



Asamblea General

Distr. limitada
4 de febrero de 2011
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
20º período de sesiones
Nueva York, 14 a 18 de marzo de 2011

Revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno que acompañará a la nueva versión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*

Nota de la Secretaría

Adición

La presente adición contiene una propuesta de texto de la Guía sobre la licitación en dos etapas que acompañará a las disposiciones correspondientes de los capítulos II y V de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

* Este documento ha sido presentado con menos de 10 semanas de antelación a la apertura del período de sesiones debido a la necesidad de completar las consultas oficiosas entre períodos de sesiones sobre las disposiciones pertinentes del proyecto de revisión de la Guía para la incorporación.



GUÍA PARA LA INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Parte II. Comentario artículo por artículo

[para facilitar la consulta, se refunde en esta adición el proyecto de comentario artículo por artículo de las distintas disposiciones de la Ley Modelo que regulan la licitación en dos etapas]

...

Propuesta de texto de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo revisada en el que se abordan las cuestiones que plantea la licitación en dos etapas

1. Condiciones de empleo

La disposición pertinente de la Ley Modelo revisada sobre las condiciones de empleo de la licitación en dos etapas establece lo siguiente:

“Artículo 29. Condiciones de empleo de los métodos de contratación previstos en el capítulo V de la presente Ley (licitación en dos etapas, solicitud de propuestas con diálogo, solicitud de propuestas con negociación consecutiva, negociaciones competitivas y contratación con un solo proveedor)

1) La entidad adjudicadora podrá contratar por el método de la licitación en dos etapas, conforme a lo previsto en el artículo 47 de la presente Ley, cuando:

a) La entidad adjudicadora considere que son necesarias conversaciones con los proveedores o contratistas para perfeccionar aspectos de la descripción del objeto de la contratación y para formularlos con la precisión que exige lo dispuesto en el artículo 10 de la presente Ley¹ y para

¹ El Grupo de Trabajo tal vez desee corregir una inexactitud en esta condición de empleo que se identificó en el curso de las consultas de expertos sobre el comentario propuesto para este método de contratación. El procedimiento que establece el artículo 47 para este método de contratación deja claro que las conversaciones con los proveedores o contratistas son optativas y no es necesario que se celebren, frente a lo que se indica en el artículo 29 1). En realidad, lo que es necesario es perfeccionar determinados aspectos técnicos de la descripción, etapa que puede realizarse sin conversaciones si los licitadores iniciales resuelven al iniciarse el procedimiento sobre los aspectos de la descripción respecto de los cuales la entidad adjudicadora no esté segura. Una enmienda adecuada del texto podría decir lo siguiente: “a) La entidad adjudicadora considere que es necesario que haya una etapa en el procedimiento que permita perfeccionar aspectos técnicos y de calidad del objeto de la contratación (que puede incluir conversaciones con los proveedores o contratistas) con el fin de que la entidad adjudicadora los formule con la precisión que exige lo dispuesto en el artículo 10, y para que la entidad adjudicadora pueda obtener la solución más satisfactoria de sus necesidades”. En consecuencia, habrá de hacerse también una enmienda al artículo 10 con el fin de que haga referencia a “aspectos técnicos y de

que la entidad adjudicadora pueda obtener la solución más satisfactoria de sus necesidades de contratación; o

b) En casos en que se haya convocado una licitación abierta sin que se hayan presentado ofertas o cuando la entidad adjudicadora haya cancelado esa licitación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18 1) de la presente Ley y cuando no sea probable, a juicio de la entidad adjudicadora, que una nueva convocatoria a licitación o la elección de uno de los métodos de contratación previstos en el capítulo IV de la presente Ley permita adjudicar un contrato.”

Propuesta de texto para la Guía:

1. El párrafo 1) de este artículo establece las condiciones de empleo de la licitación en dos etapas. El procedimiento en dos etapas propio de este método de contratación tiene por objeto combinar dos elementos: por una parte, permitir que la entidad adjudicadora perfeccione y ultime, mediante el examen de los aspectos técnicos de las ofertas y posibles conversaciones sobre ellos, las condiciones del contrato adjudicable que no hubiera podido determinar con suficiente precisión al iniciarse el procedimiento de contratación. Por otra, garantizar el alto grado de objetividad y competitividad propio del procedimiento de licitación abierta regulado en el capítulo III, que es el que se empleará para seleccionar la oferta ganadora en la segunda etapa de este procedimiento.

2. La CNUDMI reconoce que este método ha soportado bien el paso del tiempo y hoy se sigue utilizando, por ejemplo, para la contratación pública de objetos de alta tecnología, como grandes aeronaves de pasajeros, sistemas de tecnología de la información o las comunicaciones, equipo técnico y otras infraestructuras (lo que incluye contratos llave en mano, instalaciones grandes y complejas y construcciones de carácter especial). En contratos de este tipo puede ser desaconsejable o imposible preparar una descripción completa del objeto del contrato adjudicable que defina todos los aspectos técnicos o de calidad (incluidas las especificaciones técnicas) desde el primer momento. En esa etapa, la entidad adjudicadora es posible que solo pueda formular un proyecto de especificaciones técnicas con algún grado de detalle o expresar sus necesidades en términos de resultados o funcionamiento. El propósito del procedimiento es que las ofertas iniciales que se adecuen a la descripción que figure en el pliego de condiciones permitan a la entidad adjudicadora perfeccionar la descripción de los aspectos técnicos y de calidad de forma que, en la segunda etapa, los proveedores o contratistas puedan presentar sus ofertas finales a partir de una solución técnica ya definida. Esta solución técnica definitiva ha de hacerse constar en la descripción perfeccionada de los aspectos técnicos y de calidad que ha de formar parte de la invitación a la presentación de las ofertas definitivas. De este modo, la entidad adjudicadora sigue responsabilizándose del diseño de la solución técnica a lo largo de todo el procedimiento².

calidad” y no a “características técnicas y de calidad” del objeto, para asegurarse de que queda suficientemente clara la precisión con la que se distinguen los métodos de licitación de los de solicitud de propuestas. En el comentario a los artículos 26 y 27 sobre la selección del método de contratación se examinará detalladamente la diferencia entre estos dos tipos de contratación.

² En los comentarios a los artículos 26 y 27 se explicará que en los procedimientos de solicitud de cotizaciones los proveedores presentan propuestas sobre la forma de satisfacer las necesidades de la entidad adjudicadora y, por lo tanto, son ellos los responsables de la solución técnica.

3. Debido a la finalidad de este procedimiento, las conversaciones que pueden mantenerse con los proveedores o contratistas no abarcarán el precio de la oferta. Pueden cubrir otros aspectos financieros de las ofertas solo en la medida en que esos aspectos formen parte de la descripción de las necesidades de la entidad adjudicadora expuestas en los pliegos de condiciones. Todas las indicaciones sobre el precio, y las relacionadas con este, que no se abordan en las conversaciones se incluyen en las ofertas definitivas que se presentarán después. Esta característica de este método de contratación (así como la no previsión de ninguna negociación en ninguna etapa del procedimiento) es un mecanismo más que diferencia este método de los demás métodos previstos en el capítulo V³.
4. La flexibilidad y los beneficios potenciales que antes se han descrito no están libres de riesgos. En particular, la entidad adjudicadora puede adaptar las condiciones finales del contrato adjudicable a un proveedor particular (con independencia de que se mantengan conversaciones, o no, aunque debe reconocerse que este riesgo se presenta también en los procedimientos de licitación abierta, en particular cuando el procedimiento de contratación viene precedido por consultas officiosas con el mercado). Las disposiciones de transparencia aplicables a todos los procedimientos de licitación deben mitigar el riesgo de que la contratación se distorsione en favor de un proveedor concreto. El sistema de contratación debe exigir también que se documente y haga constar en el expediente la etapa de planificación de la contratación.
5. El método de licitación en dos etapas tiene una estructura que hace que las reglas aplicables a la licitación abierta regulen el procedimiento de convocatoria y la selección de la oferta ganadora (véanse los artículos 32 y 47 de la Ley Modelo y el comentario sobre ellos que figura en los párrafos [...] *infra*).
6. El apartado a) hace referencia a la contratación de bienes o servicios refinados y complejos. Es posible que la necesidad de emplear este método de contratación en las circunstancias dadas resulte clara en la etapa de la planificación de la contratación, es decir, en aquellas situaciones en las que sea evidente que es improbable que se obtenga el máximo valor por la inversión realizada si la entidad adjudicadora prepara las condiciones de la contratación sin considerar las ofertas iniciales. En estas ofertas iniciales se proponen soluciones técnicas basadas en las capacidades exactas y las variaciones posibles de lo que puede obtenerse en el mercado. Tras el examen de las ofertas iniciales, la entidad adjudicadora puede

También se considerarán las alternativas para la contratación de un objeto más complejo, por ejemplo, concertar un contrato de consultoría para hacer el diseño, procediéndose a continuación a una licitación abierta o en dos etapas, y el empleo de la solicitud de propuestas con negociación consecutiva. El Grupo de Trabajo tal vez desee añadir aquí una remisión a esos comentarios en lugar de repetir las consideraciones. Por eso, el foco de atención se centra aquí en las características distintivas de la licitación en dos etapas en comparación con otros métodos de contratación previstos en el capítulo V.

³ El Grupo de Trabajo decidió que sería necesario incluir en la Guía un comentario detallado sobre las cuestiones que plantea la selección de uno de los métodos previstos en el capítulo V tanto desde la perspectiva de los legisladores como desde el punto de vista de las entidades adjudicadoras, y que en ese comentario se debía considerar qué elementos componentes de esa selección no se pueden abordar en un texto legislativo, por lo que habría que basarse en ejemplos de las experiencias registradas. Si el Grupo de Trabajo considerase que no bastan las consideraciones anteriores, se le ruega que establezca nuevas directrices que ayuden a la Secretaría a ampliarlo.

decidir que las soluciones propuestas no son adecuadas por sí solas y es necesario mantener conversaciones con los proveedores y contratistas cuyas propuestas de soluciones técnicas cumplan los requisitos mínimos establecidos por la entidad adjudicadora.

7. El apartado b) aborda una situación distinta, es decir, la que se plantea cuando se convoca una licitación abierta, pero esta fracasa. La condición que esto supone es igual a una de las condiciones establecidas para recurrir al método de la solicitud de propuestas con diálogo a que hace referencia el párrafo 2 d) de este artículo. En esta situación, la entidad adjudicadora ha de analizar los motivos del fracaso de la licitación abierta. Si concluye que el motivo de este fracaso fueron sus dificultades para formular con suficiente precisión las condiciones de la contratación puede considerar que el camino adecuado es recurrir al procedimiento en dos etapas, en el que los proveedores intervienen llegado el momento. La entidad adjudicadora también debe tener en cuenta los motivos del primer fracaso cuando elija entre la licitación en dos etapas a que hace referencia el párrafo 1 b) de este artículo y la solicitud de propuestas con diálogo a que hace referencia el párrafo 2 d) del mismo artículo: si resulta posible y adecuado formular un solo conjunto de condiciones (con inclusión de una sola solución técnica) para la contratación, el método de contratación adecuado será la licitación en dos etapas. La entidad adjudicadora podrá ponerse en contacto con los proveedores o contratistas a fin de estar en condiciones de formular esas condiciones según proceda. (Por el contrario, la entidad adjudicadora puede concluir que no es posible o conveniente formular una sola solución técnica, en cuyo caso quizá sea un camino mejor recurrir al método de solicitud de propuestas con diálogo. Véase el comentario a ese método de contratación en [...].)

8. Las disposiciones hacen referencia a la necesidad de “conversaciones”, no “negociaciones” ni “diálogo”. El término utilizado refleja el carácter iterativo del proceso y al mismo tiempo delimita el carácter de los intercambios que pueden mantenerse si se emplea este método (que puede no incluir el precio de la licitación u otros aspectos financieros de la contratación) distinguiéndolo del carácter de las negociaciones que pueden entablarse si se recurre a otros métodos de contratación regulados en el capítulo V de la Ley Modelo.

Para un examen de las modificaciones de las condiciones de empleo de este método introducidas en el texto de 1994 véase la sección 4 infra.

2. Convocatoria

La disposición pertinente de la Ley Modelo revisada sobre la convocatoria establece lo siguiente:

“Artículo 32. Convocatoria a licitación abierta, licitación en dos etapas y la subasta electrónica inversa como medio de contratación

1) La convocatoria a licitación abierta o a licitación en dos etapas o la convocatoria a subasta electrónica inversa, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 de la presente Ley, se publicará en ... (el Estado promulgante indicará la gaceta u otra publicación oficial donde habrá de anunciarse la convocatoria).

2) La convocatoria deberá también publicarse, en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación del sector o una revista técnica o profesional de amplia circulación internacional.

3) Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables en el caso en que la entidad adjudicadora recurra a un procedimiento de precalificación conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la presente Ley.

4) La entidad adjudicadora no estará obligada a publicar la convocatoria, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2) del presente artículo, en la contratación nacional y en los procedimientos de contratación en que dicha entidad determine que, en vista del escaso valor del objeto del contrato adjudicable, es probable que únicamente los proveedores y contratistas nacionales tengan interés en presentar ofertas.”

Propuesta de texto para la Guía:

9. Este artículo refleja una de las características fundamentales de la licitación abierta, a saber, la convocatoria no restrictiva de proveedores o contratistas. La misma característica es predicable de la licitación en dos etapas y de la subasta electrónica inversa, y es la norma supletoria en los procedimientos de solicitud de propuestas.

10. Para favorecer la transparencia y la competitividad, el párrafo 1) establece los requisitos mínimos de publicidad, con objeto de convocar a suficientes concursantes para que la competitividad sea efectiva. Si estos procedimientos figuran en las normas de la contratación pública, los proveedores y contratistas podrán averiguar, por la simple lectura de su texto, cuáles son las publicaciones que han de consultar para mantenerse informados de las oportunidades de contratación en el Estado promulgante. La Ley Modelo no regula qué medios han de utilizarse para esa publicidad, algo que se deja a la decisión de los Estados promulgantes. Podrán utilizarse medios electrónicos o en papel, o una combinación de ambos. En este contexto, son pertinentes las consideraciones hechas en el comentario al artículo 5 que figura en los párrafos [...] *supra*.

11. Habida cuenta del objetivo de la Ley Modelo de facilitar y promover la participación internacional en los procedimientos de contratación, el párrafo 2) dispone que la convocatoria sea anunciada también en algún medio de difusión internacional en uno de los idiomas comúnmente empleados en el comercio internacional. Estos procedimientos tienen por finalidad garantizar que las convocatorias a licitación se publican de modo que lleguen debidamente al conocimiento de los círculos internacionales de proveedores y contratistas.

12. En el párrafo 4) se establecen las excepciones a esta norma, que abarcan la contratación nacional y los procedimientos de contratación en que la entidad adjudicadora determine que, en vista del escaso valor del objeto del contrato adjudicable, no es probable que muestren su interés proveedores o contratistas extranjeros. En tal caso, la entidad adjudicadora podría hacer una convocatoria internacional, pero no está obligada a hacerlo; sin embargo, si hay proveedores o contratistas que deseen participar (por ejemplo, si han visto un aviso en Internet), ha de permitírseles hacerlo (véase además el párrafo [...] *infra*).

13. La primera exención, a saber, recurrir a la contratación nacional, solo será aplicable, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley, por alguno de los motivos enunciados en el reglamento de la contratación pública o en alguna otra norma del Estado promulgante (el comentario sobre este artículo puede verse en los párrafos [...] *supra*). La segunda exención, a saber, la que ampara a la contratación de escaso valor, se basa en gran medida en la opinión de la entidad adjudicadora. La Ley Modelo reconoce que, tratándose de contratos de escaso valor, la entidad adjudicadora no tendrá ningún interés jurídico o económico en excluir la participación de proveedores o contratistas extranjeros ya que esa medida la privaría innecesariamente de la posibilidad de obtener un precio más atractivo. Debe subrayarse que la decisión ha de constar en el expediente y que puede ser recurrida de conformidad con las disposiciones del capítulo VIII, y que la entidad adjudicadora estará interesada en considerar los costes y beneficios potenciales de la postura que adopte.

14. Para promover la transparencia y evitar que se recurra de forma arbitraria y excesiva a la segunda exención, el Estado promulgante tal vez desee establecer en el reglamento de la contratación pública el valor por debajo del cual la entidad adjudicadora no estará obligada, según lo previsto en el párrafo 4) de este artículo, a recurrir a una convocatoria internacional. Este valor mínimo puede ser igual o distinto a los valores que ha de fijar el Estado promulgante con arreglo a los artículos 21 3) b) y 22 2) de la Ley Modelo y puede variar según los distintos tipos de contratación. A falta de un valor concreto fijado por el Estado promulgante en el reglamento de la contratación pública a los efectos de dar cumplimiento al párrafo 4), es posible que el Estado promulgante desee dar una orientación a las entidades adjudicadoras sobre la descripción adecuada de la contratación de escaso valor en el Estado de que se trate, para lo que pueden tenerse en cuenta los valores que haya fijado el Estado promulgante para dar cumplimiento a los artículos 21 3) b) y 22 2) de la Ley Modelo⁴⁻⁵.

15. Con independencia del planteamiento que se adopte, es preciso que se cumpla el objetivo de llegar a un entendimiento común en el Estado promulgante sobre lo que significa un objeto de escaso valor a fin de impedir que se excluya del requisito de publicación internacional el grueso de la contratación pública. La decisión sobre

⁴ Con objeto de ultimar el comentario a estas disposiciones del artículo 32 4), se solicita al Grupo de Trabajo que confirme la idea de la Secretaría de que la entidad adjudicadora, si invoca la exención de la convocatoria internacional a que hace referencia el artículo 32 4), estará obligada a respetar el valor límite que establezca la Ley y el reglamento de la contratación pública cuando el objeto sea de escaso valor; si el valor límite del reglamento de la contratación pública es distinto del fijado en los artículos 21 3) b) y 22 2) de la Ley prevalecerá el fijado en el artículo 22 2); si el valor límite fijado con arreglo al artículo 21 3) b) es distinto del fijado según el artículo 22 2), este último prevalecerá por ser más relevante a los efectos del artículo 32 4).

⁵ En su 19º período de sesiones, se pidió al Grupo de Trabajo que considerara si la Ley Modelo, en lugar de fijar los valores límite en sus disposiciones, debía remitir este asunto al reglamento de la contratación pública en todas sus disposiciones, en particular habida cuenta de las fluctuaciones monetarias (inflación, etc.) (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.2, notas 31 y 38). El Grupo de Trabajo no consideró esta propuesta. Sin embargo, durante las consultas de expertos sobre el comentario que habría de hacerse a este método de contratación, se propuso que el Grupo de Trabajo y la Comisión reconsideraran el asunto a fin de garantizar un enfoque coherente de la ubicación de los valores límite. Dada la necesidad de ajustes periódicos en función de la evolución de las circunstancias económicas, quizá lo mejor sea que los valores límite se fijen en el reglamento (por comparación con el artículo 22 2)).

el escaso valor del objeto debe adoptarse teniendo en cuenta la posible falta de interés internacional prevista por participar en una contratación concreta (es decir, que aunque la entidad adjudicadora publicara el contrato adjudicable en un diario de amplia difusión internacional en un idioma comúnmente empleado en el comercio internacional no se lograría ninguna participación internacional: los proveedores o contratistas extranjeros sencillamente no estarían interesados). Así pues, esa publicación supondría costos adicionales sin ningún beneficio (cabría citar, en particular, los gastos de traducción). Para evitar confusiones, incertidumbre y preocupaciones por la accesibilidad del sistema de contratación pública del Estado promulgante es importante a este respecto que las prácticas de las entidades adjudicadoras del Estado promulgante sean coherentes.

16. Si la entidad adjudicadora se ha amparado en una exención de conformidad con el párrafo 4), podrá invocar las demás exenciones aplicables en caso de que se tratara de una contratación nacional, por ejemplo, la exención del requisito de incluir en los pliegos de condiciones información sobre la moneda utilizada y los idiomas, que no será pertinente si se trata de una contratación nacional (el comentario sobre esta cuestión se encuentra en los párrafos [...] *infra*).

17. La Ley Modelo enuncia únicamente los requisitos mínimos de publicidad. El reglamento de la contratación pública puede obligar a las entidades adjudicadoras a que publiquen la convocatoria a licitación a través de otra vía que permita llegar a un mayor número de proveedores y contratistas. Por ejemplo, cabría anunciar la convocatoria en tablones de anuncios oficiales, y distribuirla a cámaras de comercio, misiones comerciales extranjeras en el país de la entidad adjudicadora y misiones comerciales en el extranjero del propio país⁶. Si la entidad adjudicadora emplea medios electrónicos de publicidad y comunicación, es posible incluir en el anuncio un vínculo Web a los pliegos de condiciones mismos: este enfoque se está mostrando ventajoso en términos de eficiencia y transparencia.

18. Como se indica en el párrafo 3), este artículo no es aplicable en caso de que se recurra a un procedimiento de precalificación. Esta exención no significa que no se necesite una amplia convocatoria internacional cuando se recurra a un procedimiento de precalificación: al contrario, en los procedimientos de este tipo es obligatoria la libre participación. Sin embargo, la convocatoria en estos casos sigue una pauta distinta. La invitación a la licitación o la subasta viene precedida de una invitación a la precalificación. Esta última ha de hacerse de conformidad con las disposiciones del artículo 17 2), que son paralelas a las del artículo 32. Por consiguiente, la amplia difusión internacional entre los posibles proveedores y contratistas interesados está también asegurada si se opta por la precalificación, salvo en los casos a que hace referencia el artículo 32 4). [Remisión al examen de los principios de la precalificación abierta.]

⁶ Esta oración se basa en el comentario de 1994 al artículo 24 de la Ley Modelo de 1994 y refleja la opinión general de que quizá lo más adecuado sea incluirlo en el examen general de la convocatoria, por ejemplo, en la parte introductoria de la sección II del capítulo II. En tal caso, solo se necesitaría hacer aquí una referencia y el examen posterior de la publicación electrónica puede añadirse a ese comentario.

3. Procedimiento

La disposición pertinente de la Ley Modelo revisada establece lo siguiente:

“Artículo 47. Licitación en dos etapas

- 1) Las disposiciones del capítulo III de la presente Ley serán aplicables a la licitación en dos etapas, de no disponerse otra cosa en el presente artículo.
- 2) En el pliego de condiciones se invitará a los proveedores o contratistas a que presenten, en la primera etapa del procedimiento, sus ofertas iniciales en las que figurarán sus propuestas⁷, pero no el precio. En el pliego de condiciones se podrán solicitar propuestas relativas a las características técnicas, de calidad o de otra índole del objeto del contrato adjudicable, así como acerca de las condiciones contractuales de su suministro y, cuando proceda, acerca de la competencia y las calificaciones profesionales y técnicas exigibles de los proveedores o contratistas.
- 3) La entidad adjudicadora podrá entablar, en la primera etapa, conversaciones con todo proveedor o contratista, cuya oferta no haya sido rechazada a tenor de lo dispuesto en la presente Ley, acerca de cualquier aspecto de su respectiva oferta. Cuando la entidad adjudicadora entable conversaciones con algún concursante, ofrecerá por igual a todo otro concursante la oportunidad de entablar ese mismo tipo de conversaciones.
- 4) a) En la segunda etapa del procedimiento de licitación en dos etapas, la entidad adjudicadora invitará a todo proveedor o contratista cuya oferta no haya sido rechazada en la primera etapa a que presente su oferta definitiva y su respectivo precio en función de un conjunto de condiciones revisadas para la contratación;
b) Al revisar las condiciones pertinentes de la contratación, la entidad adjudicadora podrá:
 - i) Suprimir o modificar cualquier aspecto de las características técnicas o de calidad del objeto del contrato inicialmente establecidas, y podrá añadir toda nueva característica que sea conforme con lo prescrito por la presente Ley;
 - ii) Suprimir o modificar cualquier criterio inicialmente establecido para el examen o la evaluación de las ofertas y podrá añadir todo nuevo criterio que sea conforme con la presente Ley, pero solo en la medida en que esa supresión o modificación resulte necesaria a raíz de algún cambio en las características técnicas o de calidad del objeto del contrato;c) Toda supresión, modificación o adición que se haga conforme a lo previsto en el apartado b) del presente párrafo será comunicada a los proveedores o contratistas en la invitación a presentar su respectiva oferta definitiva;

⁷ El Grupo de Trabajo tal vez desee recomendar que se sustituyan los términos “sus propuestas” por los términos “las soluciones propuestas”, a fin de evitar confusiones con el procedimiento de solicitud de propuestas.

d) El proveedor o contratista que no desee presentar una oferta definitiva podrá retirarse del procedimiento de licitación sin perder la garantía de oferta, que tal vez le fue exigida;

e) Las ofertas definitivas serán evaluadas con miras a determinar la oferta ganadora a tenor del artículo 42 4) b) de la presente Ley.”

Propuesta de texto para la Guía:

19. Este artículo regula el procedimiento de la licitación en dos etapas. El párrafo 1) sirve de recordatorio de que las reglas aplicables a la licitación abierta son también aplicables a la licitación en dos etapas salvo las modificaciones que requiera el procedimiento previsto para este método particular de contratación. Algunas de las disposiciones que regulan la licitación abierta serán aplicables sin modificaciones, como el procedimiento de convocatoria de la licitación (artículo 35), el contenido de la convocatoria a licitación (artículo 36) y la entrega del pliego de condiciones (artículo 37). Otras disposiciones del capítulo III exigirán modificaciones dadas las características específicas de la licitación en dos etapas que se describen en los párrafos 2) a 4) del artículo 47. Por ejemplo, las disposiciones del artículo 38, contenido del pliego de condiciones, que hacen referencia al precio de la oferta no son aplicables cuando lo que se solicitan son ofertas iniciales. Las disposiciones del artículo 40 sobre el plazo de validez de las ofertas y la modificación y retirada de una oferta han de leerse conjuntamente con las del párrafo 4) d) del artículo 47, que permite que el proveedor o contratista que no desee presentar una oferta definitiva pueda retirarse del procedimiento de licitación sin perder la garantía de oferta que tal vez le fue exigida (para una justificación de la desviación de las reglas aplicables a la licitación abierta, véase el párrafo [30] *infra*).

20. Algunas disposiciones del capítulo III, como el artículo 41, apertura de las ofertas, y las disposiciones del artículo 42 relativas a la evaluación de estas solo serán aplicables a las ofertas definitivas que se presenten después de la revisión de las condiciones de la contratación. Las disposiciones del artículo 39 sobre la presentación de ofertas y del artículo 42 sobre su evaluación serán aplicables, por su parte, tanto a las ofertas iniciales como a las definitivas. Cuando se trate de una licitación en dos etapas, se debe interpretar que las disposiciones del artículo 43, que prohíben las negociaciones con los proveedores o contratistas una vez hayan sido presentadas las ofertas, no prohíben el tipo de conversaciones que no implican una negociación y que pueden producirse en la licitación en dos etapas entre la entidad adjudicadora y cualquier proveedor o contratista con respecto a su oferta inicial. La prohibición de las negociaciones propiamente dichas es aplicable a todo el procedimiento de la licitación en dos etapas (incluido el período que se abre una vez que se han presentado las ofertas definitivas).

21. El párrafo 2) establece normas específicas para la convocatoria de ofertas iniciales. Estas normas modifican las del capítulo III que regulan la convocatoria. En esta primera etapa, la entidad adjudicadora puede solicitar propuestas de solución sobre cualquiera de las condiciones de la contratación distintas del precio. Habida cuenta de las condiciones a que está sometido el empleo de este método de contratación (véase el artículo 29 1); para el comentario de este artículo véanse los párrafos [...] *supra*), lo previsto es que la entidad adjudicadora solicite varias soluciones con respecto a los requisitos técnicos y de calidad del objeto del contrato

adjudicable, en primer lugar, y, cuando corresponda, la competencia profesional y técnica y las calificaciones de los proveedores o contratistas. Algunos requisitos de calidad pueden tener un impacto comercial, como la adquisición o transferencia de derechos de propiedad intelectual: puede ser conveniente incluir estos aspectos en las condiciones de la contratación y debatirlos con los proveedores. Por ejemplo, puede incluirse en el pliego de condiciones el requisito de que se ofrezcan soluciones para utilizar propiedad intelectual (por ejemplo, los derechos de este tipo pueden ser utilizados con una licencia o ser adquiridos). En ese caso, estos requisitos forman parte de los aspectos técnicos de la contratación. En caso contrario, los gastos que genere la utilización de la propiedad intelectual de que se trate sencillamente se incluirán en el precio indicado en la oferta que se presente en la segunda etapa.

22. Este artículo no establece ninguna norma específica para la presentación y el examen de las ofertas iniciales. Las disposiciones pertinentes del capítulo III son las aplicables. En concreto, las disposiciones aplicables del artículo 42 3) son las que regulan en qué casos es posible rechazar ofertas iniciales: cuando el proveedor o contratista que presentó una oferta no sea idóneo; cuando la oferta no sea conforme; o cuando un proveedor o contratista sea excluido del procedimiento por los motivos indicados en el artículo 20 (ofrecer un incentivo, gozar de alguna ventaja competitiva desleal o adolecer de algún conflicto de intereses). Los demás motivos para rechazar una oferta que se indican en el artículo 42 3) no son aplicables; solo lo son cuando se llega a la etapa de considerar el precio de la oferta, lo que no es el caso en esta primera etapa de la licitación. Todos los proveedores cuyas ofertas no sean rechazadas tendrán derecho a seguir participando en el procedimiento de contratación.

23. El párrafo 3) abre la posibilidad de que se entablen conversaciones con los proveedores o contratistas cuyas ofertas no hayan sido rechazadas, acerca de cualquier aspecto de esas ofertas. Las conversaciones pueden referirse a cualquier aspecto de la contratación salvo el precio y tienen un carácter distinto de una negociación (sobre este punto véase el comentario que figura en los párrafos [...] *supra*). No siempre será necesario entablar estas conversaciones ya que la entidad adjudicadora es posible que tenga la capacidad necesaria para perfeccionar y ultimar las condiciones de la contratación a partir de las ofertas iniciales recibidas. Las disposiciones del párrafo 3) exigen que, cuando la entidad adjudicadora decida entablar conversaciones, esta habrá de ofrecer por igual a todos los proveedores o contratistas interesados la oportunidad de entablar ese mismo tipo de conversaciones.

24. El párrafo 4) regula el procedimiento a seguir en la segunda etapa de este método de contratación en la medida en que se diferencie del previsto para la licitación abierta en las disposiciones del capítulo III de la Ley Modelo. También regula las cuestiones que plantea la preparación y publicación de la revisión definitiva de las condiciones, por ejemplo, en qué medida es permisible modificar las condiciones anunciadas inicialmente.

25. El apartado a) impone a la entidad adjudicadora la obligación de invitar a todos los proveedores o contratistas cuya oferta no haya sido rechazada en la primera etapa a que presenten su oferta definitiva en función del conjunto de condiciones revisadas para la contratación. Las ofertas definitivas son equivalentes a las ofertas que se presentan en una licitación abierta, es decir, serán evaluadas en función de su adecuación a la convocatoria, y se tendrá en cuenta el precio.

26. El apartado b) establece en qué medida son permisibles cambios en las condiciones anunciadas originalmente para una contratación. Se permiten cambios (supresiones, modificaciones o adiciones) en los aspectos técnicos y de calidad del objeto y en los criterios que se utilizarán para examinar y evaluar las ofertas, con sujeción a algunas condiciones que tienen por finalidad limitar la capacidad discrecional de la entidad adjudicadora al respecto. Habida cuenta del objetivo de la Ley Modelo de asegurar un trato justo e igualitario a todos los proveedores y contratistas, los cambios de los aspectos técnicos y de calidad que se realicen a raíz de la primera etapa del procedimiento no pueden modificar la descripción del objeto de la contratación anunciado originalmente. Si la descripción del objeto hubiese cambiado mucho habría que convocar un nuevo procedimiento de contratación a fin de permitir la participación de nuevos proveedores o contratistas (incluidos los proveedores o contratistas cuyas ofertas iniciales hubieran sido rechazadas o que hubieran adquirido posteriormente las calificaciones necesarias). En este contexto es pertinente citar el artículo 15 3) que obliga a la entidad adjudicadora a volver a publicar el contrato adjudicable si, a raíz de una aclaración o modificación del pliego de condiciones, la información publicada al solicitarse por primera vez la participación de proveedores o contratistas en el proceso de contratación hubiese perdido su exactitud de fondo (para el comentario al artículo 15 3) véanse los párrafos [...] *supra*).

27. En el apartado b) i) se aborda la cuestión de los límites de los cambios permisibles en la descripción del objeto del contrato adjudicable. Estos cambios se refieren principalmente a los aspectos técnicos o de calidad del objeto del contrato adjudicable teniendo en cuenta el objetivo básico de la licitación en dos etapas, es decir, mejorar la precisión de las especificaciones técnicas y de calidad del objeto del contrato adjudicable a fin de reducir las posibles opciones a la que mejor satisfaría las necesidades de la entidad adjudicadora, y ultimar de este modo un conjunto de condiciones para la contratación.

28. Los cambios que se introduzcan en los aspectos técnicos o de calidad del objeto del contrato adjudicable necesariamente requerirán que se cambien los criterios para su examen o evaluación, ya que en caso contrario los criterios que se utilizarían en la segunda etapa no reflejarían los aspectos técnicos y de calidad aplicables. Por ese motivo, el apartado b) ii) establece que solo podrán cambiarse los criterios para el examen o la evaluación de las ofertas en la medida en que sea estrictamente necesario a raíz de algún cambio en los aspectos técnicos o de calidad del objeto del contrato adjudicable.

29. El apartado c) establece que los cambios de las condiciones de la contratación que se hubiesen anunciado originalmente se comunicarán a los proveedores o contratistas a través de la invitación a presentar sus ofertas definitivas.

30. El apartado d) permite que los proveedores o contratistas no presenten una oferta definitiva sin perder por ello la garantía que se hubieran visto obligados a depositar para participar en la primera etapa. Esta disposición se incluye para promover la participación de proveedores o contratistas ya que no cabe esperar que, una vez vencido el plazo para la presentación de las ofertas iniciales, los proveedores o contratistas sepan qué cambios podrán introducirse posteriormente en las condiciones de la contratación. Habida cuenta de las características de este método de contratación, lo más probable es que las garantías de oferta se exijan cuando se presenten las ofertas definitivas, y no cuando se presenten las ofertas iniciales.

31. El apartado e) somete el procedimiento de examen y evaluación de las ofertas definitivas y la determinación de la oferta ganadora a las normas de la licitación abierta que contiene el capítulo III de la Ley Modelo.

32. Los Estados promulgantes deben tener presente la particular importancia de las disposiciones del artículo 23, relativas a la confidencialidad, en el contexto de este método de contratación (y en el de cualquier otro método de contratación previsto en el capítulo V). Los riesgos de divulgar, por inadvertencia o de otro modo, información sensible comercialmente de los proveedores o contratistas competidores puede plantearse no solo en la etapa de las conversaciones sino también en la de formulación del conjunto revisado de condiciones para la contratación (por ejemplo, si se utilizan requisitos, símbolos y terminología para describir los aspectos técnicos y de calidad revisados del objeto que puedan revelar por inadvertencia la fuente de la información) y en la comunicación requerida por el párrafo 4) c) de los cambios hechos en las condiciones anunciadas originalmente a los proveedores o contratistas. De conformidad con las disposiciones del artículo 23, la entidad adjudicadora ha de respetar la confidencialidad de las propuestas técnicas de los proveedores o contratistas a lo largo de todo el proceso. No debe infravalorarse la importancia de esta salvaguardia si se quiere proteger la integridad y equidad del proceso de contratación, y la confianza del público en él, y asegurar la participación de proveedores o contratistas en los procedimientos ya convocados y futuros de licitación en dos etapas.

Para un examen de las modificaciones del procedimiento introducidas en el texto de 1994 véase la sección 4 infra.

4. Observaciones sobre el procedimiento de licitación en dos etapas que se propone incluir en la sección de la Guía para la incorporación al derecho interno en la que se examinan los cambios introducidos en el texto de 1994 de la Ley Modelo

Condiciones de empleo

33. Las disposiciones de la Ley Modelo revisada que regulan la licitación en dos etapas se basan en las disposiciones de la Ley Modelo de 1994 que regulan el mismo método de contratación (artículo 19 1)). Los cambios que se han introducido en las disposiciones de 1994 tienen por finalidad hacer más específica y clara la condición primaria para emplear este método de contratación (regulado por el artículo 29 1) a)), distinguiéndola de las condiciones de empleo de los demás métodos de contratación incluidos en el capítulo V (el texto de 1994 establece las mismas condiciones para emplear cualquiera de los tres métodos de contratación: la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas y la negociación competitiva). Además, se ha modificado la redacción de las condiciones de empleo que establece el apartado a) para que quede claro que las conversaciones con los proveedores o contratistas son una característica optativa del método.

34. Se ha suprimido la referencia a la posibilidad de recurrir a un jurado externo para emplear este método de contratación, que figuraba en el texto de 1994, atendiendo a la decisión de la CNUDMI de no exigir en la Ley Modelo revisada, por norma general, que la entidad adjudicadora solicite la aprobación de otro órgano para adoptar medidas (para el comentario sobre este punto véanse los párrafos [...] *supra*).

Procedimiento

35. El procedimiento de la licitación en dos etapas se basa en el artículo 46 de la Ley Modelo de 1994. Se han hecho revisiones sustanciales de los párrafos 3) y 4) de este artículo para aumentar la precisión y reforzar las salvaguardias contra los abusos de este método de contratación [se añadirán más detalles posteriormente].
