



Asamblea General

Distr. general
18 de noviembre de 2005
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
39º período de sesiones
Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006

Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su octavo período de sesiones

(Viena, 7 a 11 de noviembre de 2005)

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-3	3
II. Organización del período de sesiones	4-8	3
III. Deliberaciones y decisiones	9-11	5
IV. Examen de propuestas de revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios	12-111	6
A. Alcance e importancia de las revisiones de la Ley Modelo y de su Guía para la incorporación al derecho interno (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 4 a 23)	12-16	6
B. Sugerencias de redacción	17-111	7
1. Observaciones generales introductorias en la Guía para la incorporación al derecho interno relativas a la utilización de comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.38, capítulo II, sección B, subsección 2 b))	17-18	7
2. Equivalencia funcional (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 24 a 29)	19-27	7
3. Normas de accesibilidad (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 30 a 32)	28-33	9
4. Forma de las comunicaciones - revisiones propuestas del artículo 9 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 1 a 5)	34-42	10



5.	Concepto de “electrónico” y otros términos conexos (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 6 a 12)	43	12
6.	Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 13 a 15)	44	12
7.	Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 16 a 18)	45	12
8.	Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 19 a 27)	46-49	12
9.	Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 28 a 32)	50-51	13
10.	Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.39 y Add.1)	52-63	14
	a) Observaciones generales	52-54	14
	b) Acceso del público a información concerniente a la adjudicación de un contrato – propuestas de revisión de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.39 y A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párrs. 34 a 39)	55-59	15
	c) Publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párrs. 1 a 17, 38, 40 y 41)	60-62	15
	d) Otros asuntos (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párrs. 18 a 33)	63	16
11.	La subasta electrónica inversa (A/CN.9/WG.I/WP.40 y Add.1, párrs. 1 a 20)	64-105	16
	a) Observaciones generales (A/CN.9/WG.I/WP.40, párrs. 4 a 8)	64-66	16
	b) Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa (artículo 19 bis) (A/CN.9/WG.I/WP.40, párrs. 9 a 17)	67-80	17
	c) Período anterior a la subasta (artículo 47 bis) (A/CN.9/WG.I/WP.40, párrs. 18 a 25)	81-86	19
	d) Fase de la subasta (artículo 47 ter) (A/CN.9/WG.I/WP.40, párrs. 26 a 35)	87-93	21
	e) Revisiones de la Ley Modelo para que puedan realizarse subastas electrónicas inversas (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 1 a 20)	94-102	22
	f) Lugar de inserción de las disposiciones sobre las subastas electrónicas inversas	103-105	23
12.	Ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 21 a 29)	106-111	24

I. Introducción

1. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, “la Comisión”) encomendó a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) que elaborase propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI de 1994 sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante, la “Ley Modelo”, A/49/17 y Corr.1, anexo I). El Grupo de Trabajo inició la elaboración de propuestas para la revisión de la Ley Modelo en su sexto período de sesiones, celebrado en Viena del 30 de agosto al 3 de septiembre de 2004 (A/CN.9/568). En esa ocasión decidió que en sus períodos de sesiones siguientes proseguiría el examen a fondo de los temas expuestos en los documentos A/CN.9/WGI/WP.31 y 32 en orden sucesivo (A/CN.9/568, párr. 10).

2. En su séptimo período de sesiones, celebrado en Nueva York, del 4 al 8 de abril de 2005 (A/CN.9/575), el Grupo de Trabajo inició el examen a fondo de la utilización de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en el proceso de contratación pública, a saber: a) la publicación y comunicación por vía electrónica de información concerniente a la contratación pública; b) la utilización y el control de medios electrónicos de comunicación en el proceso de contratación pública y la presentación de ofertas por vía electrónica; c) las subastas electrónicas inversas; y d) las ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WGI/WP.34 y Add.1 y 2, A/CN.9/WGI/WP.35 y Add.1 y A/CN.9/WGI/WP.36). El Grupo de Trabajo decidió incluir en la Ley Modelo el tema de la utilización de las comunicaciones y tecnologías electrónicas (incluida la subasta electrónica inversa), así como el de la investigación de las ofertas anormalmente bajas, y continuar en su octavo período de sesiones el examen a fondo de esos temas y de las revisiones necesarias de la Ley Modelo sobre la base de las sugerencias de redacción que preparase la Secretaría (A/CN.9/575, párr. 9).

3. En su 38º período de sesiones, celebrado en 2005, la Comisión felicitó al Grupo de Trabajo por los avances realizados en su labor y reafirmó su apoyo al nuevo estudio en curso y a la inclusión de prácticas de contratación novedosas en la Ley Modelo (A/60/17, párr. 172).

II. Organización del período de sesiones

4. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su octavo período de sesiones en Viena del 7 al 11 de noviembre de 2005. Asistieron a las sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Irán (República Islámica del), Italia, Jordania, Lituania, Marruecos, México, Nigeria, República Checa, República de Corea, Singapur, Suecia, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda, Venezuela y Zimbabwe.

5. Asistieron observadores de los siguientes Estados: Filipinas, Grecia, Haití, Indonesia, Iraq, Irlanda, Omán, Perú, República Democrática del Congo y Rumania. También estuvieron presentes observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Banco Mundial, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Secretaría de las Naciones Unidas;

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Agencia Espacial Europea (ESA), Banco Africano de Desarrollo y Comisión Europea;

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión*: Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Asociación Internacional de Abogados y Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo.

6. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes personas para integrar la Mesa:

Presidente: Sr. Stephen R. KARANGIZI (Uganda)

Presidente interino: Sr. Olawale MAIYEGUN (Nigeria)

(sesión del viernes 11 de noviembre de 2005 por la tarde)

Relator: Sr. Gonzalo SUÁREZ BELTRÁN (Colombia)

7. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.I/WP.37 y Corr.1);

b) Una nota relativa a la utilización de comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública que comprende textos normativos propuestos (A/CN.9/WG.I/WP.38 y Add.1);

c) Una nota relativa a la publicación por vía electrónica de la información relativa a la contratación pública que comprende un estudio comparado y textos normativos propuestos (A/CN.9/WG.I/WP.39 y Add.1); y

d) Una nota relativa a las subastas electrónicas inversas y a las ofertas anormalmente bajas, que comprende textos normativos propuestos (A/CN.9/WG.I/WP.40 y Add.1).

8. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.

2. Elección de la Mesa.

3. Aprobación del programa.

4. Examen de propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.

5. Otros asuntos.

6. Aprobación del informe del Grupo de Trabajo.

III. Deliberaciones y decisiones

9. En su octavo período de sesiones el Grupo de Trabajo siguió deliberando sobre las propuestas para la revisión de la Ley Modelo. Como base de sus debates utilizó las notas preparadas por la Secretaría a que se hace referencia en el párrafo 7 *supra* (A/CN.9/WG.I/WP.38, A/CN.9/WG.I/WP.39 y A/CN.9/WG.I/WP.40 y sus adiciones).

10. El Grupo de Trabajo convino en que, en su noveno período de sesiones, el examen se centraría en los siguientes aspectos: a) la utilización de los medios de comunicación electrónicos en la contratación pública, incluidos el intercambio de comunicaciones por medios electrónicos, la presentación de ofertas por vía electrónica, la apertura de ofertas, procedimientos de licitación, la celebración de reuniones y el almacenamiento de información, así como el control de su utilización, como las “normas de accesibilidad”, y el principio conexo de la “equivalencia funcional” de todos los medios de comunicación; b) varios aspectos de la publicación de información relativa a la contratación pública, incluida la posible ampliación del actual ámbito de aplicación del artículo 5, haciendo referencia a la publicación de información sobre todo contrato próximamente adjudicable; c) las subastas electrónicas inversas, incluida la cuestión de si se las debería considerar una fase opcional en otros métodos de contratación o un método único, los criterios de su utilización, los tipos de contratación que se abarcarían y sus aspectos de procedimiento; y d) las ofertas de precio anormalmente bajo, incluidas su pronta identificación en el proceso de contratación y la prevención de las consecuencias negativas de esas ofertas. Se solicitó a la Secretaría que presentara sugerencias de redacción revisadas sobre esos temas, para que el Grupo de Trabajo las examinara en su siguiente período de sesiones, y que estudiara los siguientes aspectos prácticos del funcionamiento de las subastas electrónicas inversas: i) precalificación, calificación y puntuación de las ofertas de los concursantes en el contexto de las subastas electrónicas inversas del Modelo 2 (véase el párrafo 85 *infra*); y ii) utilización de garantías de la oferta en el contexto de las subastas electrónicas inversas (véase el párrafo 100 *infra*). El Grupo de Trabajo decidió examinar los temas de los acuerdos marco y de las listas de proveedores en su siguiente período de sesiones, si había tiempo para ello.

11. El viernes por la mañana, la Secretaría resumió los cambios que, a su entender, se requerían con respecto a las sugerencias de redacción que el Grupo tenía a su disposición en el actual período de sesiones. El Grupo de Trabajo también escuchó declaraciones de la Secretaría sobre los progresos realizados en la preparación de los estudios sobre los acuerdos marco y las listas de proveedores, que se presentarían al Grupo de Trabajo, para su examen, en su siguiente período de sesiones. Algunos delegados compartieron información sobre las experiencias en sus respectivos Estados en relación con los acuerdos marco y las listas de proveedores.

IV. Examen de propuestas de revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

A. Alcance e importancia de las revisiones de la Ley Modelo y de su Guía para la incorporación al derecho interno (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 4 a 23)

12. El Grupo de Trabajo examinó el alcance y la importancia de sus revisiones de la Ley Modelo y de la Guía para la incorporación al derecho interno.

13. El Grupo de Trabajo reconoció la importancia de una buena planificación de la contratación pública y de una buena administración de los contratos adjudicados para el funcionamiento general eficaz de la contratación pública, así como el cumplimiento de los objetivos de la Ley Modelo. Algunas delegaciones consideraron que debería ampliarse el alcance actual de la Ley Modelo, que únicamente comprendía la fase de selección del proveedor o contratista, agregándole las fases de planificación de la contratación pública y de administración de los contratos adjudicados (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 12 y 13). No obstante, según la opinión general de las delegaciones, no debería modificarse la Ley Modelo en este aspecto y sería más apropiado ampliar el alcance del párrafo 10 de la Guía en lo que respecta a las buenas prácticas en la planificación de la contratación pública y en la administración de los contratos adjudicados. Por otra parte, algunas delegaciones se declararon partidarias de que se formulara, en la propia Ley Modelo, al menos una serie de principios generales mínimos aplicables a dichas fases suplementarias. El Grupo de Trabajo, reconociendo el contexto más amplio en el que esta cuestión debería examinarse, decidió volver a estudiarla ulteriormente conjuntamente con las revisiones de los artículos pertinentes de la Ley Modelo.

14. Por lo que respecta al alcance y la importancia de la revisión de la Guía para incorporación al derecho interno (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 9 a 11 y 19 a 23), el Grupo de Trabajo convino en aplazar el examen de estas cuestiones hasta que hubiera examinado la Ley Modelo revisada en su totalidad. Se argumentó que ese proceder era necesario habida cuenta de la interacción que había entre diversas disposiciones de la Ley Modelo y de la Guía, a fin de asegurar que tanto su contenido como su grado de detalle fueran apropiados y que se evitaran repeticiones innecesarias en la Guía.

15. Algunas delegaciones apoyaron la sugerencia de que la Guía previera más detalles sobre cuestiones que habrían de abordarse en reglamentaciones o incluso proyectos de reglamento, especialmente habida cuenta del valor que tales reglamentos podían tener para la armonización del régimen de la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.38, párr. 9). Por otra parte, se expresó la opinión de que con la armonización de la reglamentación de la contratación pública deberían darse facilidades a los Estados promulgantes y no privarles de toda flexibilidad, por lo que las disposiciones en sí no deberían ser excesivamente prescriptivas.

16. Se reiteró la opinión de que las revisiones de la Ley Modelo y de la Guía en que se abordaran los temas de la utilización de medios electrónicos de comunicación y la publicación en la contratación pública deberían redactarse con el objetivo de

posibilitar y, en su caso, promover, en el proceso de contratación pública, tal utilización sin que con ellos se discriminara el empleo de otros medios, como las comunicaciones sobre papel.

B. Sugerencias de redacción

1. Observaciones generales introductorias en la Guía para la incorporación al derecho interno relativas a la utilización de comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.38, capítulo II, sección B, subsección 2 b))

17. El Grupo de Trabajo convino en introducir en el texto las siguientes enmiendas: i) suprimir las palabras “otras” y “socioeconómicas”, en el párrafo 3; ii) sustituir las palabras “en lo posible” por la expresión “cuando proceda”, en el párrafo 4; y iii) reformular los párrafos 6 y 13 en forma afirmativa, subrayando la necesidad de que los Estados que optaran por incorporar la Ley Modelo revisada a su derecho interno, adopten legislación general sobre el comercio electrónico que prevea el reconocimiento legal, la validez y la ejecutabilidad de las comunicaciones electrónicas generadas en el proceso de contratación pública.

18. Las delegaciones discreparon en cuanto a la necesidad de que en el párrafo 9 se citaran los artículos 5, 6 y 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (A/51/17, anexo I). Algunas delegaciones consideraron que estaba justificado que se citara la totalidad de los artículos pertinentes, a fin de asegurar que la Ley Modelo revisada con su Guía para la incorporación del derecho interno constituyera un documento completo y único en el que se abordaran todos los aspectos pertinentes de la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública. Otras delegaciones estimaron que era innecesario que el párrafo 9 fuera tan detallado en esa parte de la Guía (que contenía observaciones generales introductorias sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas), pero que los argumentos planteados podían consignarse en otra parte de la Guía. Por consiguiente, se sugirió que se suprimiera el párrafo 9 y se consideró que las referencias a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico eran suficientes, si bien tal vez se requiriera una explicación suplementaria sobre las disposiciones de dicha Ley Modelo. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que, al formular de nuevo el párrafo 9 y al remitirse a disposiciones de otros textos en otras partes de la Guía, según el caso, tratara de compaginar economía con claridad y eficiencia.

2. Equivalencia funcional (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 24 a 29)

19. El Grupo de Trabajo recordó su decisión de prever un principio general de equivalencia funcional en la utilización de comunicaciones en el proceso de contratación pública y de redactarlo desde una perspectiva tecnológicamente neutra (A/CN.9/575, párr. 12).

20. El Grupo de Trabajo procedió a examinar las sugerencias de redacción para un nuevo proyecto de artículo 4 bis de la Ley Modelo (que se ha propuesto titular “Equivalencia funcional de todo método utilizable para comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos”) y, en concreto, las variantes A, B y C (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 24 a 29).

21. Se señaló que cada una de las tres variantes contenía tres elementos principales. El primero de ellos era una descripción de los métodos utilizables para la comunicación, la publicación, el intercambio o el archivo de información o documentos, así como para celebrar reuniones; el segundo, la afirmación de que para ello la vía electrónica sería suficiente; y el tercero, los controles de la utilización de los medios de comunicación (A/CN.9/WG.I/WP.38, párr. 26).

22. Por lo que respecta al primer elemento, se observó que la diferencia entre las variantes radicaba en que las variantes A y C contenían una lista de tipos de comunicaciones a los que era aplicable el artículo, mientras que en la variante B figuraba una descripción genérica de los tipos de comunicación aludidos, pero ninguna lista. El Grupo de Trabajo decidió que la variante B constituiría el mejor enunciado, ya que era el más claro y el más fácil de aplicar, y evitaba el riesgo de que las entidades adjudicadoras trataran de eludir la aplicación de la disposición mediante una enumeración rígida en la lista. No obstante, se observó que la descripción genérica tal vez no resultara lo suficientemente amplia para abarcar todos los temas enunciados en la lista, incluida la apertura de convocatorias a licitación por medios electrónicos, la publicación de información relacionada con la contratación pública y el requisito de que un documento se presente en un sobre sellado.

23. En cuanto al segundo elemento, se indicó que el objetivo de la disposición era abordar todas las formas de comunicación y asegurar su equivalencia funcional. Si bien el carácter relativamente novedoso de las formas electrónicas de comunicación podría requerir mayores explicaciones que las formas tradicionales de comunicación, el Grupo de Trabajo puso de relieve que el texto se redactase de tal forma que englobara todo tipo de comunicaciones.

24. Respecto del tercer elemento, se recordó que los controles pertinentes eran las “normas de accesibilidad”, que el Grupo había convenido, en su séptimo período de sesiones, en que fueran aplicables a los medios de comunicación elegidos (A/CN.9/575, párr. 14). Se observó que en un aspecto de los controles se decía que podía utilizarse cualquier medio de comunicación “siempre y cuando el Estado promulgante o la entidad adjudicadora tuviera la certeza de que tal utilización se ajustaba a las [normas de accesibilidad]”. Se señaló que, tal como estaba redactada, la disposición confería un amplio margen de discreción a la entidad adjudicadora y que, al mismo tiempo, dicha entidad no estaba obligada a transcribir su decisión sobre el medio de comunicación elegido ni a consignar tal decisión en el expediente de la contratación pública, conforme al artículo 11 de la Ley Modelo. En consecuencia, se propuso que el texto dijera: “, siempre y cuando tal utilización se ajuste a las [normas de accesibilidad], lo cual era una norma puramente objetiva, y que se volviera a examinar el requisito de que la entidad adjudicadora registrara su selección del medio de comunicación cuando el Grupo de Trabajo examinara la formulación de las “normas de accesibilidad”.

25. Se propuso, como variante, que las “normas de accesibilidad” se consignaran en otra parte de la Ley Modelo y que, por consiguiente, en el texto del proyecto de artículo 4 bis se regularan únicamente los dos primeros elementos.

26. El Grupo de Trabajo decidió proseguir sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 4 bis basándose en la variante B, y pidió a la Secretaría que redactara de nuevo dicha variante teniendo en cuenta estas propuestas y, concretamente, que

revisara el texto explícitamente para dar cabida en él a todas las formas de comunicación y omitiendo toda referencia, en dicho artículo, a las normas de accesibilidad.

27. En lo que respecta a la descripción de las comunicaciones, el Grupo de Trabajo observó que en el proyecto de texto que examinaba se hablaba tanto de los “métodos” como de los “medios” de comunicación (A/CN.9/WG.I/WP.38, párr. 28). El Grupo de Trabajo examinó las ventajas e inconvenientes de ambos términos y convino en proseguir sus deliberaciones sobre esta cuestión en una fecha ulterior.

3. Normas de accesibilidad (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 30 a 32)

28. Según la opinión general de las delegaciones, las disposiciones sobre las “normas de accesibilidad”, que actualmente figuraban en el artículo 4 bis, deberían consignarse en forma separada y regular claramente todos los tipos de comunicaciones, y no sólo las electrónicas.

29. Con respecto a los proyectos de disposición relativos a las “normas de accesibilidad” (A/CN.9/WG.I/WP.38, párr. 30), se señaló que la finalidad del apartado a) de esa disposición era asegurar, entre otras cosas, que las entidades adjudicadoras examinaran debidamente las repercusiones de costos al elegir los medios de comunicación, por lo que se sugirió que se sustituyeran los términos “generalmente accesible” por la expresión “razonablemente accesible”. También se sugirió que el texto dijera “fuera compatible (mutuamente compatible) con los sistemas que fueran de uso común o general”. Se hizo también referencia al párrafo 5 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1 en el que figuraba esta frase; además, se señaló que en las directivas 2004/17/EC y 2004/18/EC de la Unión Europea sobre contratación pública figuraba un texto similar¹. No obstante, se objetó que, en la práctica, tal vez resultara difícil que se cumpliera el requisito de “compatibilidad mutua”, pues muchas veces era imposible lograrla, por lo que podrían producirse revisiones excesivas de las decisiones sobre contratación pública. También se sugirió que se sustituyera la palabra “generalmente” por el término “comúnmente”. Con respecto al apartado b), se estimó que debería suprimirse, dado que su contenido no guardaba relación con las “normas de accesibilidad”.

30. Algunas delegaciones estuvieron de acuerdo con la observación de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.38, párr. 31) de que existía alguna incoherencia entre los apartados a) y c) en la medida en que una vía de comunicación generalmente accesible podía, no obstante, resultar discriminatoria para ciertos proveedores o contratistas. Se sugirió reemplazar toda la disposición por el siguiente texto: “La entidad adjudicadora se cerciorará de que el método que vaya a utilizar para la comunicación, publicación, intercambio o archivo de información o de documentos no supone una discriminación irrazonable de algunos posibles proveedores o contratistas o una discriminación entre todos ellos ni limita sustancialmente la competencia.”

31. Se observó que i) la variante propuesta no abordaba la utilización de los medios electrónicos de comunicación en la contratación pública, ii) podría estar justificado que se agregara una referencia a la “celebración de reuniones”, iii) la frase del texto propuesto “no supone una discriminación irrazonable” podía interpretarse de maneras distintas en los diversos ordenamientos jurídicos, y sería

preferible emplear un término distinto al de la “razonabilidad”, y iv) debía quedar prohibida toda discriminación por parte de la entidad adjudicadora y, por ello, se debería suprimir la palabra “sustancialmente”.

32. El Grupo de Trabajo observó que existía una diferencia entre el concepto de “accesibilidad general” en el apartado a) y el de no discriminación en el apartado c) (A/CN.9/WG.I/WP.38, párr. 31), y se planteó si ambos conceptos debían figurar explícitamente en el texto o si cabía considerar que el requisito de que los medios de comunicación fueran generalmente accesibles ya quedaba englobado por el requisito de no discriminación. El Grupo de Trabajo decidió volver a examinar la cuestión en una fecha ulterior.

33. El Grupo de Trabajo, al observar que no se había adoptado una decisión definitiva sobre la cuestión, pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de texto revisado para las “normas de accesibilidad” basándose en el texto enunciado en el párrafo 30 *supra*, al que se incorporaran las observaciones formuladas al respecto en el período de sesiones en curso, y que revisara en consecuencia el proyecto de Guía para la incorporación al derecho interno. El Grupo de Trabajo aplazó la decisión sobre el lugar del texto de la Ley Modelo en que habrían de insertarse las disposiciones y pidió a la Secretaría que preparara propuestas al respecto a fin de poderlas examinar en su siguiente período de sesiones.

4. Forma de las comunicaciones - revisiones propuestas del artículo 9 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 1 a 5)

34. Poniendo de relieve la estrecha vinculación entre las cuestiones de la “equivalencia funcional” de todos los medios de comunicación y de las “normas de accesibilidad”, examinadas anteriormente en el período de sesiones (véanse los párrafos 19 a 33 *supra*), y habida cuenta de las disposiciones sobre la forma de comunicación enunciadas en el artículo 9 revisado (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párr. 3), algunas delegaciones estimaron que las disposiciones pertinentes deberían figurar juntas. Otras delegaciones consideraron que el artículo 9 de la Ley Modelo tenía un alcance limitado a la forma de las comunicaciones entre la entidad adjudicadora y los proveedores, por lo que las disposiciones que regulaban las cuestiones que iban más allá de esta cuestión concreta deberían insertarse en otra parte del texto.

35. Por lo que respecta al párrafo 1 bis del artículo 9 revisado, se señaló que el texto propuesto podría ser superfluo habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 4 bis (relativo a la “equivalencia funcional”), que daba a la entidad adjudicadora un margen de discreción para seleccionar los medios de comunicación.

36. En lo que respecta al párrafo 1 ter, se sostuvo que, dado que las “normas de accesibilidad” eran aplicables a la presentación de ofertas, podían tener cabida en el artículo 30 de la Ley Modelo. No obstante, el Grupo de Trabajo observó que las “normas de accesibilidad” deberían ser aplicables a todas las etapas de la contratación pública, y que todas estas etapas deberían regularse en un único artículo.

37. El Grupo de Trabajo convino provisionalmente en suprimir los párrafos 1 bis y 1 ter hasta que se hubieran concluido las deliberaciones sobre la “equivalencia funcional” y la presentación de ofertas por vía electrónica, respectivamente. Sin embargo, si se decidiera insertar el texto del párrafo 1 bis del artículo 9 en la última

disposición relativa a la “equivalencia funcional”, se observó que el texto debería hacer referencia a todas las comunicaciones efectuadas en el proceso de contratación pública y, por consiguiente, en vez de decir “comunicaciones con” los proveedores o contratistas, se debería decir “comunicaciones entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas”.

38. En relación con el párrafo 1 quater, se sugirió que las disposiciones quedaran incluidas en el artículo que regulaba las “normas de accesibilidad”. La variante propuesta para las “normas de accesibilidad” (véase el párrafo 30 *supra*), en su forma revisada, podría sustituir al párrafo 1 quater, o podría insertarse en otra parte del texto.

39. Se observó, además, que la formulación de las “normas de accesibilidad” y el párrafo 1 quater propuesto tendrían que examinarse en el contexto del proyecto de párrafo 1 quinquies del artículo 9. En ese último párrafo se preveía que los Estados promulgantes tal vez desearan adoptar reglamentos sobre las cuestiones técnicas planteadas por la utilización de comunicaciones electrónicas y sobre la accesibilidad de dichas comunicaciones. El Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si esos reglamentos deberían ser imperativos o no. Ciertas delegaciones señalaron que la obligación de regular esas cuestiones podría resultar onerosa.

40. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que los reglamentos propuestos en el párrafo 1 quinquies del artículo 9, en que se abordaban las cuestiones técnicas, no deberían ser imperativos, pero que en cambio sí deberían serlo los que regularan la cuestión de la accesibilidad, a reserva de la resolución de las cuestiones de redacción aún pendientes sobre las “normas de accesibilidad” propiamente dichas. El Grupo de Trabajo también convino en que el texto de la Guía debería explicar los objetivos de los reglamentos y subrayar la finalidad de la equivalencia funcional de todos los tipos de comunicación, a fin de que no se impusieran a las comunicaciones electrónicas normas más estrictas de autenticidad, integridad, accesibilidad mutua y confidencialidad que a las comunicaciones sobre papel. Se estimó también que el texto de la Guía podría ser útil para hacer notar a los Estados promulgantes la necesidad de los requisitos de accesibilidad y de accesibilidad mutua como salvaguardias necesarias, especialmente en el contexto de la contratación pública internacional, con miras a facilitar el acceso de los proveedores extranjeros al mercado de la contratación pública.

41. El Grupo de Trabajo examinó también la cuestión de si la entidad adjudicadora debería proporcionar gratuitamente a los posibles proveedores programas informáticos (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párr. 5). El Grupo de Trabajo señaló que se exigiría de las entidades adjudicadoras que obtuvieran una licencia para utilizar programas informáticos y que a tal efecto especificaran el número de usuarios (un requisito quizá imposible de cumplir); el Grupo de Trabajo señaló también que había circunstancias en que sería apropiado cobrar por los programas informáticos proporcionados. En consecuencia, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que no sería apropiado requerir a las entidades adjudicadoras que proporcionaran todos los programas informáticos gratuitamente, pero que en la Guía debería disponerse que las entidades adjudicadoras no deberían utilizar su capacidad de cobro para imponer precios desproporcionados ni para restringir el acceso a la contratación pública.

42. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de artículo 9 y el consiguiente texto en la Guía que lo acompañara.

5. Concepto de “electrónico” y otros términos conexos (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 6 a 12)

43. El Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si en la Ley Modelo debía darse una definición de los términos “electrónicos” o “medios electrónicos de comunicación”, tomando nota de que si bien en algunos regímenes de la contratación pública y en algunas legislaciones sobre el comercio electrónico figuraban definiciones equivalentes, en otros ordenamientos no existían tales definiciones (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párr. 9 y nota 5 al final del documento). En esta última categoría entraba la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, en la que se definían los conceptos de “mensaje de datos” y de “intercambio electrónico de datos” desde una perspectiva funcional. Dado que las comunicaciones electrónicas eran una materia en plena evolución, se observó también que habría que adoptar un criterio de interpretación lo más amplio posible, y que toda definición podía volverse obsoleta. El Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que en el texto de la Ley Modelo no debería figurar una definición de esos términos. No obstante, el Grupo de Trabajo consideró que en la Guía para la incorporación al derecho interno deberían describirse esos conceptos haciendo remisión, de ser necesario, a las disposiciones de la Ley Modelo sobre la “equivalencia funcional”.

6. Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 13 a 15)

44. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con el texto propuesto (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, la sección a continuación del párrafo 14), con una nota conforme a la cual las citas de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico se sustituyeran por remisiones apropiadas.

7. Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 16 a 18)

45. El Grupo de Trabajo recordó su decisión de que no debía prescribirse la forma que debía revestir un expediente, la cual debía estar sin embargo sujeta a las “normas de accesibilidad” descritas más arriba (A/CN.9/575, párrs. 43 a 46). El Grupo de Trabajo consideró que el requisito propuesto de que la entidad adjudicadora mantuviera accesible la información electrónicamente almacenada en el expediente, aun cuando las tecnologías cambiaran, resultaría técnicamente difícil. Se convino en que ese requisito fuera válido únicamente hasta que hubiera vencido el plazo para una revisión conforme al artículo 52 de la Ley Modelo. Se pidió a la Secretaría que enmendara en consecuencia el texto propuesto del párrafo 1) bis de la Guía para la incorporación al derecho interno, que trataba del artículo 11 de la Ley Modelo.

8. Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 19 a 27)

46. El Grupo de Trabajo basó sus deliberaciones en las revisiones propuestas del artículo 30 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párr. 24). Se señaló que la finalidad de las revisiones era suprimir el derecho que tenía un proveedor, en

virtud del artículo 30.5 b), a presentar una oferta por escrito, en un sobre sellado. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de la cuestión de hasta qué punto debían tratarse las disposiciones en la Ley Modelo, en la Guía para la incorporación al derecho interno en forma de texto narrativo o en un proyecto de reglamento.

47. Por lo que respecta a las revisiones del artículo 30.5 a), se decidió suprimir toda posibilidad de que el proveedor pudiera insistir en la presentación de una oferta sobre papel. En consecuencia, se propuso que la Secretaría revisara la disposición a fin de que previera que las ofertas debieran presentarse con arreglo a lo requerido en el pliego de condiciones. Se convino asimismo en que se incluyeran en el texto los controles equivalentes a los enunciados en el actual artículo 30.5 b), que exigía que, como criterio de forma, en la oferta figurara un registro de su contenido y que tuviera al menos un grado similar de autenticidad, seguridad y confidencialidad (siempre y cuando los controles no vinieran enunciados en otra parte de la Ley Modelo, sobre todo en relación con las “normas de accesibilidad” enunciadas más arriba). El Grupo de Trabajo observó asimismo que las disposiciones del artículo 27 (Contenido del pliego de condiciones) deberían prever la obligación de la entidad adjudicadora de especificar en dicho documento la forma en que deberían presentarse las ofertas, con remisiones apropiadas a las disposiciones sobre “equivalencia funcional”, a fin de englobar todas las formas en que las ofertas pudieran ser presentadas.

48. El Grupo de Trabajo aplazó su examen del texto que acompañaba a la disposición en la Guía para la incorporación al derecho interno (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 26 y 27), así como la cuestión de si sería preciso adoptar alguna otra disposición que regulara la modificación de las ofertas, hasta que hubiera finalizado las revisiones del artículo 30.5 a) de la Ley Modelo.

49. Se observó también que tal vez habría que reglamentar de forma concreta la cuestión de las garantías de la oferta, a raíz de la experiencia registrada por ciertas delegaciones y ciertos observadores de que las garantías de la oferta seguían siendo documentos sobre papel y de que tal vez la presentación simultánea con ofertas electrónicas no era posible. Se indicó que se habían rechazado ofertas por no haberse facilitado garantías de las mismas cuando eran requeridas en esas circunstancias. Se pidió a la Secretaría que proporcionara al Grupo de Trabajo más información y propuestas sobre esta cuestión en su siguiente período de sesiones, por ejemplo, sobre si existía alguna práctica conforme a la cual se concediera un breve plazo para la presentación de garantías una vez presentada la oferta (véase también el párrafo 100 *infra*).

9. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 28 a 32)

50. El Grupo de Trabajo examinó las cuestiones técnicas que planteaba la apertura de ofertas presentadas por vía electrónica y el grado de detalle con que esas cuestiones deberían tratarse en el texto revisado de la Ley Modelo y de la Guía para la incorporación al derecho interno. El Grupo de Trabajo recordó sus conclusiones anteriores, a saber, que era preciso un equivalente electrónico a la presencia física de los proveedores y contratistas, previsto en el actual artículo 33.2 de la Ley Modelo (A/CN.9/575, párrs. 37 a 42). Se sugirió que los proyectos de párrafos 4 y 5 del artículo 33 se combinaran en un único artículo insertando las palabras “de conformidad con los requisitos del párrafo 2 del artículo 33” antes de las palabras

“asistir a la apertura de las ofertas”, que figuran en el párrafo 4, y que se suprimiera el párrafo 5.

51. El Grupo de Trabajo aplazó su examen del texto que en la Guía para la incorporación al derecho interno acompañaba a la disposición (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párr. 32) hasta que hubiera concluido las revisiones del artículo 33.2 de la Ley Modelo.

10. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.39 y Add.1)

a) Observaciones generales

52. Se recordó que, al formularse el texto del artículo 5 de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo no conocía lo bastante bien la práctica interna de los Estados en lo concerniente a la accesibilidad por parte de los interesados a la información relativa a todo contrato adjudicable para poder extender el alcance del artículo 5 más allá de los textos jurídicos mencionados en el texto actual de ese artículo. Se podía dejar constancia de una ampliación del alcance del artículo 5 al hacer remisión a “cualquier otra disposición de derecho interno que sea directamente aplicable al proceso de contratación”, conforme puede verse en el artículo 27 t) de la Ley Modelo. Se sugirió que tal vez procediera que el Grupo de Trabajo vuelva a examinar el alcance del artículo 5.

53. El Grupo de Trabajo se refirió a la necesidad de obrar con cierta cautela al transponer a un entorno electrónico nociones como las de “publicación” y “actualización sistemática” inicialmente formuladas respecto de una documentación consignada sobre papel. Por ejemplo, ¿cabía entender el requisito de la “actualización sistemática” como referido a una actualización continua de la información para su futura consulta? ¿Debería entenderse que el término “publicación” presuponia un acto único o un proceso continuo de publicación por Internet? Se dijo que todo término utilizado en la versión revisada del artículo 5 debería ser cuidadosamente sopesado a fin de que dicho artículo lograra la finalidad propuesta. Se observó además que el Grupo de Trabajo no debería olvidar, al tratar de dotar de mayor transparencia al proceso de adjudicación, los intereses legítimos de todo Estado de mantener fuera de dominio público ciertas categorías de información (tales como la relativa a la seguridad y la defensa del país).

54. Respecto de la publicación de los textos reglamentarios en el marco de algunos regímenes internos de la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.39, párrs. 20 a 28), se sugirió que la Guía debería distinguir entre toda información concerniente al contrato por la que la entidad adjudicadora pudiera quedar obligada frente a un proveedor o contratista y la información de índole interna que interesara únicamente a la entidad adjudicadora. Se observó que el requisito de publicidad se aplicaría de modo distinto según cual fuera la categoría de la información. Se respondió, asimismo, que los destinatarios de la información y la forma en que habría de presentarse la información eran menos importantes que el contenido que se había de publicar a fin de que la información abarcara todo aspecto importante de las prácticas y procedimientos de la contratación pública de un país y que fuera de interés para los proveedores. Se mencionó a ese respecto el examen efectuado de una cuestión similar en la Organización Mundial del Comercio (A/CN.9/WG.I/WP.39, párr. 19).

b) Acceso del público a información concerniente a la adjudicación de un contrato – propuestas de revisión de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.39 y A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párrs. 34 a 39)

55. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición el texto revisado del artículo 5 (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párr. 35) y recordó su propio examen de este artículo durante su séptimo período de sesiones (A/CN.9/575, párrs. 24 a 28).

56. Se observó que el texto revisado se refería a diversas categorías de información: i) textos de índole regulatoria, ii) información concerniente a determinados contratos que se vayan a adjudicar y que deba ser publicada con arreglo a la Ley Modelo, tales como el pliego de condiciones y la notificación de todo contrato adjudicado; y iii) otras categorías de información cuya publicación no se exige en la Ley Modelo, tales como información referente a contratos próximamente adjudicables, y directrices o medidas de control interno (cuya publicación es optativa). Se expresaron pareceres divergentes sobre si procedía regular las tres categorías de información en un único artículo. Se observó que el requisito de publicidad sería probablemente distinto según cuál fuera la categoría de información considerada. Por ejemplo, tal vez esté justificado exigir que se centralice y normalice la publicación de toda información cuya publicidad sea obligatoria con arreglo a la Ley Modelo, mientras que ese requisito sería tal vez oneroso respecto de otras categorías de información.

57. Se sugirió restringir el alcance de la regla del párrafo 1 del artículo 5 a los textos de carácter normativo, como sucedía en el actual artículo 5 de la Ley Modelo, haciendo tal vez una remisión adicional a toda decisión judicial que sea de alcance general a fin de alinear su texto con el correspondiente texto del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio².

58. Se pidió cierta cautela a la hora de ampliar el alcance del artículo a otras categorías de información, como pudiera ser a la categoría ii) descrita en el párrafo 56 *supra*. Se estimó que sería mejor tratar los requisitos de publicidad de esa categoría de información en normas de rango reglamentario. Por lo demás, se observó que la reglamentación de esas cuestiones restaría flexibilidad a la Ley Modelo y tal vez diera lugar a que se presentaran quejas posiblemente no justificadas de incumplimiento de alguno de esos nuevos requisitos de publicidad.

59. Por el contrario, se sugirió que el párrafo 2 del artículo 5 se ocupara también de la publicidad que debería darse a la información concerniente a todo contrato que se tuviera previsto adjudicar y que se fusionara esa disposición con la regla concerniente a ese mismo tema enunciada en el párrafo 40 del documento A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1 (véase también el párrafo 62 *infra*).

c) Publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párrs. 1 a 17, 38, 40 y 41)

60. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición el artículo revisado dedicado a la publicación de información sobre todo contrato próximamente adjudicable (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párr. 40) y recordó sus deliberaciones sobre este tema en su séptimo período de sesiones (A/CN.9/575, párrs. 29 a 31).

61. El Grupo de Trabajo tomó nota de las ventajas de que se publicara información sobre todo contrato próximamente adjudicable, lo que dotaría de mayor

transparencia al proceso de adjudicación, reduciría el número de contratos adjudicados en condiciones “especiales” o de “emergencia”, y reduciría, a la vez, el número de contratos adjudicados por métodos menos competitivos. El Grupo de Trabajo examinó asimismo la mayor competitividad y el ahorro que ello supondría al permitir que un mayor número de proveedores estuvieran al corriente de los contratos adjudicables, lo que les permitiría además evaluar mejor su interés en participar y les daría margen para prepararse por adelantado (A/CN.9/WGI/WP.39/Add.1, párrs. 5 y 41). El Grupo de Trabajo tomó nota de que, con arreglo a algunos regímenes de la contratación pública, la publicación de esa información permitía que la entidad adjudicadora abreviara el plazo mínimo para la recepción de ofertas (A/CN.9/WGI/WP.39/Add.1, párr. 14).

62. Se expresó en general preferencia por la publicación optativa de la información concerniente a todo contrato público próximamente adjudicable (A/CN.9/WGI/WP.39/Add.1, párr. 17). Hubo diversidad de pareceres respecto de si procedía que se regulara esta cuestión en la Ley Modelo o en un reglamento. El Grupo de Trabajo convino, a título preliminar, en que se incluyera alguna disposición en la Ley Modelo relativa a los contratos próximamente adjudicables, al tiempo que se fijara algún límite temporal claro para la publicación de ese tipo de información formulado en términos como los de “tan pronto como sea posible”.

d) Otros asuntos (A/CN.9/WGI/WP.39/Add.1, párrs. 18 a 33)

63. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la publicación electrónica, además de facilitar el acceso de un mayor número de proveedores o contratistas interesados y del público en general a una información más completa sobre la contratación pública, había dado lugar a ciertas prácticas, a las que no se prestaba la documentación consignada sobre papel, que suscitaban cierta inquietud y que tal vez debieran ser expresamente reglamentadas. Se señaló al Grupo de Trabajo la inquietud que provocaba la publicación o el anuncio por Internet de información concerniente a la contratación pública sin que esa información se centralizara, sistematizara o normalizara en modo alguno, así como la ausencia de toda actualización sistemática de la información anunciada y el cobro de tarifas por el acceso a dicha información. Todo ello podría obstaculizar la obtención de información que, además de ser exacta, fuera útil y necesaria para poder participar en la contratación pública. El Grupo de Trabajo tomó nota de que los reglamentos existentes no resolvían, a menudo, adecuadamente éstas y otras cuestiones suscitadas por la publicación por vía electrónica de información concerniente a la contratación pública. Se decidió aplazar el examen de estas cuestiones y tratarlas en un ulterior período de sesiones.

11. La subasta electrónica inversa (A/CN.9/WGI/WP.40 y Add.1, párrs. 1 a 20)

a) Observaciones generales (A/CN.9/WGI/WP.40, párrs. 4 a 8)

64. Recordando la solicitud que dirigió a la Secretaría, en su séptimo período de sesiones, de que formulara disposiciones por las que se autorizara el recurso de subasta electrónica inversa (A/CN.9/575, párr. 67), el Grupo de Trabajo tomó nota de los parámetros que enunció al respecto, que eran los siguientes: i) las disposiciones habilitantes deberían autorizar la subasta electrónica inversa como método autónomo de la contratación pública y no como mera fase optativa de algún otro método; ii) deberían enunciar las condiciones generales para el empleo de la

subasta electrónica inversa (exigiéndose en particular que se formularan en términos precisos las especificaciones y que los criterios de valoración fueran fáciles de cuantificar objetivamente); y iii) esas disposiciones no deberían excluir ninguna categoría concreta de contrato. Por último, dichas disposiciones deberían formularse a la luz de otros regímenes internacionales de la contratación pública que regularan esta misma cuestión (A/CN.9/575, párrs. 51 a 67).

65. Algunas delegaciones tomaron nota de que convendría reconsiderar la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo, en su séptimo período de sesiones, que dio lugar a la formulación del primer parámetro. Otras delegaciones señalaron que esa decisión se había tomado por estimarse que permitir el recurso a la subasta electrónica inversa como una etapa de algún otro método de adjudicar un contrato debilitaría el principio de que el método de adjudicación preferido, en el marco de la Ley Modelo, era el de la licitación pública. Ahora bien, tras tomar nota de que la difusión de esas subastas en el marco de otros regímenes de la contratación pública hacía obligatorio que la Ley Modelo se ocupara a su vez de ellas, el Grupo de Trabajo convino en que se pasara a examinar el texto de los proyectos de disposición en espera de que se resolviera ulteriormente la cuestión del primer parámetro.

66. El Grupo de Trabajo convino en que la Guía para la incorporación al derecho interno tratara de los beneficios de la participación del mayor número de concursantes posible, aun cuando observó que tal vez no fuera conveniente que los proveedores participaran en una subasta electrónica inversa a través de un representante o por teléfono, ya que ello se prestaba a abusos. Se observó que el empleo de Internet permitiría rastrear el curso del procedimiento, lo que tal vez no fuera posible de utilizarse el teléfono.

**b) Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa (artículo 19 bis)
(A/CN.9/WG.I/WP.40, párrs. 9 a 17)**

67. El Grupo de Trabajo observó que, como cuestión de principio, el proyecto de artículo debería dar margen para la evolución del método de subasta electrónica inversa, por lo que no debería excluir ningún tipo de subasta, manteniéndose a la espera de que se adopte alguna decisión respecto del primer parámetro anteriormente enunciado.

68. Respecto del párrafo 1 del artículo 19 bis, que preveía la designación de algún órgano público, distinto de la entidad adjudicadora, que estuviera facultado para aprobar el recurso a la subasta electrónica inversa, algunas delegaciones observaron que la decisión de si la subasta electrónica inversa resultaría un método de adjudicación adecuado en las circunstancias del caso considerado podía resultar compleja, por lo que la intervención de un órgano que no fuera la propia entidad adjudicadora resultaría provechoso. Ahora bien, se observó que tal vez no resultara posible, en el marco del derecho interno de algunos Estados promulgantes, instituir esa vía facultadora ajena al contrato adjudicado. Otras delegaciones expresaron el parecer de que esa decisión correspondía únicamente a la propia entidad adjudicadora.

69. Respecto del apartado a) del párrafo 1, se observó que la primera cuestión que se había de examinar era la de si procedía adjudicar obras o servicios por medio de la subasta electrónica inversa, dado que la adjudicación de esos contratos solía ser

compleja por naturaleza, al requerir el empleo de criterios de valoración cualitativos, y la experiencia había además enseñado que el recurso a la subasta electrónica inversa para la adjudicación de esos contratos podría haberse prestado a abusos y a desaciertos.

70. Respecto de las obras, se observó que algunos contratos de obras (tales como la pavimentación de una carretera) no resultaban complejos de adjudicar y que los avances de la tecnología podrían dar lugar a que lo que hoy resultaba complejo no lo fuera en el futuro. En sentido contrario, se observó que para que funcionara bien una subasta electrónica inversa y asegurar que cada concursante pudiera ofrecer un precio realista y que se obtuviera la mejor oferta, los concursantes deberían poder definir la estructura presupuestaria de su oferta con todo detalle. Los principales contratistas que participaran en una subasta de obras de cierta complejidad no dispondrían de todos los datos requeridos, especialmente en lo concerniente a toda parte de la obra que fuera a ser subcontratada. Ello daría lugar a la oferta de precios artificiales. Se observó además que esta práctica daría también lugar a que a mediano plazo, las pequeñas y medianas empresas pudieran verse excluidas del proceso de adjudicación en favor de los grandes contratistas.

71. En lo referente a la adjudicación de servicios, se observó que pese a que algunos servicios pudieran ser especificados con precisión y se prestaran a una valoración puramente objetiva, la categoría de servicios designada por el nombre de servicios intelectuales no resultaría adjudicable por este procedimiento.

72. Se observó que en algunos países se autorizaba el recurso a la subasta electrónica inversa sobre la base de una lista o catálogo de contratos adjudicables por este procedimiento.

73. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo decidió que no procedía excluir ni las obras ni los servicios en su totalidad del régimen aplicable a la subasta electrónica inversa, en espera de que se estudiara más en detalle qué categorías de contratos se prestaban a ser adjudicados por medio de una subasta electrónica inversa.

74. En lo relativo al texto del apartado a) del párrafo 1, se convino en suprimir las palabras “y exactas” y el texto “con objeto de que se pueda homogeneizar el proceso de contratación”.

75. En lo concerniente al párrafo 1 b), se observó que la finalidad de esta disposición era velar por que se recurriera a la subasta electrónica inversa en el marco de un mercado competitivo, pero que no procedía fijar el número requerido de proveedores o contratistas para que un mercado fuera considerado competitivo. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo decidió suprimir las palabras “de por lo menos [diez]” y reformular dicho texto para que dispusiera que el número de proveedores deberá ser suficiente para que la competencia sea real.

76. En lo que respecta al párrafo 1 c), se convino en que la principal cuestión que se había de examinar era la de si el precio bastaría por sí solo para evaluar la oferta, o si se había de someter a subasta otros criterios de valoración, además del precio. Algunas delegaciones consideraron que sólo debería subastarse el precio, lo que aseguraría la transparencia del proceso. Otras delegaciones indicaron que permitir que se subastaran otros criterios distintos del precio permitiría, por ejemplo, que se valoraran cuestiones técnicas (tales como el consumo de energía y otros factores que tal vez fueran más difícilmente cuantificables), y observaron que, en todo caso, se

habría de dar a conocer, en el pliego de condiciones, el coeficiente de ponderación otorgado a esos criterios.

77. Otras delegaciones indicaron que todo criterio distinto del precio que se utilizara en la valoración debería, en todo caso, ser cuantificable y susceptible de evaluación objetiva, a fin de preservar la transparencia del proceso y de no menoscabar las eventuales ventajas de la subasta. Algunas delegaciones recalcaron que el requisito de que todo criterio utilizado fuera cuantificable significaba que debería ser fácil y objetivamente cuantificable.

78. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el enfoque funcional del texto, y observó que el disponer que toda subasta debería versar únicamente sobre elementos que pudieran ser definidos con precisión y cuyos criterios de valoración distintos del precio fueran objetivamente cuantificables, excluiría de por sí ciertas categorías de obras y de servicios que, a tenor de esas condiciones, no se prestaban a las subastas electrónicas inversas. Ahora bien, se observó también que esa formulación no resolvería la cuestión de las estructuras presupuestarias o de costos difíciles de precisar que se mencionó anteriormente en el párrafo 70. Por otra parte, se señaló al Grupo de Trabajo que el tener que redactar dicho texto en términos que excluyeran “las obras” y “los servicios” suscitaría graves dificultades de definición, por lo que la solución tal vez radicaría en dejar esos términos en el texto y en impartir orientación pertinente al respecto en la Guía para su incorporación al derecho interno. Se convino en que la solución que se diera a la cuestión suscitada por los criterios de valoración determinaría también la complejidad de la subasta electrónica inversa, por lo que el Grupo de Trabajo decidió proseguir sus deliberaciones al respecto en su siguiente período de sesiones.

79. Con respecto al texto del párrafo 1 c), se convino en suprimir las palabras “productos estándar” y “productos básicos”, pero dejando el resto del texto como estaba en espera de que el Grupo de Trabajo concluyera su examen de las cuestiones anteriormente indicadas.

80. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el texto para su inserción en la Ley Modelo y que efectuara toda modificación que procediera, teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, en el texto de la Guía para su incorporación al derecho interno.

c) Período anterior a la subasta (artículo 47 bis) (A/CN.9/WG.I/WP.40, párrs. 18 a 25)

81. El Grupo de Trabajo señaló que no sería posible finalizar sus deliberaciones sobre el texto del proyecto de artículo 47 bis (A/CN.9/WG.I/WP.40, la sección a continuación del párrafo 20) mientras no se hubieran resuelto las cuestiones relativas a las condiciones de utilización de las subastas electrónicas inversas enunciadas en los párrafos 65 a 80 *supra*. También se puso de relieve la conveniencia de que las disposiciones se mantuvieran redactadas de la forma más concisa posible.

82. Se observó que la finalidad de las disposiciones era evitar restricciones de la competencia, de modo que se cumplieran las disposiciones que rigen los procedimientos de convocatoria a licitación, salvo cuando las ofertas presentadas, y su evaluación, fueran “iniciales”. Se afirmó que, en este contexto, por “iniciales” cabía entender que todos los criterios se presentarían y evaluarían frente a los

criterios de selección estipulados de la forma normal, pero que el precio (y todo otro criterio que se determinara a través de la subasta) se presentaría en la subasta electrónica inversa, a fin de determinar el proveedor ganador de la licitación.

83. Se señaló que el texto propuesto permitía restringir el número de participantes invitados a participar en la subasta, y que en la Guía para la incorporación al derecho interno debería indicarse que las condiciones de utilización para las licitaciones restringidas normalmente no serían aplicables a los procesos de contratación pública que fueran aptos para la realización de una subasta electrónica inversa. En consecuencia, se consideró que, en circunstancias normales, no debería restringirse el número de participantes, salvo cuando así se determinara en la evaluación inicial antes mencionada.

84. Se observó que en el párrafo 4 del proyecto de artículo, en particular, se requería al Grupo de Trabajo que examinara los modelos de subastas electrónicas inversas que habían de preverse. Se recordó que el Grupo de Trabajo, en su séptimo período de sesiones, había examinado dos modelos de este tipo de subastas, las cuales podían estar previstas en el texto. En el modelo 1, se presentarían en la subasta propiamente dicha todos los aspectos de la licitación que hubiera que comparar para seleccionar al proveedor ganador, y que podían ser únicamente el precio. En el modelo 2, habría una evaluación previa de todos los elementos de la oferta inicial o de aquellos que no se presentarían en la subasta, y se proporcionaría a los proveedores información sobre la puntuación de sus respectivas ofertas basada en la evaluación inicial. Todos los criterios de evaluación se combinarían en una fórmula matemática, que reordenaría los niveles de puntuación de los concursantes al presentarse cada oferta durante la subasta propiamente dicha. En los dos modelos, el proveedor ganador quedaría determinado en la subasta (a diferencia de lo que ocurriría si se aplicaran otros modelos posibles, que el Grupo de Trabajo había decidido provisionalmente no tratar en la Ley Modelo).

85. Por lo que respecta al modelo 2, ciertas delegaciones estimaron que resultaba difícil entender de qué manera podían incluirse en el procedimiento los criterios no cuantificables, pues cabía considerar que dichos criterios minaban la lógica del procedimiento en sí. Se observó asimismo que cabía la posibilidad de que los proveedores mejor puntuados, cuyos costos de producción fueran más altos que los de los proveedores con una puntuación inferior, ofrecieran precios bajos e irrealistas durante la subasta, con el consiguiente riesgo de comportamiento abusivo. Se observó que ese riesgo podía obviarse si se permitía únicamente presentar el precio sujeto a la subasta, y no otros criterios, lo cual equivaldría a una versión restringida del modelo 1.

86. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que formulara dos posibles variantes de disposición para regular el período anterior a la subasta, uno de ellos basado en el modelo 1, y otro, en el modelo 2, señalando que la cuestión principal que había de examinarse era la de si en las subastas electrónicas inversas deberían incluirse criterios distintos del precio que fueran cualitativos y no cuantificables. El Grupo de Trabajo decidió que sería apropiado no examinar el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno ni el de los proyectos de reglamento hasta que se hubiera examinado el proyecto de texto de la Ley Modelo, en su forma revisada.

d) Fase de la subasta (artículo 47 ter) (A/CN.9/WG.I/WP.40, párrs. 26 a 35)

87. Se observó que el Grupo de Trabajo no estaría en condiciones de concluir sus deliberaciones sobre el texto propuesto del artículo 47 ter (A/CN.9/WG.I/WP.40, la sección a continuación del párrafo 27) hasta que se hubieran resuelto las cuestiones antes mencionadas. No obstante, el Grupo de Trabajo preparó un comentario preliminar sobre el texto, que figura a continuación.

88. Por lo que respecta al apartado b) del párrafo 1, se señaló que deberían suprimirse la palabra “proporcionará” y las frases optativas “si tiene la mayor puntuación en la subasta” y “como para determinar los cambios que se han de introducir en cualquier oferta a fin de que obtenga la mayor puntuación en la subasta”.

89. Respecto del párrafo 2, se propuso que el texto que seguía a las palabras “o en la convocatoria”, es decir, los apartados a) y b), en los que se trataban cuestiones de procedimiento que podrían abordarse en reglamentos o en la Guía para la incorporación al derecho interno, fuera suprimido del proyecto de texto.

90. En relación con el apartado c) del párrafo 2, se sugirió que dejara de ser un apartado y pasara a ser un párrafo.

91. Por lo que respecta al párrafo 3, se sugirió que la entidad adjudicadora pudiera verse obligada a poner fin a la subasta electrónica inversa, dadas las circunstancias mencionadas en el párrafo, y por ello se propuso que se agregaran en el párrafo las palabras “o a poner fin a” después de la palabra “suspender” (y que esta cuestión se tratara con detalle en la Guía).

92. Respecto del párrafo 6, se señaló que la segunda parte del párrafo preveía las variantes posibles en el supuesto de que el concursante ganador no cerrara el trato de contratación pública. Entre esas posibilidades figuraban la de que se celebrara una nueva subasta electrónica inversa, la de que se adjudicase el contrato al segundo ofertante con la mejor puntuación después del que había ganado la licitación (con la indicación de que no sería necesariamente posible determinar cuál era el segundo ofertante mejor puntuado) y la de permitir negociaciones con otros concursantes. Se observó también que cuando, en virtud de las reglas, se adjudicara el contrato al segundo concursante conforme a la puntuación, se habían observado en la práctica casos en que un concursante presentaba una oferta artificialmente baja pero ganadora, a sabiendas de que el segundo concursante mejor puntuado obtendría el contrato. El Grupo de Trabajo convino en examinar esta cuestión con más detenimiento en un futuro período de sesiones.

93. El Grupo de Trabajo decidió que sería apropiado estudiar el texto de la Guía y el de todo proyecto de reglamento una vez que se hubiera revisado el proyecto de texto de la Ley Modelo de conformidad con los puntos señalados, pero por de pronto observó que el texto de la Guía y el de todo proyecto de reglamento debería redactarse de manera tal que se evitara en la medida de lo posible que resultara obsoleto.

e) Revisiones de la Ley Modelo para que puedan realizarse subastas electrónicas inversas (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 1 a 20)

94. Con respecto a las revisiones propuestas del artículo 11 de la Ley Modelo (Expediente del proceso de contratación) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 3), se sugirió que el texto propuesto del apartado i) bis del párrafo 1 del artículo se sustituyera por el siguiente enunciado: “[e]n todo proceso de adjudicación en el que se utilice un método de contratación previsto en el artículo 19 bis, una declaración a tal efecto”, a fin de armonizarlo con el enunciado de otras partes del mismo artículo.

95. No se hicieron observaciones sobre las revisiones propuestas del artículo 18 de la Ley Modelo (Métodos de contratación) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 4).

96. Con respecto a las revisiones propuestas del artículo 25 (Contenido de la convocatoria a licitación o a precalificación) y del artículo 27 (Contenido del pliego de condiciones) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 6 y 7, respectivamente), se sostuvo que la referencia a “licitaciones” pudiera ser inapropiada, dado que ese término tenía, en el capítulo III de la Ley Modelo, un significado y un alcance considerablemente concretos y más amplios que en las subastas electrónicas inversas. Se sugirió también que se sustituyera el término “apertura” por “inicio”, dado que el primero tenía, en los procesos de contratación pública, connotaciones particulares.

97. Se estimó que se debía volver a examinar, para hacer más detalladas, las revisiones propuestas del artículo 27; concretamente, las disposiciones que no requirieran reglamentación en la Ley Modelo deberían trasladarse a un reglamento o a la Guía. Se puso en tela de juicio la necesidad del texto del inciso i) del apartado n) bis, por estimarse que su contenido ya estaba englobado por el apartado q) del mismo artículo. En el inciso v) del apartado n) bis se sugirió que las palabras “oferta evaluada como más baja” fueran sustituidas por las palabras “oferta económicamente más ventajosa” (tal como se enuncia en el artículo 53 de la directiva 2004/18/EC de la UE sobre contratación pública), puesto que la primera expresión podría entenderse como la “oferta con el precio más bajo”. No obstante, a juicio del Grupo de Trabajo, el significado de la expresión “oferta evaluada como más baja”, empleada en la Ley Modelo (véase en particular el artículo 34.4 b) ii)) correspondía al de la expresión “oferta económicamente más ventajosa”. En respuesta a una pregunta, se confirmó que los apartados a) a n) del artículo 27, incluidas las disposiciones sobre el tratamiento de las variantes enunciadas en el apartado g), serían aplicables en el contexto de las subastas electrónicas inversas y que, cuando fuera necesario, en la Guía se explicaría el modo en que dichas disposiciones funcionaban en ese contexto.

98. No se hicieron observaciones sobre las revisiones propuestas del artículo 28 de la Ley Modelo (Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 11).

99. El Grupo de Trabajo reconoció la relación que las revisiones propuestas del artículo 31 (Plazo de validez de las ofertas: modificación y retirada de las ofertas), (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 12) guardaban con las disposiciones que regulaban la cancelación y suspensión de subastas electrónicas inversas, reguladas en el proyecto de artículo 47 ter (véase el párrafo 91 *supra*), y con las disposiciones relativas a las garantías de las ofertas, abordadas en las revisiones propuestas del

artículo 32 (véase el párrafo siguiente). Se observó asimismo que si los proveedores pudieran retirar sus ofertas antes de la subasta electrónica inversa, habría que estudiar las repercusiones sobre el nivel de competencia que se requeriría para que la subasta fuera eficaz. Se pidió a la Secretaría que se ocupara de esta cuestión al revisar los proyectos de disposición.

100. Con respecto a las revisiones propuestas del artículo 32 de la Ley Modelo (Garantía de la oferta) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 13), el Grupo de Trabajo observó que permitir garantías de la oferta en el contexto de las subastas electrónicas inversas podría ser problemático, porque en general los bancos vendían los documentos de garantía a un precio fijo. Se observó que hasta la fecha no se había acumulado en el mundo una gran experiencia sobre la utilización de las garantías de ofertas en subastas electrónicas inversas y que las prácticas seguidas actualmente eran sumamente diversas (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 13, donde se analiza el artículo 32 de la Ley Modelo (Garantía de la oferta)). Se afirmó también que al menos en un ordenamiento jurídico se desconocía por completo la utilización de garantías de las ofertas en subastas electrónicas inversas. A juicio de una delegación, sería, por lo tanto, difícil para el Grupo de Trabajo formular reglas estrictas sobre esa cuestión. Se sugirió que en la Guía se indicara que las prácticas podían seguir evolucionando a medida que se fuera acumulando experiencia pertinente. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de las revisiones propuestas y pidió a la Secretaría que le presentara, en su siguiente período de sesiones, un estudio sobre las experiencias prácticas registradas con la utilización de garantías de las ofertas en el contexto de las subastas electrónicas inversas.

101. Respecto de las revisiones propuestas del artículo 34 de la Ley Modelo (Examen, evaluación y comparación de las ofertas) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 14 a 17), se señaló que la adición propuesta al final del apartado a) del párrafo 1 podía dar pie a que una oferta que no reuniera los requisitos fuera enmendada y pasara a ser aceptable. Por consiguiente, se sugirió que se formulara de otro modo esa adición a fin de que las ofertas que fueran a presentarse en las subastas sólo pudieran enmendarse una vez presentada la oferta inicial.

102. Se pidió a la Secretaría que, al enmendar los artículos, no desvirtuara la forma en que se regulaban en la Ley Modelo otros métodos de contratación pública, que utilizara cuidadosamente la terminología para evitar confusiones y que procurara evitar repeticiones, especialmente teniendo en cuenta el principio de la “equivalencia funcional”. Al mismo tiempo, se reconoció que el enunciado definitivo de esas disposiciones dependería de la solución de la cuestión aún pendiente, a saber, la de si en la Ley Modelo habría que tratar las subastas electrónicas inversas como método de contratación separado o como una fase de los procesos de licitación.

f) Lugar de inserción de las disposiciones sobre las subastas electrónicas inversas

103. Se sugirió que todas las disposiciones relativas a las subastas electrónicas inversas se abordaran juntas en una sección aparte, ya sea dentro del capítulo V o como capítulo V bis, en vez de figurar repetidamente en cada revisión de los artículos pertinentes de la Ley Modelo. Según se argumentó, con ello se determinaría qué disposiciones deberían permanecer en la Ley Modelo y cuáles deberían estar sujetas a un reglamento o ser tratadas en la Guía; con ello se conseguiría también que las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo fueran más

practicables y claras para el usuario. Otra delegación sugirió que en una parte separada de la Ley Modelo figuraran únicamente las disposiciones relativas a las subastas electrónicas inversas que se apartaran de las disposiciones enunciadas en otras partes de la Ley Modelo y que, a fin de evitar repeticiones, cuando fuera necesario, se hicieran remisiones.

104. Esta sugerencia suscitó una objeción, pues se consideró que presuponía que la cuestión de si las subastas electrónicas inversas eran consideradas un método aparte o una fase en otros métodos de contratación ya se había resuelto en favor de la primera solución. Se respondió que las disposiciones podrían redactarse de modo que englobaran ambas opciones.

105. También se expresó la reserva de que tal vez habría que introducir enmiendas adicionales para tener en cuenta que el principio de la “equivalencia funcional” permitía todo tipo de contratación electrónica y no sólo las subastas electrónicas inversas. Algunas delegaciones sugirieron que la Secretaría adoptara el método de enmendar cada uno de los artículos pertinentes de la Ley Modelo y de perfeccionar las propuestas que figuraban en el documento A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1. También se señaló al Grupo de Trabajo el hecho de que, al evolucionar constantemente las soluciones tecnológicas y al introducirse éstas en los procesos de contratación, sería difícil enmarcar las subastas electrónicas inversas en una estructura fija, por lo que debería mantenerse al respecto un nivel suficiente de flexibilidad. Se observó que habría que proceder con cautela a la hora de adoptar una decisión final sobre la cuestión de la estructura y que era necesario centrarse ante todo en la solución de las cuestiones sustantivas.

12. Ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 21 a 29)

106. Las delegaciones discreparon sobre la cuestión de si las disposiciones sobre las ofertas anormalmente bajas deberían figurar en la Ley Modelo. Por una parte, se apoyó vehementemente la inclusión de dichas disposiciones en la Ley Modelo. Se argumentó que, al examinar las ofertas, las entidades adjudicadoras deberían poder pedir una justificación de los precios si sospechaban que las ofertas eran anormalmente bajas. Se observó que, de no ser así, se correría el riesgo de perturbar gravemente el proceso de contratación. No sólo existía un riesgo de abuso sino que además la experiencia registrada particularmente en el sector de la construcción indicaba que las empresas que presentaban ofertas anormalmente bajas tendían ulteriormente a utilizar todos los medios posibles para impugnar el procedimiento de contratación y a mejorar las condiciones del contrato, con la subsiguiente presión al alza del precio del contrato. No sería suficiente abordar la cuestión en la Guía. Se observó también que el Grupo de Trabajo debía examinar el problema de las ofertas anormalmente bajas en el contexto más amplio del orden público, dado que la presentación de este tipo de ofertas estaba a menudo vinculada a actos delictivos (por ejemplo, el blanqueo de dinero) o a prácticas ilegales (como el incumplimiento de las normas sobre los salarios mínimos y las obligaciones de seguridad social). Se observó asimismo que donde existieran esas obligaciones, toda oferta anormalmente baja cuyo precio no permitiera el pago de los salarios mínimos ni el cumplimiento de las obligaciones de seguridad social podía considerarse clara y objetivamente baja.

107. En cambio, algunos delegados opinaron que en la Ley Modelo no debería figurar ninguna disposición expresa al respecto porque: i) en la práctica, si se daba a las entidades adjudicadoras el derecho a rechazar ofertas por considerar

anormalmente bajos los precios de las ofertas, se daría pie a abusos (las ofertas podrían rechazarse sin justificación por ser anormalmente bajas); ii) la decisión de considerar una oferta anormalmente baja podía depender de un criterio muy subjetivo, especialmente en la contratación pública internacional; y iii) había otras formas de resolver el problema de este tipo de ofertas. Además, se observó que, si bien la subjetividad podía ser muy obvia en la contratación pública internacional, pues lo que pudiera parecer un precio anormalmente bajo en un país podría ser totalmente normal en otro, en el contexto de la contratación pública nacional, las técnicas de vender existencias viejas por debajo de su costo o a precio de costo con el fin de mantener la mano de obra ocupada eran legítimas. En tales casos, los precios, por lo tanto, podían ser bajos, pero no anormalmente bajos. En consecuencia, y en vez de regular la cuestión en la Ley Modelo, se sugirió que en la Guía se diera orientación a los Estados con un texto del siguiente tenor: “Si un Estado promulgante opta por introducir el derecho de la entidad adjudicadora a rechazar ofertas por considerar los precios de las ofertas anormalmente bajos, el Estado deberá adoptar un procedimiento que impida las decisiones arbitrarias y las prácticas abusivas”. Se sostuvo que este enfoque sería preferible, habida cuenta del hecho de que los bancos multilaterales de desarrollo no aceptaban el rechazo de ofertas por ser considerado su precio anormalmente bajo.

108. En respuesta a algunas de esas objeciones, se argumentó que los riesgos de incumplimiento del contrato se verían mitigados por la debida aplicación de los artículos 6 (Condiciones exigibles a los proveedores o contratistas) y 32 (La garantía de la oferta) de la Ley Modelo, que permitirían evaluar las cualificaciones del proveedor y los recursos disponibles para cumplir el contrato. Se hizo especial hincapié en los criterios de calificación que los proveedores debían cumplir para poder participar en los procesos de contratación enumerados en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 6, tales como las calificaciones profesionales y técnicas y los recursos financieros. Se señaló asimismo que el temor a posibles abusos del procedimiento para resolver el problema de las ofertas anormalmente bajas podría paliarse si se establecían salvaguardias que aseguraran la transparencia y la claridad, por ejemplo, indicando en el pliego de condiciones que podría realizarse un análisis de realismo de precios si se sospechara que el precio de la oferta era anormalmente bajo. También cabría mejorar la objetividad del proceso si las entidades adjudicadoras tuvieran que comparar los precios recibidos con las estimaciones previas a la licitación basadas en los precios del mercado. Por último, se observó que, al examinarse ofertas que posiblemente eran ofertas anormalmente bajas, se comprobaría que eran ofertas que no cumplían los requisitos y que, como tales, habrían de ser rechazadas.

109. El Grupo de Trabajo decidió proceder con el criterio de que habría que incluir en la Ley Modelo algunas disposiciones mínimas que se complementarían en la Guía con un análisis detallado, en particular en lo relativo a las salvaguardias necesarias para prevenir las decisiones arbitrarias y las prácticas abusivas. Se pidió a la Secretaría que, al preparar las disposiciones revisadas, recurriera a las siguientes consideraciones: i) habría que permitir a las entidades adjudicadoras rechazar las ofertas anormalmente bajas, pero no habría que obligarlas a hacerlo; ii) la introducción en la Ley Modelo de la posibilidad de evaluar los precios de las ofertas sobre la base del costo y no del precio (obsérvese que los proyectos de texto que examina el Grupo de Trabajo se basan en la evaluación de un precio) no era deseable porque la evaluación de los costos era engorrosa y complicada; iii) cuando

se sospechara que una oferta era anormalmente baja, únicamente la entidad adjudicadora podría actuar y ningún tercero debería poder hacerlo, y la evaluación de la oferta debería llevarse a cabo de forma puramente objetiva; y iv) era importante poder reaccionar ante posibles ofertas anormalmente bajas antes de que se celebrara el contrato pertinente, puesto que las medidas adoptadas posteriormente podrían propiciar precios aún superiores y perturbar el proceso de contratación.

110. Por lo que respecta a los cambios propuestos en el artículo 34 (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 23 y 26), según la opinión general: i) debería suprimirse la adición propuesta al artículo 34.4 b) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 23), a fin de que la cuestión de la calificación no se confundiera con la evaluación de las ofertas. Sin embargo, el Grupo de Trabajo consideró que el principio enunciado en el proyecto de adición podría incluirse en el texto propuesto para el artículo 34.3 d) bis (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 26); ii) el texto propuesto para el artículo 34.4 b) debería enmendarse de modo que dispusiera que antes de que una entidad adjudicadora pudiera rechazar una oferta por considerar su precio anormalmente bajo, la entidad adjudicadora tuviera que seguir determinados procedimientos, tales como los que figuran enunciados en el proyecto de artículo 34.3 d) bis; y iii) debería suprimirse, en el proyecto de artículo 34.3 d) bis, la frase que figura en la parte introductoria: “por lo que suscite inquietud respecto de la aptitud del ofertante para cumplir el contrato”.

111. Se pidió a la Secretaría que, al proponer el texto revisado de la Guía para la incorporación al derecho interno, tuviera en cuenta todas estas cuestiones.

Notas

¹ Directivas 2004/17/EC y 2004/18/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (*Diario Oficial de la Unión Europea*, N° L 134, 30 de abril de 2004, págs. 1 y 114, respectivamente. Ambas están disponibles en el siguiente sitio de Internet: http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm).

² Véase el anexo 4 b) del Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales en el siguiente sitio de Internet: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_e.pdf, artículo XIX (1).