciones equivalentes que aparecen en los regímenes de la contratación pública actuales.

6. Revisiones propuestas del artículo 28 de la Ley Modelo, concernientes a las aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones

9. El artículo 28 2) permite que la entidad adjudicadora modifique, en cualquier momento, el pliego de condiciones antes de que venza el plazo para la presentación de las ofertas. Ahora bien, en el contexto de una subasta electrónica inversa, pese a que tal vez proceda permitir enmiendas antes de que se presenten las ofertas iniciales (previstas en el artículo 47 bis 3)), cabría prohibir toda modificación ulterior a dicho trámite y anterior a la apertura de la subasta, dada las dificultades prácticas y los gastos que esas modificaciones ocasionarían a los contratistas y proveedores.

10. En el párrafo 19 de A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 se describen algunas disposiciones equivalentes que pueden verse en regímenes actuales de la contratación pública.

11. Si el Grupo de Trabajo considera que el pliego de condiciones no debe ser revisado con posterioridad a la presentación de ofertas iniciales, cabría modificar el texto del artículo 28 2) para que dijera:

Artículo 28. Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones

...

2) ... En cualquier momento antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas, o para la presentación de ofertas iniciales en el supuesto de una subasta electrónica inversa que se rija por el artículo 47 bis, la entidad adjudicadora podrá, por cualquier motivo, ...

7. Revisiones propuestas del artículo 31 de la Ley Modelo, concerniente al plazo de validez de las ofertas: modificación y retirada de las ofertas, y del artículo 32 de la Ley Modelo, concerniente a las garantías de la oferta

12. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar alguna enmienda de las reglas relativas a la modificación y retirada de las ofertas en lo concerniente a la oferta inicial presentada con anterioridad a la apertura de la subasta. El artículo 31 de la Ley Modelo dice que las ofertas tendrán validez durante el período indicado en el pliego de condiciones, lo que resultaría adecuado para la subasta electrónica inversa, dado que será la entidad adjudicadora la que señalará el período de validez. Ahora bien, el artículo 31 3) dispone que toda oferta podrá ser retirada antes de que venza

el plazo para presentarla. Respecto de la subasta electrónica inversa, tal vez el Grupo de Trabajo estime oportuno que se permita que los concursantes retiren su oferta con anterioridad al término del plazo fijado para la presentación de ofertas iniciales, pero no una vez vencido dicho plazo. Cabría por ello introducir algún cambio a dicho respecto en el párrafo 3) del artículo 31, en donde se permite la retirada o modificación de una garantía de la oferta con anterioridad al término del plazo para la presentación de ofertas sin pérdida subsiguiente de la garantía de la oferta, junto con algún comentario adecuado en la Guía.

Artículo 31. Plazo de validez de las ofertas: modificación y retirada de las ofertas

...

3) A menos que en el pliego de condiciones se estipule otra cosa, el proveedor o contratista podrá modificar o retirar su oferta, o su oferta inicial en el supuesto de una subasta electrónica inversa que se rija por el artículo 47 bis y 47 ter, sin perder por ello su garantía de la oferta.

13. Cabría, por ello, introducir en el texto del artículo 32 1) (que menciona la retirada de una oferta antes del vencimiento del plazo para la presentación de ofertas como una de las finalidades permisibles de una garantía de la oferta), y en el artículo 32 2) d) (que prevé el retorno de la garantía de la oferta si la oferta se retira antes del término del plazo para la presentación de ofertas) que podrían formularse en términos como los que se indiquen a continuación, junto con el comentario adecuado en la Guía.

Artículo 32. Garantía de la oferta

1 f) i) La retirada o la modificación de una oferta una vez vencido el plazo para la presentación de ofertas, o la retirada de modificación de una oferta inicial en el supuesto de una subasta electrónica interna que se rija por los artículos 47 bis y 47 ter, efectuada antes de que venza ese plazo, si así se estipula en el pliego de condiciones:

2) d) La retirada de la oferta antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas, o de una oferta inicial en el supuesto de una subasta electrónica inversa que se rija por el artículo 47 bis, salvo que el pliego de condiciones estipule que esa retirada no es permisible.

8. Revisiones propuestas del artículo 34 1) de la Ley Modelo, concernientes al examen, evaluación y comparación de las ofertas

14. El texto del artículo 34 1) a) de la Ley Modelo dice:

Artículo 34. Examen, evaluación y comparación de las ofertas

1) a) La entidad adjudicadora, para facilitar el examen, la evaluación y la comparación de las ofertas, podrá solicitar que cualquier proveedor o contratista aclare la suya. No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de la oferta presentada, como pudiera ser una

modificación del precio o una modificación que tienda a hacer conforme una oferta que no lo sea;

15. La última oración del apartado a) dispone, por ello, que no se solicitará, ofrecerá ni permitirá, en el curso de la evaluación de las ofertas, ningún cambio en cuanto al fondo de la oferta. Dado que las ofertas se modifican continuamente en el curso de una subasta electrónica inversa, esta disposición sería incompatible con el curso normal de una subasta. Ahora bien, esta disposición sigue siendo pertinente respecto de todo otro componente o elemento constitutivo de la oferta que no sea objeto de la subasta. El Grupo de Trabajo tal vez desee adaptar esta disposición al régimen propio de una subasta, insertando el texto que se indica a continuación al final de la oración:

No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de la oferta presentada, como pudiera ser una modificación del precio o una modificación que tienda a hacer conforme una oferta que no lo sea, salvo en la medida en que algunos de los elementos constitutivos de la oferta sean objeto de una subasta electrónica inversa con arreglo al artículo 47 bis y 47 ter.

9. Revisiones propuestas del artículo 34 8) de la Ley Modelo, para permitir que cierta información sea revelada en el curso de una subasta electrónica inversa

16. El texto del artículo 34 8) dice:

8) A reserva de lo dispuesto en el artículo 11, no se revelará información alguna relativa al examen, la aclaración, la evaluación o la comparación de ofertas a los proveedores o contratistas ni a ninguna otra persona que no haya intervenido oficialmente en el examen, la evaluación o la comparación de las ofertas, o en la determinación de la oferta ganadora.

17. Ahora bien, la propia índole de la subasta exige que se revele, en el curso de la misma, información sobre las demás ofertas (si bien no la identidad de los ofertantes, conforme se indica en el proyecto de artículo 47 ter 2) c) que figura en el capítulo IV de A/CN.9/WG.I/WP.40), por lo que toda regla aplicable a la subasta deberá prever una excepción respecto de cierta categoría de información, que cabría formular insertando en el artículo 34 8) las palabras “y en el artículo 47 ter 2 c)” al final de la salvedad inicial formulada en el párrafo 8) de dicho artículo, inmediatamente a continuación de las palabras “en el artículo”. En los párrafos 30 a 33 de A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 se describen algunas disposiciones equivalentes existentes en otros regímenes de la contratación pública.

10. Otras cuestiones que deberán resolverse en algún reglamento de la contratación o en la Guía

18. El Grupo de Trabajo tal vez desee abordar en mayor detalle algunas otras cuestiones concernientes a la subasta ya sea en el reglamento o en la orientación que se imparta en la Guía. Por ejemplo, dada la novedad de este método de contratación, tal vez proceda que la Guía imparta cierta orientación sobre cuándo debe recurrirse a este método y la manera de utilizarlo en el marco de la Ley Modelo (véanse los requisitos para el empleo de este método en el capítulo III de A/CN.9/WG.I/WP.40).

19. A la luz de la inquietud expresada por el Grupo de Trabajo de que tal vez surjan prácticas de contratación divergentes e incompatibles con los principios enunciados en la Ley Modelo (A/CN.9/575, párr. 61), el Grupo de Trabajo tal vez desee que se imparta orientación más detallada que la habitual en la Guía, sobre ciertas cuestiones de procedimiento. Por ejemplo, sobre la necesidad de adiestrar a los proveedores mediante la técnica de la subasta simulada, los posibles conflictos de interés a que puede dar lugar el recurso a agencias de contratación comerciales o centralizadas, etc.

20. Además, tal vez se haya de impartir orientación sobre la manera de resolver ciertos problemas técnicos en el curso de la subasta, como pudiera ser el de cualquier avería o la desconexión de alguno de los proveedores o de la propia entidad adjudicadora. Existen diversas soluciones posibles: por ejemplo, prever un servicio para que todo proveedor que tenga algún problema pueda comunicarse por teléfono o facultando a la entidad adjudicadora para aplazar provisionalmente la subasta o prorrogarla (véase, por ejemplo, el régimen brasileño examinado en el párr. 30 de A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1). El artículo 30 3) de la Ley Modelo otorga, con carácter general, cierta discrecionalidad para prorrogar el plazo para la presentación de ofertas, que sería aplicable a la subasta, sin necesidad de enmienda alguna. El Grupo de Trabajo tal vez desee regular esta cuestión con más detalle o que se exija que esa decisión y su motivación sean consignadas en el expediente del proceso de adjudicación (véase sección III.F de A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1).

VI. Ofertas anormalmente bajas

21. El Grupo de Trabajo ha decidido abordar la problemática de las ofertas anormalmente bajas como cuestión aparte (véase A.CN.9/575, párrs. 81 y 82 y A/CN.9/WG.I/WP.40, párr. 31). En su séptimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que le presentara algunas sugerencias textuales para regular esta cuestión (A/CN.9/575, párrs. 76 y 79 a 82). Por oferta anormalmente baja se entiende toda oferta que suponga un riesgo de que el ofertante no pueda cumplir el contrato [al precio ofrecido] ... o que haya de hacerlo recurriendo a mano de obra o materiales de calidad inferior o incurriendo en pérdidas ... esta oferta puede ser además indicio de colusión entre los ofertantes (A/CN.9/WG.V/WP.22).

22. En su séptimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que se enmendara la Ley Modelo con miras a facultar a la entidad adjudicadora a investigar toda oferta que se presuma anormalmente baja, exigiendo que el ofertante justifique su precio.

A. Revisiones propuestas del artículo 34. Examen, evaluación y comparación de las ofertas

11. Adiciones propuestas para su inclusión en el artículo 34 con miras a facilitar la investigación de toda oferta anormalmente baja

23. Cabe presumir que una oferta sea anormalmente baja a la luz de las calificaciones del proveedor o contenido de la oferta, por lo que tal vez el Grupo de Trabajo desee comenzar por examinar la siguiente adición sugerida para el artículo 34 4) b) de la Ley Modelo:

Artículo 34. Examen, evaluación y comparación de ofertas

...

4) b) La oferta ganadora será la presentada por un proveedor que haya sido declarado plenamente apto para cumplir el contrato y cuya oferta sea:

i) Aquélla 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 ...

24. Ahora bien, el Grupo de Trabajo ha expresado el parecer de que esta disposición no bastaría para responder a las inquietudes suscitadas por las ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/575, párr. 80), por lo que sería preciso insertar alguna otra regla en el artículo 34 e impartir orientación complementaria en la Guía.

25. A este respecto, el Grupo de Trabajo ha pedido a la Secretaría que sugiera un texto que se insertaría en forma de un nuevo apartado d) bis del artículo 34 3) o en algún otro lugar a fin de facultar a la entidad adjudicadora para rechazar toda oferta cuyo precio sea anormalmente bajo y dé lugar a alguna inquietud justificada sobre la aptitud de un ofertante para cumplir un contrato (A/CN.9/575, párr. 79). El Grupo de Trabajo observó asimismo que todo rechazo de una oferta por dicho motivo debe estar supeditado a dos condiciones. En primer lugar, que se haya dado al ofertante la oportunidad de justificar su precio y, en segundo lugar, que se consigne en el expediente del proceso de adjudicación la motivación del rechazo de esa oferta, a fin de que todo recurso presentado frente a dicho rechazo pueda ser examinado a la luz de los motivos consignados en el expediente.

26. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el siguiente proyecto de texto para su inclusión en la Ley Modelo:

Artículo 34. Examen, evaluación y comparación de las ofertas

...

3) La entidad adjudicadora no aceptará una oferta:

...

d) bis Cuando el precio de la oferta sea anormalmente bajo en relación a los bienes, las obras o los servicios que sean objeto del contrato adjudicado, por lo que suscite inquietud respecto de la aptitud del ofertante para cumplir el contrato, con tal de que:

i) La entidad adjudicadora haya solicitado por escrito, de conformidad con el artículo 34 1) a), que se le den detalles de todo elemento constitutivo del precio que suscite inquietud acerca de la aptitud del ofertante para cumplir el contrato;

ii) La entidad adjudicadora haya tenido en cuenta la información facilitada, pero siga abrigando inquietud al respecto; y

iii) La entidad adjudicadora haya consignado en el expediente del proceso de adjudicación, que se ha de llevar con arreglo al artículo 11, las inquietudes que abriga acerca de la aptitud del ofertante para cumplir el contrato y los motivos que dan lugar a inquietud, así como toda

comunicación intercambiada entre la entidad adjudicadora y el ofertante al respecto.

12. Revisiones propuestas para el texto de la Guía respecto del artículo 34, a fin de prever la investigación de toda oferta anormalmente baja y su eventual rechazo

27. En primer lugar, conforme a las instrucciones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/575, párr. 79), cabría enmendar el texto del párrafo 1 de la Guía concerniente al artículo 34 1) a) suprimiendo la indicación de que no debe utilizarse la facultad otorgada a la entidad adjudicadora para pedir aclaraciones respecto de un precio que se sospeche anormalmente bajo, lo que dejaría el texto como sigue:

1. El párrafo 1) faculta a la entidad adjudicadora para pedir aclaraciones a los proveedores y contratistas acerca de sus ofertas, a fin de facilitar su examen, evaluación y comparación, pero dejando bien claro que ello no deberá ser ocasión para modificar el contenido de las ofertas. ~~El párrafo 1) b) autoriza la corrección de un simple error aritmético, pero no dar un precio normalmente bajo que se sospeche sea debido a algún malentendido ni la de ningún otro error no manifiesto de la oferta.~~

28. Cabría incluir algún comentario adicional como el siguiente:

1 bis. Podrá pedirse una aclaración, conforme al párrafo 1) b), en todo supuesto en el que la entidad adjudicadora sospeche que se ha ofrecido un precio anormalmente bajo, tal vez debido a algún malentendido o algún error no manifiesto en el texto de la oferta. Se presumirá que el precio de una oferta es anormalmente bajo si parece irreal. Es decir, si el precio es inferior al costo presumible, o si se estima que no será viable cumplir el contrato al precio ofrecido con el margen de ganancia que sea normal. Desde la perspectiva de la entidad adjudicadora todo precio anormalmente bajo supone un riesgo de que el contrato no se cumpla, o que no se cumpla en el marco del precio ofrecido, por lo que cabe prever que el proyecto adolezca de gastos o demoras adicionales. La entidad adjudicadora debe por ello tomar medidas para evitar que se corra ese riesgo de incumplimiento total o parcial.

1 ter. Cuando se sospeche que una oferta es anormalmente baja, la entidad adjudicadora deberá permitir que el proveedor o contratista justifique el precio ofrecido, pidiéndole por escrito detalles de los elementos constitutivos de la oferta que la entidad adjudicadora considere importantes. Entre esos detalles cabe señalar:

a) Los métodos y la economía del proceso de fabricación de los bienes o de las obras efectuadas o de los servicios prestados;

b) Las soluciones técnicas seleccionadas, así como toda condición excepcionalmente favorable de que disponga el ofertante para la ejecución de las obras o para el suministro de los bienes o servicios;

c) La originalidad de las obras, suministros o servicios facilitados por el ofertante.

1 quater. La entidad adjudicadora deberá tener en cuenta la respuesta obtenida al evaluar las ofertas. Toda entidad adjudicadora podrá exigir una justificación del precio de todo contrato que se vaya a adjudicar, aun cuando el método

utilizado para la adjudicación sea una subasta electrónica inversa (que podrá ser suspendida para dicho trámite), y la entidad adjudicadora deberá consignar toda la información que sea del caso en el expediente que ha de llevar del proceso de adjudicación con arreglo al artículo 11. La entidad adjudicadora sólo podrá rechazar una oferta, por considerarla anormalmente baja, con arreglo al artículo [3 3) d) bis] si se ha dado al ofertante la posibilidad de justificarlo y la información justificativa facilitada no ha dado respuesta cumplida a las inquietudes de la entidad adjudicadora.

1 quinquies. Cabe también que el Estado promulgante desee adoptar total o parcialmente las siguientes medidas para prevenir una oferta anormalmente baja:

a) Dar mejor a conocer los efectos nocivos de una oferta anormalmente baja, informando al respecto al personal encargado de la contratación pública y facilitando a la entidad adjudicadora todo recurso o información que sea del caso, así como, a ser posible, precios de referencia o del mercado;

b) Insistir en que se preste la debida atención en el proceso de adjudicación al precio y a los demás criterios de valoración;

c) Prever un margen de tiempo suficiente para cada una de las etapas del proceso de adjudicación;

d) Definir criterios de calificación eficaces, autorizando que se recabe información exacta y completa sobre las calificaciones y el historial profesional de cada ofertante;

e) Insistir en que el pliego de condiciones sea redactado con toda la claridad posible, invitando, siempre que proceda, a los eventuales proveedores a participar en la preparación de ese documento;

f) Procurar que se inserte en el pliego de condiciones una declaración por la que se exonere a la entidad adjudicadora de toda obligación de tener que aceptar cualquier oferta, ya sea por razón de que su precio sea el más bajo o por toda otra razón, y facultando a la entidad adjudicadora para efectuar todo análisis que estime oportuno del riesgo de incumplimiento del contrato imputable al precio ofrecido o a cualquier criterio de aptitud profesional;

g) Exigir que se haga una evaluación a fondo de las calificaciones del proveedor y de las condiciones de la oferta, particularmente todo análisis del riesgo o del precio que proceda (sin olvidarse de los gastos eventuales de mantenimiento y sustitución, cuando así proceda);

h) Exigir que se justifique el precio ofrecido conforme se describe en el anterior párrafo [se hará aquí remisión al párrafo concerniente a la justificación del precio], cuando se sospeche que el precio ofrecido es anormalmente bajo;

i) Reglamentar todo factor que la entidad adjudicadora podrá tener en cuenta al evaluar las respuestas de un proveedor a una solicitud de que justifique su precio;

j) Reforzar toda prohibición general existente contra el recurso a la negociación con posterioridad a la licitación, y restringir toda otra negociación, según proceda; y

k) Exigir que toda medida adoptada para responder al riesgo de una oferta anormalmente baja quede reflejada en el expediente del proceso de adjudicación.

29. En segundo lugar, cabe señalar al Grupo de Trabajo que algunas de las precauciones indicadas en el párrafo anterior se refieren a etapas del ciclo de contratación que la Ley Modelo actual no regula, como sería la etapa de planificación o de preparación del proceso de adjudicación. Si el Grupo de Trabajo estima oportuno que se prepare un comentario sobre esa etapa, tal vez desee además, para equilibrar mejor el texto, que se comente también la fase de administración del contrato, particularmente en lo concerniente a la fijación de límites para toda variación eventual del contrato adjudicado, exigiendo, por ejemplo, que se observen estrictamente las especificaciones enunciadas en el pliego de condiciones, así como ocupándose de lo concerniente a las relaciones con los contratistas y subcontratistas y de la disponibilidad de alguna vía adecuada para la solución de controversias para el supuesto de que sea necesario rescindir el contrato o despedir algún contratista. No existe en el texto actual de la Ley Modelo ningún artículo al que quepa en principio adjuntar ese comentario, pero dado que esta problemática guarda relación con lo anteriormente examinado, tal vez proceda adjuntar ese comentario al texto actual de la Guía concerniente al actual artículo 34 de la Ley Modelo. La cuestión de índole más general de si procede regular en la Ley Modelo la fase de administración del contrato ha sido examinada con mayor detalle en los párrafos 12 y 13 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38.
