

FILE COPY



NACIONES UNIDAS

ASAMBLEA GENERAL



Distr. GENERAL

A/CN.9/378/Add.1
30 de abril de 1993

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
26° período de sesiones
Viena, 5 a 23 de julio de 1993

POSIBLES TRABAJOS FUTUROS

Adición

Contratación de servicios

Nota de la Secretaría

Indice

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCION	1-3	2
I. CONVENIENCIA DE PREPARAR DISPOSICIONES MODELO DE CARACTER LEGISLATIVO PARA LA CONTRATACION DE SERVICIOS	4-7	2
II. DIFERENCIAS ENTRE LA CONTRATACION DE SERVICIOS Y LA CONTRATACION DE BIENES O DE OBRAS	8-10	3
III. PROCEDIMIENTOS DE VALORACION POSIBLES DE UN REGIMEN LEGAL MODELO PARA LA CONTRATACION DE SERVICIOS	11-13	4
IV. GAMA DE SERVICIOS CONSIDERADOS	14-16	5
V. POSIBLES METODOS PARA FORMULAR UN REGIMEN LEGAL MODELO	17-19	5
ANEXO		7

INTRODUCCION

1. En su 19° período de sesiones, celebrado en 1986, la Comisión decidió dar prioridad a la labor relativa a la contratación pública y encomendar esa labor al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional. El Grupo de Trabajo inició su labor sobre este tema en su décimo período de sesiones, celebrado del 17 al 25 de octubre de 1988, examinando un estudio sobre la contratación pública preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.22). El Grupo de Trabajo dedicó sus períodos de sesiones 11° a 15° a la preparación de un proyecto de Ley Modelo de la contratación pública que la Comisión tiene ante sí, durante el actual período de sesiones, para su examen definitivo y su aprobación (los informes de sus períodos de sesiones figuran en los documentos A/CN.9/331, 343, 356, 359 y 371).

2. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió limitar el alcance de la Ley Modelo al menos inicialmente a la contratación de bienes o de obras, no ocupándose de la contratación de servicios (A/CN.9/315, párr. 25). El Grupo de Trabajo decidió que sería preferible completar primero la preparación de las disposiciones legislativas relativas a la contratación de bienes o de obras antes de abordar la preparación de disposiciones para la contratación de servicios. Se adujo como una de las razones principales para esta decisión la de que determinados aspectos de la contratación de servicios se rigen por consideraciones que difieren de las aplicables a la contratación de bienes y de obras.

3. Al completarse en el presente período de sesiones la preparación de disposiciones modelo para la contratación de bienes y de obras, la Comisión tal vez desee examinar en esta etapa la posibilidad de formular disposiciones de carácter legislativo para la contratación de servicios. En su 15° período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió dar su apoyo a la preparación por la Secretaría de una nota sobre la conveniencia y viabilidad de preparar disposiciones modelo uniformes para la contratación de servicios. El Grupo de Trabajo indicó en esa nota que cabría considerar diversas opciones posibles en cuanto a la gama de servicios que sería regulada por esas disposiciones (A/CN.9/371, párr. 255). Por consiguiente, la presente nota trata de la conveniencia de preparar disposiciones modelo para la contratación de servicios, de las diferencias principales que se dan entre la contratación de servicios y la contratación de bienes o de obras, y del posible contenido de las disposiciones modelo de carácter legislativo. Esta nota presenta asimismo, en su anexo, el texto propuesto para algunas enmiendas eventuales y disposiciones complementarias de la Ley Modelo de la CNUDMI que cabría introducir para ampliar el ámbito de la Ley Modelo a la contratación de servicios.

I. CONVENIENCIA DE PREPARAR DISPOSICIONES MODELO DE CARACTER LEGISLATIVO PARA LA CONTRATACION DE SERVICIOS

4. Si bien la contratación de bienes y de obras absorbe una porción importante del presupuesto destinado a la contratación por la mayoría de las entidades públicas, los servicios constituyen un componente importante de la contratación pública en la mayoría de los países. Además, la tendencia hacia la privatización daría lugar, al parecer, a que se transfirieran al sector privado ciertos servicios anteriormente prestados exclusivamente por el Estado. Ahora bien, muchos países carecen de un régimen bien elaborado para la contratación de servicios.

5. El derecho interno difiere de un país a otro en lo relativo a la contratación de servicios. Mientras que en las leyes de algunos Estados sí se ha previsto la contratación de servicios, en otros no se ha distinguido claramente entre la contratación de bienes o de obras y la contratación de servicios por lo que no se han tenido en cuenta ciertas peculiaridades que interesan a la contratación de servicios. El derecho interno de algunos otros países no se ha ocupado en absoluto de la contratación de servicios. Se diría, por ello, que la contratación de servicios puede efectuarse, en muchos casos, por procedimientos que no son suficientemente abiertos, equitativos y competitivos como para garantizar a la entidad pública la obtención de un servicio de calidad adecuada al precio debido. En este contexto, un régimen legal modelo podría ser útil para evaluar la idoneidad de la legislación existente y como modelo para la preparación de nuevas leyes en la materia, si no existe ninguna.

6. Con posterioridad a la anterior decisión de que se demoraran la formulación de disposiciones relativas a la contratación de servicios, una de las razones que ahora abogan por una pronta preparación de disposiciones modelo es la necesidad experimentada por diversos Estados que están ya promulgando nuevas leyes inspiradas en la Ley Modelo de disponer de un modelo para la elaboración de un régimen legislativo completo para la contratación pública, que abarcase también la contratación de servicios.

7. Cabe señalar asimismo ciertas novedades en la actitud adoptada hacia la contratación de servicios por las organizaciones multilaterales que se interesan por la contratación pública. Concretamente, se han presentando ya propuestas concretas en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) destinadas a ampliar el Acuerdo del GATT sobre Compras del Sector Público a la contratación de servicios. Por su parte, la Comunidad Europea ha promulgado, a título de medida de seguimiento de las directivas ya existentes sobre contratación pública, la directiva del Consejo (CEE) 92/50 relativa a la coordinación de procedimientos para la adjudicación de contratos de servicios públicos. Una ampliación por la CNUDMI del alcance de su labor con miras a incluir a los servicios en su régimen de la contratación pública estaría pues en consonancia con las medidas adoptadas por esas organizaciones para extender a los servicios el ámbito de aplicación de los instrumentos jurídicos relativos a la contratación pública.

II. DIFERENCIAS ENTRE LA CONTRATACION DE SERVICIOS Y LA CONTRATACION DE BIENES O DE OBRAS

8. A diferencia de la contratación de bienes o de obras, la contratación de servicios se caracteriza por el suministro de un bien intangible cuyo contenido exacto y calidad serían difíciles de cuantificar. La calidad exacta de los servicios prestados dependerá en buena parte de la competencia y experiencia de la entidad que los preste, lo que está en marcado contraste con el suministro de bienes o de obras, cuyas especificaciones técnicas y de calidad se prestan mejor a ser precisadas en el pliego de condiciones y son relativamente fáciles de controlar y exigir durante la fase de ejecución. Además, es frecuente que el contrato adjudicado para la obtención de bienes o de obras vaya respaldado por garantías de calidad y de buena ejecución.

9. Por no resultar a menudo factible para la entidad adjudicadora el supervisar y exigir la observancia de ciertas normas de calidad y de buena ejecución en los contratos de servicios por ella adjudicados, la mejor manera para ella de asegurarse de que se prestarán servicios de alta calidad es la de cerciorarse de que el proveedor posee un nivel adecuado de pericia y competencia técnica. Por ello mismo, es frecuente que el precio de los servicios no sea considerado un factor tan importante en el proceso de valoración y selección como la calidad y competencia del proveedor. Desde esta perspectiva, un procedimiento basado en el precio para la valoración y comparación de las licitaciones, como el actualmente enunciado en el artículo 29 de la Ley Modelo, no sería necesariamente el más indicado para la contratación de servicios.

10. Al ser usual que los criterios técnicos sean considerados como factores de valoración más importantes que el precio, la práctica ha tendido a valorar por separado el precio y los aspectos técnicos de la oferta. Los proveedores de servicios que hayan sido calificados como de mayor competencia técnica suelen competir a continuación entre sí sobre el terreno del precio o de una valoración combinada del precio y de la competencia técnica o entran a negociar con la entidad adjudicadora lo relativo al precio o a algún otro aspecto de su licitación.

III. PROCEDIMIENTOS DE VALORACION POSIBLES DE UN REGIMEN LEGAL MODELO PARA LA CONTRATACION DE SERVICIOS

11. Aparte de la tendencia a valorar el precio por separado de otros factores, los principios y procedimientos para la contratación de bienes y de obras pueden ser en general adaptados a la contratación de servicios. Las variaciones se habrían de hacer principalmente en los procedimientos y criterios de valoración a fin de tomar en consideración la importancia relativa de la calidad y competencia técnica del proveedor.

12. La determinación de los tipos de factores de valoración que habrán de considerarse es asunto que generalmente se resuelve en la práctica. Por lo general, esos factores se referirán a: la competencia técnica general de los proveedores de servicios; la profesionalidad y la competencia del personal que habrá de ocuparse directamente de la prestación de los servicios; y la idoneidad de las variantes presentadas, si se ha solicitado alguna. Además de señalarse por adelantado, en el pliego de condiciones, los propios criterios de valoración, deberá también determinarse y darse a conocer a los proveedores el coeficiente de ponderación atribuible a cada factor y la manera en que el resultado de esa ponderación será tenido en cuenta para la valoración.

13. Cabe señalar básicamente tres métodos por los que cabe considerar el precio por separado de la valoración efectuada con arreglo a los criterios técnicos. El primer método consiste en obligar a los proveedores de servicios calificados como de mayor competencia técnica (por ejemplo, por encima de un determinado umbral) a competir directamente entre sí en cuanto al precio, seleccionándose la oferta que tenga el precio más bajo. Por el segundo método se atribuye un coeficiente de ponderación relativa a los resultados de la valoración técnica y al precio ofrecido, considerándose como ganador al proveedor de servicios que consiga la valoración combinada más alta. Por el

tercer método, la entidad adjudicadora abriría negociaciones con el proveedor de servicios que haya obtenido la mejor calificación técnica relativas al precio y a cualquier aspecto significativo de la licitación, con miras a optimizar el valor de esa oferta. Si esas negociaciones no tienen éxito, la entidad adjudicadora pasará a negociar con el proveedor calificado en segundo lugar, y así sucesivamente hasta que se adjudique y concluya el contrato o hasta que hayan sido rechazadas las restantes licitaciones.

IV. GAMA DE SERVICIOS CONSIDERADOS

14. Algunos Estados tal vez deseen excluir a ciertos servicios del proceso de contratación competitiva, principalmente cuando por razón de la índole de determinados servicios o de la calidad de la entidad proveedora sea aconsejable adquirirlos directamente de ella sin acudir a ninguna de las vías de contratación competitiva. Por "adquisición directa" se entiende la obtención por la entidad adjudicadora de los servicios requeridos encomendándolos directamente a determinado proveedor de servicios, sin haber calificado comparativamente a cierto número de proveedores de servicios por medio de algún procedimiento de contratación competitiva. La Comunidad Europea se ocupó de este asunto excluyendo a determinados servicios (por ejemplo, a los servicios de arbitraje y de conciliación) del campo de aplicación de la correspondiente Directiva.

15. No sería necesariamente viable o práctico intentar enumerar exhaustivamente en una ley modelo, la gama de servicios que cada Estado promulgador decidiría incluir en su ámbito de aplicación, ya que pudiera haber divergencias entre los Estados al respecto. Sería, por ello, preferible dejar que cada Estado promulgador determine la gama de servicios considerados. Cabría suministrar directrices adicionales al respecto en un comentario. Esta solución sería conforme al criterio general que se ha seguido en la Ley Modelo de reconocer la posibilidad de que algunos Estados deseen excluir ciertos tipos de contratos de ese régimen, aun cuando se juzgue preferible someter la mayor parte posible de la contratación pública al régimen de la Ley Modelo.

16. Algunos Estados tal vez deseen también que distintos tipos de servicios sean adjudicados por distintos métodos de contratación. La Directiva de la Comunidad Europea ha previsto tres métodos distintos de contratación y ha distribuido los servicios en dos listas aparte. En la primera lista figuran los "servicios prioritarios", a los que sería plenamente aplicable el régimen de la Directiva, mientras que en la segunda lista de "servicios no prioritarios" figuran aquellos servicios cuya contratación quedaría sujeta a procedimientos menos rigurosos. Cabe señalar que la Comunidad Europea espera revisar esta Directiva dentro de tres años con la intención de combinar las dos listas a fin de que la Directiva sea plenamente aplicable a una gama más amplia de contratos de servicios.

V. POSIBLES METODOS PARA FORMULAR UN REGIMEN LEGAL MODELO

17. Se diría que el método preferible para formular un régimen modelo para la contratación de servicios sería la preparación de un capítulo adicional ("IV bis") de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre contratación pública dedicado exclusivamente a la contratación de servicios. La adición de ese capítulo

obligaría a introducir cierto número de enmiendas en el texto actual de la Ley Modelo, en particular en las definiciones, así como para determinar cuáles de las secciones de la Ley Modelo serían aplicables al capítulo referido a los servicios.

18. La principal ventaja del enfoque aquí sugerido es que su adopción resultaría en la preparación de una ley modelo consolidada para todos los sectores de la contratación pública en la que los Estados podrían inspirarse para promulgar un régimen legal igualmente consolidado. Además, con ello se evitaría el tener que preparar una ley modelo completamente independiente para la contratación de servicios que no sólo supondría una duplicación de la labor sino que tendría además el inconveniente de presentar a los Estados dos leyes modelo sobre una materia básicamente idéntica. El enfoque sugerido permitiría además que la Comisión diera su aprobación definitiva, durante el actual período de sesiones, al texto actual de la Ley Modelo relativo a la contratación de bienes y de obras. La Comisión podría entonces otorgar un mandato al Grupo de Trabajo para que preparara un capítulo adicional para la contratación de servicios y definiera las enmiendas que habrían de hacerse en el texto de la Ley Modelo para acomodar el capítulo relativo a los servicios. Tal vez se considere también conveniente pedir que el texto del capítulo relativo a la contratación de servicios sea presentado a la Comisión con ocasión de su próximo período de sesiones, en vista de que cierto número de países han señalado la urgente necesidad de disponer de un régimen modelo a este respecto.

19. El otro método sugerido sería el de que se aprobara provisionalmente la Ley Modelo de la Contratación Pública (relativa a la contratación de bienes y de obras) y se otorgara un mandato al Grupo de Trabajo para que preparara un capítulo adicional relativo a los servicios, pero sin replantear ninguna cuestión de fondo del texto ya aprobado de la Ley Modelo. Con arreglo a ambos métodos, una vez que se haya llegado a un acuerdo sobre el capítulo adicional propuesto y las enmiendas requeridas en el texto ya aprobado, se podría publicar una versión enmendada y consolidada de la Ley Modelo relativa a la contratación de bienes, de obras y de servicios.

ANEXO

PROYECTOS DE ARTICULO ADICIONALES Y ENMIENDAS PARA QUE LA LEY
MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONTRATACION PUBLICA SEA
TAMBIEN APLICABLE A LA CONTRATACION DE SERVICIOS

(A continuación se enuncian, a título ilustrativo, algunos proyectos de artículo con miras a determinar la viabilidad de preparar un capítulo adicional de la Ley Modelo referido a la contratación de servicios.)

PROYECTOS DE ENMIENDA PROPUESTOS PARA LA LEY MODELO

1. Incluir los servicios en la definición de la "contratación pública" y trasladar a la definición de "bienes" la referencia que se hace a "los servicios accesorios" de modo que la definición de "contratación pública" quedaría como sigue:

Por "contratación pública" se entenderá la adquisición de bienes, de obras o de servicios efectuada por cualquier medio, incluidos la compra, el arrendamiento, la compra a plazos o el arriendo con opción de compra.

Comentario: Con esta enmienda se incluiría a los servicios en el ámbito de aplicación de la Ley Modelo.

2. Insertar una definición de servicios que diga:

(d bis) Por "servicios" se entenderá el suministro por algún proveedor o contratista de productos que no sean ni bienes ni obras.

Comentario: Tal vez se juzgue innecesario definir los servicios. Ahora bien, al haberse dado una definición de "bienes" y de "obras", tal vez se juzgue más coherente definir también los servicios. Con la definición sugerida todo acto de contratación por una entidad pública caería dentro del ámbito de la Ley Modelo, ya que todo aquello que no constituya ni bienes ni obras quedaría definido como servicios.

3. Incluir una referencia a servicios accesorios en la definición de "bienes" que quedaría como sigue:

El término "bienes" comprende las materias primas, los productos, el equipo y otros objetos materiales de cualquier índole, en estado sólido, líquido o gaseoso, y la electricidad, así como los servicios accesorios al suministro de esos bienes, siempre que el valor de esos servicios no exceda del valor de los propios bienes.

Comentario: Al haberse suprimido la referencia a servicios accesorios en la definición de "contratación pública", con esta adición se facultaría a la entidad adjudicadora para contratar servicios accesorios como parte integrante de un contrato para el suministro de bienes, concertado con arreglo al régimen de la Ley Modelo para la contratación de bienes. De lo contrario, la entidad adjudicadora habría de contratar esos servicios accesorios con arreglo al régimen propuesto en el capítulo IV bis para la contratación de servicios. En la definición de "obras" se hace ya referencia a los servicios accesorios.

4. Insertar en el párrafo 5 del artículo 6 una remisión al párrafo 4 b) del artículo 37w redactada en los siguientes términos: "A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 8, en el párrafo 4 d) del artículo 29 y en el párrafo 4 b) del artículo 37w".

Comentario: Por la presente enmienda se incluiría a los márgenes preferenciales que se hayan otorgado por razón de nacionalidad para la contratación de servicios entre las excepciones a la regla general de la no discriminación por razón de nacionalidad.

5. En el párrafo 1 del artículo 7, hacer una remisión al capítulo IV bis relativo a los servicios redactada en los siguientes términos: "... antes de que se presenten licitaciones, propuestas u ofertas en un proceso de contratación pública que se celebre con arreglo al capítulo III, IV o IV bis,"

Comentario: Con esta enmienda se haría expresamente aplicable a la contratación de servicios lo dispuesto en el artículo 7 para el proceso de precalificación.

6. En el artículo 2 del párrafo 9, inclúyase una remisión a los incisos b), c), d) y e) del párrafo 3 del artículo 37x.

Comentario: El párrafo 2 del artículo 9 se ocupa de las comunicaciones efectuadas en el marco de la contratación de bienes o de obras que no hayan de transmitirse de alguna manera que deje constancia de su contenido. Ese tipo de comunicaciones ha sido prevista para la contratación de servicios en los incisos b), c), d) y e) del párrafo 3 del artículo 37x.

7. Insertar en los párrafos 1 y 5 del artículo 32 una remisión al párrafo 4 a) del artículo 37w y al artículo 37x relativa a la aceptación de una licitación en la contratación de servicios.

Comentario: En los párrafos 1 y 5 del artículo 32 se hace remisión directa a lo dispuesto en la Ley Modelo respecto de la aceptación de licitaciones en la contratación de bienes y de servicios. Con la remisión adicional sugerida se haría expresamente aplicable a la contratación de servicios lo dispuesto en los párrafos 1 y 5 del artículo 32 respecto de la aceptación de una licitación.

8. Insertar en el artículo 38 una remisión a los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 37w y al párrafo 3 d) y e) del artículo 37x.

Comentario: Con la enmienda sugerida se ampliaría, la lista de exclusiones del artículo 38 con las decisiones tomadas por la entidad adjudicadora en la contratación de servicios contra las que no se pueda interponer recurso.

PROYECTOS DE ARTICULOS ADICIONALES

CAPITULO IV BIS METODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA CONTRATACION DE SERVICIOS

Artículo 37s. Aplicación de los capítulos I, III y V

1. Las disposiciones de los capítulos I, III y V de la presente Ley serán aplicables a la contratación de servicios, salvo en la medida en que en el presente capítulo se haya dispuesto otra cosa.

2. Las disposiciones de los capítulos II y IV de la presente Ley no serán aplicables a la contratación de servicios, salvo en la medida en que sean declaradas aplicables en el presente capítulo.

Comentario: Los capítulos I (Disposiciones generales) y V (Vías de recurso) son declarados aplicables al capítulo IV bis por ser de aplicación general para la Ley Modelo en su conjunto. El capítulo III (Convocatoria a licitación) se declara a su vez aplicable por razón de que, como se dijo en el párrafo 11 de la presente nota, los principios y procedimientos para la contratación de bienes y de obras son en buena parte aplicables a la contratación de servicios. Las principales divergencias respecto del régimen del capítulo III serían, por ello, las referentes a la clase de documentación y de criterios de evaluación requeridos para valorar la idoneidad del contratista y para examinar, valorar y comparar las licitaciones presentadas. Los capítulos II y IV no serán aplicables por regularse en ellos ciertos métodos de contratación, junto con las condiciones requeridas para su empleo, que no son aplicables para la contratación de servicios salvo en la medida en que se hayan declarado aplicables en los artículos 37y y 37z.

Artículo 37t. Contenido de la convocatoria a licitación y de la convocatoria al concurso de precalificación

1. La convocatoria a licitación deberá contener:

- a) los datos requeridos en el párrafo 1 del artículo 19, salvo en sus incisos b) y c);
- b) la descripción de los servicios que hayan de prestarse;
- c) la duración requerida o deseada de los servicios que hayan de prestarse.

2. La convocatoria al concurso de precalificación deberá contener por lo menos la información siguiente:

- a) los datos requeridos en los incisos a), d), e), g) y h) del párrafo 1 y en los incisos a), b), c), d) y e) del párrafo 2 del artículo 19;
- b) una breve descripción de los servicios que hayan de prestarse.

* * *

Artículo 37u. Proceso de precalificación

1. El proceso de precalificación se llevará a cabo de conformidad con el artículo 7, de no disponerse otra cosa en el párrafo 2 del presente artículo.

2. La documentación de precalificación contendrá, como mínimo, la información siguiente:

a) una solicitud de la información que sea requerida del proveedor o contratista sobre la experiencia y la capacidad de personal que se encargará de prestar los servicios;

b) una descripción de los servicios que hayan de prestarse;

c) la información requerida en el párrafo 3 del artículo 7.

Artículo 37v. Contenido del pliego de condiciones

1. El pliego de condiciones contendrá, como mínimo, la siguiente información:

a) los datos requeridos en el artículo 21, salvo en sus incisos d), e), g), h), i) y u);

b) una descripción de los servicios que se hayan de prestar;

c) el período durante el cual los servicios hayan de ser prestados;

d) la forma en que habrá de expresarse el precio de la licitación;

e) una solicitud de la información que sea requerida sobre la experiencia del personal que se encargará de prestar los servicios, a no ser que se haya suministrado ya esa información en el proceso de precalificación de conformidad con el párrafo 2 a) del artículo 37u;

f) de haberse permitido o solicitado la presentación de variantes de las cláusulas y condiciones contractuales o de algún otro elemento requerido en el pliego de condiciones, una declaración en ese sentido;

g) los criterios que se utilizarán para evaluar las propuestas y el coeficiente relativo de ponderación que se asignará a esos criterios de conformidad con el párrafo 1 del artículo 37w;

h) el método que se utilizará para tomar en consideración el precio al irse a valorar las licitaciones con arreglo al párrafo 4 del artículo 37w.

2. De no haberse celebrado concurso de precalificación, el pliego de condiciones deberá contener también:

a) una solicitud de la información que sea requerida sobre la experiencia anterior del proveedor o contratista y de su personal en la prestación de servicios similares a los que hayan de prestarse;

b) los criterios calificadores que se utilizarán para la valoración de las licitaciones presentadas.

Comentarios sobre los artículos 37t, 37u y 37v: La documentación adicional solicitada por la entidad adjudicadora para la contratación de servicios tiene por objeto facultar a la entidad adjudicadora para cerciorarse de la competencia y pericia técnica del proveedor o del contratista y del personal que se encargará de la ejecución del contrato de ser éste adjudicado.

Artículo 37w. Examen y calificación

1. La entidad adjudicadora señalará los criterios para la valoración de las licitaciones y el coeficiente relativo de ponderación que se asignará a cada criterio, así como la manera de aplicar esos criterios para la valoración. Esos criterios guardarán relación con:

- a) la experiencia de los proveedores y contratistas y su competencia técnica para la prestación de servicios comparables a los requeridos por la entidad adjudicadora;
- b) la conformidad de la licitación examinada con los requisitos de la entidad adjudicadora;
- c) la idoneidad y la competencia del personal propuesto para prestar los servicios;
- d) de haberse pedido o requerido la presentación de variantes de conformidad con el párrafo g) del artículo 21, la idoneidad y conformidad de las variantes presentadas;
- e) el precio.

2. La entidad adjudicadora establecerá un umbral de calidad y técnica que toda licitación deberá alcanzar para que la entidad adjudicadora proceda a examinarla de conformidad con el párrafo 4 del presente artículo.

3. Sin entrar a considerar el precio de las licitaciones, la entidad adjudicadora valorará cada licitación de conformidad con los factores de valoración, junto con los coeficientes relativos de ponderación y la forma de aplicar esos factores, que hayan sido enunciados en el pliego de condiciones. La entidad adjudicadora clasificará seguidamente las licitaciones con arreglo a esa valoración.

4. a) La entidad adjudicadora comparará a continuación los precios de las licitaciones que hayan alcanzado o superado el umbral de calificación establecido de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo. Será declarada ganadora:

- i) la licitación cuyo precio sea más bajo; o
- ii) la licitación cuya valoración combinada en función del precio y de la capacidad técnica, valorada de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo, resulta más elevada;
- iii) la licitación seleccionada por la entidad adjudicadora a raíz de la negociación entablada de conformidad con el artículo 37x.

b) De estar autorizado por los reglamentos de la contratación pública (y previa aprobación de ... (cada Estado designará al órgano competente para darla)), la entidad adjudicadora, al valorar y comparar las licitaciones, podrá conceder un margen de preferencia a las licitaciones presentadas para la prestación de algún servicio por proveedores o contratistas del propio país. El margen de preferencia se calculará de conformidad con los reglamentos de la contratación pública.

Comentario: Con el artículo 37w se daría efecto al principio mencionado en los párrafos 8 a 10 de la presente nota de que en el examen y valoración de las licitaciones para la prestación de servicios el principal factor considerado ha de ser la competencia y pericia técnica del proveedor o contratista. El establecimiento de un umbral de calificación daría pie a la entidad adjudicadora para eliminar aquellas licitaciones cuya competencia técnica haya sido valorada demasiado baja para que se le dé más consideración.

A la entidad adjudicadora se le ofrecen tres opciones sobre cómo combinar en la evaluación el precio y los factores técnicos. Se ha incluido la primera opción, la del inciso i) del párrafo 4, por razón de que cuando se fija el umbral de calificación a un nivel lo suficientemente elevado, los proveedores o contratistas que consiguen calificarse a ese nivel o por encima de él tienen todas las probabilidades de poder prestar esos servicios con un grado de profesionalidad más o menos equiparable. Ello permitiría que la entidad adjudicadora comparara directamente esas licitaciones en función del precio y declarara ganadora a la que hubiera ofrecido el mejor precio.

Con arreglo a la segunda opción, la del inciso ii) del párrafo 4, la entidad adjudicadora podría ponderar y valorar el precio y la capacidad técnica por separado, para combinar a continuación los dos criterios para la evaluación de cada una de las licitaciones presentadas. La entidad adjudicadora compararía entonces las calificaciones así obtenidas de las licitaciones y declararía ganadora la licitación con la calificación más elevada.

Con arreglo al inciso iii) del párrafo 4, la entidad adjudicadora podrá negociar con los proveedores con miras a determinar por esa vía la licitación ganadora. Esas negociaciones se regirían por el artículo 37x.

Artículo 37x. Negociaciones

1. La entidad adjudicadora podrá entablar negociaciones con los proveedores o los contratistas como medio para determinar la licitación ganadora si así lo ha indicado en el pliego de condiciones.

2. a) Toda negociación entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista será tenida por confidencial;

b) A reserva de lo dispuesto en el artículo 11, las partes que intervengan en estas negociaciones no deberán revelar a ninguna otra persona ni el precio ni los datos técnicos o de otra índole que se hayan mencionado en las negociaciones sin el consentimiento de la otra parte.

3. La entidad adjudicadora deberá observar los siguientes trámites en las negociaciones con los proveedores o contratistas:

a) invitar a negociar sobre el precio o algún otro aspecto de su licitación al proveedor o contratista que consiguió la calificación más alta con arreglo al párrafo 3 del artículo 37w;

b) informar a los proveedores o contratistas que hayan superado el umbral de calificación de la posibilidad de que sean invitados a entrar en negociaciones de no resultar en la adjudicación del contrato ofrecido las negociaciones entabladas con los proveedores o contratistas que hayan alcanzado una calificación más alta;

c) informar a los demás proveedores o contratistas de que no han alcanzado el umbral de calificación;

d) cuando la entidad adjudicadora adquiriera conciencia de que las negociaciones entabladas con el proveedor o contratista invitado con arreglo al inciso a) del presente párrafo no han de dar resultado, la entidad adjudicadora informará al proveedor o contratista de que da por terminadas las negociaciones;

e) la entidad adjudicadora invitará seguidamente a negociar al proveedor o contratista que haya sido calificado en segundo lugar; de no resultar esa negociación en la adjudicación del contrato a ese proveedor o contratista, la entidad adjudicadora irá invitando a negociar, por orden de méritos, a todos los demás proveedores o contratistas hasta que decida adjudicar el contrato ofrecido o terminar por rechazar las restantes licitaciones.

Comentario: Parece ser que el recurso más frecuente a la negociación para la determinación de la licitación ganadora suele hacerse para la adjudicación de contratos de servicios de consultoría. Según el artículo 37x se trata de conseguir que esa negociación sea legal tanto para la entidad adjudicadora como para los proveedores o contratistas al imponerse la confidencialidad y el respecto de la calificación técnica obtenida, pero sin privar a la entidad adjudicadora de cierta flexibilidad para averiguar cuál es el proveedor o contratista que mejor satisface sus necesidades.

Artículo 37y. Solicitud de precios

(Prevía aprobación de ... (cada Estado designará al órgano competente para darla)), la entidad adjudicadora podrá recurrir a la solicitud de precios, con arreglo al régimen del artículo 36, para adjudicar un contrato de servicios, cuando se den las circunstancias del artículo 15 respecto de un contrato de servicios.

Artículo 37z. Condiciones para la contratación con un solo proveedor o contratista

(Prevía aprobación de... (cada Estado designará al órgano competente para darla)), la entidad adjudicadora podrá contratar con una sola fuente, con arreglo al régimen del artículo 37, para adjudicar un contrato de servicios, cuando se den las circunstancias requeridas en el párrafo 1 d) del artículo 14 y en el artículo 16 respecto de un contrato de servicios.

Comentario de los artículos 37y y 37z: Con estos artículos se haría aplicable a la contratación de servicios el régimen de los artículos 15, 16, 36 y 37, para casos en los que resulta apropiado adjudicar un contrato de servicios por medio de la solicitud de precios o de la contratación con una sola fuente. Por eso se hacen aplicables a la contratación de servicios las condiciones y trámites establecidos para el recurso de esos dos métodos en la contratación de bienes y de obras.