



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 los métodos de negociación competitiva y de contratación con un solo proveedor, 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 se ha presentado menos de diez semanas antes de la apertura del período de sesiones debido a la necesidad de concluir las consultas oficiosas entre períodos de sesiones sobre las disposiciones pertinentes del proyecto de revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno.



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 negociación competitiva y la contratación con un solo proveedor.]

...

A. Texto que se propone introducir en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo revisada al derecho interno en la parte en que se abordan las cuestiones que plantea el método de la negociación competitiva

1. Condiciones de empleo

La disposición pertinente de la Ley Modelo revisada sobre las condiciones de empleo de este método es la siguiente:

“Artículo 29. Condiciones de empleo de los métodos de contratación previstos en el capítulo V de la presente Ley (... negociación competitiva ...)

4) La entidad adjudicadora podrá adjudicar un contrato por el método de negociación competitiva, conforme a lo previsto en el artículo 50 de la presente Ley, de darse las circunstancias siguientes:

a) Si la necesidad del objeto de la contratación es tan urgente que resulte inviable entablar un proceso de licitación abierta o cualquier otro método competitivo de contratación por el tiempo que llevaría el empleo de esos métodos, siempre que las circunstancias que hayan dado lugar a la urgencia no sean previsibles para la entidad adjudicadora ni obedezcan a una conducta dilatoria de su parte;

b) Si, debido a una situación de catástrofe, la necesidad del objeto de la contratación es tan urgente que resulte inviable recurrir a la licitación abierta o a cualquier otro método competitivo de contratación por el tiempo que llevaría el empleo de esos métodos; y

c) Si la entidad adjudicadora determina que todo otro método competitivo de contratación resultaría inadecuado para la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado.”

Propuesta de texto para la Guía:

1. En el párrafo 4) de este artículo se enuncian las condiciones de empleo de la negociación competitiva, un método de contratación al que únicamente se puede recurrir en las circunstancias excepcionales descritas en los apartados a) a c),

es decir, la urgencia, sucesos catastróficos y la protección de intereses esenciales de seguridad del Estado promulgante. Estas restricciones son necesarias habida cuenta del procedimiento sumamente flexible que prevé este método. Este procedimiento no garantiza los mismos niveles de transparencia, integridad y objetividad en el proceso que otros métodos competitivos de contratación, por lo que existe un mayor riesgo de que ese método dé lugar a abusos y propicie la corrupción.

2. El apartado a) regula las situaciones de urgencia que no sean fruto de la conducta de la entidad adjudicadora ni se deban a circunstancias previsibles. El apartado b) menciona los casos de urgencia a raíz de sucesos catastróficos. En ambos apartados se especifica que el recurso a la licitación abierta o a cualquier otro método competitivo de contratación sería inviable debido al tiempo que requeriría la aplicación de esos métodos. Los casos de urgencia que se prevén en ambos apartados deben ser realmente excepcionales, y no de pura conveniencia, como la necesidad urgente de suministros médicos y de otra índole tras un desastre natural o la necesidad de reemplazar un bien de equipo de utilización ordinaria que haya dejado de funcionar correctamente. No se podrá recurrir a este método si la urgencia obedece a una falta de planificación de la contratación o a cualquier otra medida de la entidad adjudicadora, y el grado de contratación a que deba recurrirse mediante este método debe ser consecuencia directa de la propia urgencia. En otras palabras, si se requiere urgentemente un bien de equipo y se prevé que más adelante se van a necesitar más bienes de este tipo, únicamente se podrá recurrir a la negociación competitiva para adquirir el bien que se precise inmediatamente.

3. El apartado c) regula la contratación para la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado [remitir al lugar en que se examina este tema] y confiere a la entidad adjudicadora el poder de determinar si otro método competitivo de contratación resultaría inadecuado.

4. Las disposiciones de los apartados a) a c) no van en perjuicio del principio general enunciado en el artículo 27 2) de que la entidad adjudicadora debe procurar fomentar al máximo la competencia al seleccionar un método de contratación y tener en cuenta las circunstancias del contrato adjudicable. Por consiguiente, cabe interpretar que cuando exista otra opción, además de la negociación competitiva, como la licitación restringida o la solicitud de cotizaciones, la entidad adjudicadora deberá seleccionar el método que garantice el máximo nivel de competencia compatible con otras circunstancias de la contratación, como la necesidad urgente de adquirir el objeto de la contratación.

5. De conformidad con el mismo principio, el apartado b), que regula los casos de urgencia debido a una catástrofe, y el apartado c), que regula la contratación para la protección de intereses de seguridad esenciales del Estado, impiden que la entidad adjudicadora recurra a la contratación con un solo proveedor cuando sea posible la negociación competitiva. En los supuestos regulados por estos apartados, se pide a la entidad adjudicadora que en primer lugar se plantee la posibilidad de recurrir a la licitación abierta o a cualquier otro método competitivo de contratación. Cuando la entidad adjudicadora llegue a la conclusión de que los otros métodos competitivos no son viables, deberá recurrir a la negociación competitiva, y no a la contratación con un solo proveedor, a menos que llegue a la conclusión de que el caso es de extrema urgencia o de que existe otro motivo concreto que justifique que se recurra a la contratación con un solo proveedor en virtud del párrafo 5) de este artículo (por ejemplo la falta de base competitiva, la existencia de derechos

exclusivos, etc.). Ello se debe a que la negociación competitiva brinda de por sí más competencia que la contratación con un solo proveedor y porque las disposiciones de la Ley Modelo que regulan el procedimiento de la negociación competitiva prevén salvaguardias más estrictas, con lo cual este método resulta más estructurado y transparente que el de la contratación con un solo proveedor. Por consiguiente, este método es la alternativa preferida a la contratación con un solo proveedor en situaciones de urgencia y cuando conviene proteger intereses esenciales de la seguridad del Estado.

6. De las consideraciones que se han hecho se desprende que no debe deducirse que la negociación competitiva constituya una variante alternativa a cualquier otro método de la Ley Modelo que no sea la contratación con un solo proveedor en las situaciones limitadas que se describen en el párrafo anterior. Para la contratación de, por ejemplo, servicios de asesoramiento o bienes técnicos complejos que puedan requerir una interacción con los proveedores cabe recurrir a la licitación en dos etapas y a la solicitud de propuestas con diálogo o con negociación consecutiva.

7. El carácter no estructurado del procedimiento del diálogo competitivo, descrito en el artículo 50 y explicado en los párrafos [...] *infra*, significa que es preciso dominar la gestión del método para aplicarlo con éxito en las circunstancias apropiadas. Las cuestiones tratadas en relación con las técnicas de gestión en el contexto del procedimiento de la solicitud de propuestas con diálogo (véanse los párrafos [...] de las orientaciones sobre ese método de contratación) serán aplicables a la negociación competitiva, en especial debido a los altos riesgos que este método entraña para la integridad¹.

Véase en la sección A.4 infra un análisis de los cambios introducidos en las condiciones de empleo en comparación con el texto de 1994.

2. Convocatoria

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

“Artículo 33. Convocatoria y anuncios de contratación en ... la negociación competitiva ... Requisito de preaviso de la contratación

3) Cuando la entidad adjudicadora recurra a la negociación competitiva como método de contratación de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4) del artículo 29 de la presente Ley, entablará negociaciones con un número suficiente de proveedores o contratistas para garantizar que haya una verdadera competencia.

...

5) Antes de proceder a una convocatoria directa de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 1), 3) y 4) del presente artículo, la entidad adjudicadora hará publicar un anuncio de la contratación en ... (el Estado promulgante indicará la gaceta oficial u otra publicación oficial en que se ha

¹ El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si convendría dar orientaciones suplementarias, por ejemplo, para asegurar la eficacia y la capacidad de las entidades adjudicadoras en técnicas de negociación, así como la utilización de sistemas de supervisión centralizados y otras formas de apoyo institucional para la negociación competitiva.

de publicar la convocatoria). El anuncio contendrá como mínimo la siguiente información:

- a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;
 - b) Un resumen de las principales condiciones del contrato o acuerdo marco que se haya de firmar a raíz del proceso de contratación, en el que deberán indicarse la naturaleza y la cantidad de bienes que hayan de suministrarse y el lugar de entrega, la naturaleza y la ubicación de las obras que hayan de efectuarse, o la naturaleza de los servicios y el lugar donde hayan de prestarse, así como el plazo conveniente o necesario para el suministro de los bienes o la terminación de las obras, o el plazo o el calendario para la prestación de los servicios;
 - c) Una declaración con arreglo al artículo 8 de la presente Ley; y
 - d) El método de contratación que habrá de emplearse.
- 6) Las disposiciones del párrafo 5) no serán aplicables en el caso de urgencia mencionado en los párrafos 4) b) y 5) b) del artículo 29.”

Propuesta de texto para la Guía:

8. El párrafo 3) regula la convocatoria en la negociación competitiva y se ha reproducido juntamente con el requisito de preaviso de la contratación enunciado en el párrafo 5) de este artículo. En particular, en el preaviso deberá especificarse que se recurrirá al método de la negociación competitiva y deberá indicarse también un resumen de las principales condiciones del contrato que se prevé adjudicar. Esto constituye una medida esencial de supervisión pública. Sobre la base de la información publicada, todo proveedor o contratista agraviado podrá recurrir contra la elección de la negociación competitiva si existe un método de contratación más transparente y regulado. Esta salvaguardia es particularmente importante en el contexto de este método de contratación y en el de la contratación con un solo proveedor; ambos métodos se consideran excepcionales y solo se justifica su aplicación en los casos muy limitados que prevé el artículo 29 de la Ley Modelo.

9. La entidad adjudicadora no estará obligada a publicar tal aviso, pero podrá optar por hacerlo cuando se recurra a la negociación competitiva en situaciones de urgencia debido a catástrofes (artículo 29 4) b)). Esta exención está regulada en el párrafo 6) de ese artículo. En los otros casos de urgencia mencionados en el artículo 29 4) a), el requisito de dar preaviso de la contratación será la regla supletoria. También será la regla supletoria cuando se recurra a la negociación competitiva en una contratación destinada a proteger los intereses esenciales de seguridad del Estado que se mencionan en el artículo 29 4) c). La regla supletoria estará sujeta a toda exención prevista por motivos de confidencialidad que sea aplicable en virtud de las disposiciones legales del Estado promulgante. Por ejemplo, en una contratación en que se desee proteger los intereses esenciales de seguridad del Estado puede existir también información reservada; en tales casos, podrá autorizarse a la entidad adjudicadora (en el reglamento de la contratación o en otras normas aplicables del Estado promulgante) a no hacer público ningún aviso sobre la contratación (véanse las orientaciones relativas a las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo sobre confidencialidad y contratación con información reservada en los párrafos ... *supra*).

10. En las orientaciones relativas a la licitación restringida figura información suplementaria sobre el requisito de preaviso de los párrafos 5) y 6) del artículo 33 y sobre la determinación objetiva de los proveedores que vayan a participar en el proceso. Las cuestiones planteadas en esas orientaciones son también pertinentes en el contexto de la negociación competitiva.

Véase en la sección A.4 infra un análisis de los cambios introducidos respecto de la convocatoria en comparación con el texto de 1994.

3. Procedimiento

La disposición pertinente de la Ley Modelo revisada sobre el procedimiento es la siguiente:

“Artículo 50. Negociación competitiva

- 1) Lo dispuesto en los párrafos 3), 5) y 6) del artículo 33 será aplicable a todo procedimiento que preceda a las negociaciones.
- 2) Todo requisito, directriz, documento, aclaración u otro dato relativo a las negociaciones que la entidad adjudicadora comunique a un proveedor o contratista, con anterioridad a las negociaciones o durante las mismas, deberá ser comunicado por igual a todo otro proveedor o contratista que entable negociaciones con la entidad adjudicadora relativas a la adjudicación del contrato, salvo que se trate de algún dato específico o exclusivo de ese concursante o salvo que su divulgación sea contraria a las reglas de confidencialidad enunciadas en el artículo 23 de la presente Ley.
- 3) Una vez ultimadas las negociaciones, la entidad adjudicadora invitará a todo proveedor o contratista que siga participando en el proceso de contratación a que presente, para una fecha determinada, su mejor oferta definitiva respecto de todos los aspectos de su propuesta.
- 4) No se entablará negociación alguna entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas respecto de su mejor oferta definitiva.
- 5) Se declarará ganadora la oferta que mejor responda a las necesidades de la entidad adjudicadora.”

Propuesta de texto para la Guía:

11. Este artículo regula el procedimiento que debe seguirse en el método de la negociación competitiva. Su texto incluye salvaguardias para garantizar la transparencia y la igualdad de tratamiento de los participantes en la contratación mediante este método.

12. El artículo es relativamente breve, dado el carácter flexible de este método. Sin embargo, no sería correcto afirmar que la Ley Modelo apenas regula el procedimiento que debe seguirse en este método de contratación. Al igual que cualquier otro, este método está sujeto a las disposiciones y reglas generales enunciadas en los capítulos I y II de la Ley Modelo, en la reglamentación de la contratación y en otras normativas legales. Por ejemplo, en virtud de la Ley Modelo, la entidad adjudicadora deberá mantener un expediente detallado del proceso de contratación, con detalles sobre las negociaciones mantenidas con cada proveedor o contratista que haya participado y, de conformidad con el artículo 24, deberá

garantizar el acceso de los proveedores o contratistas a ese expediente. Este requisito constituye una medida esencial para este método de contratación, pues asegura una supervisión eficaz y permite que los proveedores agraviados presenten recursos.

13. En la medida en que la entidad adjudicadora cumpla con todas las reglas aplicables y que las negociaciones se lleven a cabo de forma concurrente, y a fin de que los proveedores sean tratados en pie de igualdad, la entidad adjudicadora podrá organizar y dirigir la negociación como lo juzgue oportuno. Las reglas enunciadas en el presente artículo tienen por objeto conceder esa libertad a la entidad adjudicadora, al tiempo que fomentan la competencia en el procedimiento y la objetividad en el proceso de selección y evaluación.

14. El párrafo 1) remite a las disposiciones pertinentes del artículo 33 sobre la convocatoria de la negociación competitiva, una de las cuales requiere que se dé preaviso de la contratación, salvo en casos de urgencia. (Véanse las orientaciones sobre las disposiciones pertinentes del artículo 33 en los párrafos ... *supra*.)

15. El párrafo 2), que regula la comunicación de información durante las negociaciones, está sujeto a las reglas de confidencialidad enunciadas en el artículo 23 de la Ley Modelo. La disposición es similar a la que rige la solicitud de propuestas con diálogo en el artículo 48 10). Por consiguiente, las orientaciones relativas al artículo 48 10) son pertinentes en el contexto de este párrafo (véanse los párrafos ... *supra*).

16. El párrafo 3) dispone que, al término de las negociaciones, la entidad adjudicadora pedirá a los proveedores o contratistas que presenten sus mejores ofertas definitivas², que servirán de base para determinar la oferta ganadora. Estas ofertas se definen como las mejores y las definitivas en relación con todos los aspectos de la propuesta de cada proveedor. (Así, al igual que en los procedimientos con diálogo (véanse las orientaciones pertinentes en [...]), no se comunicará ningún conjunto de condiciones de la contratación en función de las cuales se vayan a examinar las ofertas definitivas.) Las mejores ofertas definitivas deberán presentarse en una fecha especificada por la entidad adjudicadora en su solicitud de tales ofertas. A fin de asegurar la igualdad entre todos los proveedores participantes en lo que respecta a la posibilidad de dar por terminadas las negociaciones y al tiempo disponible para preparar sus mejores ofertas definitivas, es aconsejable que la solicitud se haga por escrito y que se comunique al mismo tiempo a todos los proveedores participantes. La disposición es similar a la del artículo 48 11). Por lo tanto, las orientaciones relativas al artículo 48 11) (véanse los párrafos ... *supra*) son pertinentes en el contexto de este párrafo.

17. La CNUDMI considera que la etapa de las mejores ofertas definitivas es esencial, dado que prevé que todos los proveedores participantes sean tratados por igual. Al llegarse a esta etapa quedan terminadas las negociaciones y se paralizan todas las especificaciones y condiciones contractuales ofrecidas por proveedores y contratistas. Además, el requisito de que las solicitudes de mejores ofertas definitivas se comuniquen a todos los proveedores restantes en las negociaciones deja constancia de todas las ofertas que llegaron en poder de la entidad adjudicadora

² El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que esta expresión será descrita en el glosario que se incluirá en la Guía, donde se explicará (entre otras cosas) que solo podrá haber una ronda de mejores ofertas definitivas.

y que dicha entidad debería haber examinado al proceder a la selección con arreglo al párrafo 5) del presente artículo. De no preverse esa etapa, se daría demasiada discreción a la entidad adjudicadora para decidir a qué proveedor o contratista adjudicará el contrato, sin ninguna transparencia ni pruebas verificables en el proceso que permitan recurrir contra una decisión.

18. El párrafo 4) prohíbe toda negociación una vez que se hayan presentado las mejores ofertas definitivas, a fin de que el procedimiento de la negociación competitiva se ajuste a las etapas equivalentes de otros métodos de contratación y para asegurar la igualdad de tratamiento de los proveedores. El párrafo se basa en una disposición similar del artículo 48 12). Por consiguiente, las orientaciones sobre el artículo 48 12) (véanse los párrafos ... *supra*) son pertinentes en el contexto de este párrafo. Para la CNUDMI es esencial impedir que la entidad adjudicadora negocie una vez presentadas las mejores ofertas definitivas, así como impedir que se emitan varias solicitudes de mejores ofertas definitivas, una posición que se adopta con coherencia en todas las disposiciones de la Ley Modelo en que se aborda la etapa de las mejores ofertas definitivas.

19. El Estado promulgante podrá imponer requisitos suplementarios en el contexto de este método de contratación obligando a la entidad adjudicadora, en el reglamento de la contratación, a adoptar medidas como el establecimiento de reglas y procedimientos básicos que rijan la negociación a fin de que se proceda con la debida eficiencia; la preparación de diversos documentos que sirvan de base para la negociación, en concreto documentos en que se den a conocer las características técnicas deseadas de los bienes o de las obras que vayan a adjudicarse, o una descripción de la naturaleza de los servicios que deban prestarse, así como la cláusulas o condiciones contractuales deseadas; y el requerimiento a los proveedores o contratistas con los que negocie que desglosen su precio, facilitando así a la entidad adjudicadora la comparación de la oferta de cada uno de ellos con las de los demás en el curso de la negociación. (Véanse orientaciones más detalladas sobre esas comparaciones, inclusive la atenuación de los riesgos, en el análisis sobre la evaluación en el procedimiento de solicitud de propuestas con diálogo.)

Véase en la sección A.4, que figura inmediatamente a continuación, un análisis de los cambios realizados en el procedimiento en comparación con el texto de 1994.

4. Cuestiones relativas a la negociación competitiva que, según se ha propuesto, deberían tratarse en la sección de la Guía en que se abordan los cambios respecto del texto de 1994 de la Ley Modelo

Condiciones de empleo

20. La negociación competitiva es la denominación de un método de contratación cuyas principales características siguen la pauta del método que lleva el mismo título en la Ley Modelo de 1994. Se han revisado sustancialmente las condiciones de empleo de la negociación competitiva enunciadas en el artículo 19 de la Ley Modelo de 1994. Conforme al texto revisado, únicamente se podrá recurrir a la negociación competitiva en las circunstancias excepcionales enumeradas en los apartados a) a c), es decir, en caso de urgencia, de catástrofe y cuando deban protegerse intereses esenciales de seguridad del Estado promulgante. Véanse otras orientaciones sobre el empleo del método en esas circunstancias, y otras

consideraciones pertinentes, en los párrafos [...] de las orientaciones relativas al método en sí.

21. La Ley Modelo revisada, a diferencia del texto de 1994, no exige, para recurrir a la negociación competitiva, la aprobación de ningún órgano designado. Este enfoque refleja la decisión adoptada por la CNUDMI en virtud de la cual, por regla general, en la Ley Modelo la entidad adjudicadora no debe estar obligada a solicitar la aprobación de otro órgano para las medidas que adopte (véanse las orientaciones sobre este punto en los párrafos ... *supra*).

Convocatoria

22. El párrafo 3) del artículo 33 regula la convocatoria en la negociación competitiva. Su texto se basa en el párrafo 1) del artículo 49 de la Ley Modelo de 1994 [ulteriormente se agregarán detalles sobre las diferencias entre ambas disposiciones].

Procedimiento

23. El artículo 50 regula el procedimiento que debe seguirse en la negociación competitiva y sigue la pauta de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Modelo de 1994. El principal cambio radica en la introducción, en el párrafo 4), de la prohibición expresa de negociar una vez que se hayan presentado las mejores ofertas definitivas [ulteriormente se agregarán detalles sobre otras diferencias entre ambas disposiciones].

B. Texto que se propone introducir en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo revisada al derecho interno en la parte en que se abordan las cuestiones que plantea el método de la contratación con un solo proveedor

1. Condiciones de empleo

La disposición pertinente de la Ley Modelo revisada sobre las condiciones de empleo de este método es la siguiente:

“Artículo 29. Condiciones de empleo de los métodos de contratación previstos en el capítulo V de la presente Ley (... contratación con un solo proveedor)

5) La entidad adjudicadora podrá contratar con un solo proveedor o contratista, conforme a lo previsto en el artículo 51 de la presente Ley, cuando se den las siguientes circunstancias excepcionales:

a) Si el objeto del contrato adjudicable solo puede obtenerse de determinado proveedor o contratista, o si determinado proveedor o contratista goza de un derecho exclusivo respecto del objeto del contrato, por lo que, a falta de otras opciones razonables, no es posible valerse de ningún otro método de contratación;

b) Si, debido a una situación de catástrofe, la necesidad del objeto del contrato es tan urgente que no resulte viable entablar algún otro método de contratación pública por el tiempo necesario para el empleo de esos métodos;

c) Si, habiendo adquirido ya bienes, equipo, tecnología o servicios de determinado proveedor o contratista, la entidad adjudicadora decide adquirir más productos del mismo proveedor o contratista por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los bienes, el equipo, la tecnología o los servicios que se estén utilizando, y teniendo además en cuenta la eficacia con la que el contrato original haya respondido a las necesidades de la entidad adjudicadora, el volumen relativamente bajo del contrato propuesto en comparación con el del contrato original, el carácter razonable del precio y la inexistencia de otra fuente de suministro que resulte adecuada;

d) Si la entidad adjudicadora determina que todo otro método de contratación resultaría inadecuado para la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado; o

e) Si, a reserva de la aprobación del [nombre del órgano competente designado por el Estado promulgante para dar esa aprobación], y tras haberse publicado un aviso y dado la oportunidad debida para hacer observaciones, es necesario recurrir a un proveedor o contratista determinado para promover alguna política socioeconómica de este Estado, siempre que no sea posible promover esa política contratando a algún otro proveedor o contratista.”

Propuesta de texto para la Guía:

1. En el párrafo 5) de este artículo se enuncian las condiciones para recurrir al método de la contratación con un solo proveedor. La primera de ellas, que figura en el apartado a), es la existencia de motivos objetivamente justificables para recurrir a la contratación con un solo proveedor, a saber, cuando haya un único proveedor o contratista capaz de suministrar el objeto de la contratación, ya sea porque ese proveedor o contratista goza de derechos exclusivos respecto del objeto de la contratación o por otros motivos que confirmen esa exclusividad. En las reglas relativas a la descripción del objeto de la contratación, enunciadas en el artículo 10 de la Ley Modelo, se prohíbe a la entidad adjudicadora formular la descripción del objeto de la contratación de modo tal que limite artificialmente el mercado a un solo proveedor. Cuando exista el riesgo de que se formulen descripciones tan limitadas, deberían alentarse las descripciones funcionales (lo que se debe cumplir o las especificaciones del producto)³. Además, el Estado promulgante deberá asegurar, por medio de las autoridades competentes, una supervisión periódica de la práctica seguida por sus entidades adjudicadoras para invocar el motivo mencionado en el apartado a) como justificación para recurrir a la contratación con un solo proveedor, pues de no hacerse debidamente se podrían fomentar, con intención o sin ella, los monopolios y la corrupción. La promulgación del requisito de preaviso público de la contratación con un solo proveedor (enunciado en el artículo 33 5) de la Ley Modelo) debería considerarse una salvaguardia fundamental contra los efectos negativos que podría tener, para la transparencia y la rendición de cuentas en las prácticas de contratación, toda invocación del motivo enunciado en el apartado a).

³ El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en qué medida este punto es de aplicación general y cuál es su interacción con los principales rasgos distintivos de la licitación en comparación con los métodos de contratación basados en la solicitud de propuestas, que se enuncian en las orientaciones relativas a los artículos 26 y 27.

2. Las condiciones enunciadas en el apartado b), referente a las situaciones de extrema ausencia debido a una catástrofe, coinciden en parte con la condición de empleo de la negociación competitiva en caso de urgencia debida también a un suceso catastrófico (párrafo 4) b) de este artículo). La diferencia entre ambas disposiciones radica en el nivel de urgencia; en el caso de la contratación con un solo proveedor, debe haber un grado extremo de urgencia que impida mantener negociaciones con más de un proveedor, pues resultaría inviable. Por ejemplo, tras un desastre natural, pueden requerirse urgentemente agua potable y suministros médicos; también podrían requerirse instalaciones semipermanentes de cobijo, pero normalmente esto no es tan urgente. Al igual que en la negociación competitiva, la necesidad de vincular el alcance de la contratación con el grado de suma urgencia limitará el valor de lo que pueda contratarse utilizando este método.

3. El apartado c) hace referencia a la necesidad de normalización o de compatibilidad con los bienes, el equipo, la tecnología o los servicios ya existentes como criterio que justifique el recurso a la contratación con un solo proveedor. La utilización de este método en tales situaciones deberá ser excepcional; de no ser así, podrían invocarse necesidades que en realidad obedecieran a la deficiente planificación de la contratación por parte de la entidad adjudicadora. Así pues, en tales situaciones habría que limitar también el valor de la contratación y el período durante el cual pueda recurrirse a ese método.

4. En el apartado d) se justifica que se recurra a la contratación con un solo proveedor con el fin de proteger intereses esenciales de seguridad del Estado. En esta disposición se regula, en particular, la contratación con información reservada o no divulgable en los casos en que la entidad adjudicadora llegue a la conclusión de que esa información no estará suficientemente protegida si se recurre a cualquier otro método de contratación, inclusive a otro método excepcional como la negociación competitiva.

5. Se ha previsto el apartado e) a fin de permitir la contratación con un solo proveedor o contratista en casos de grave urgencia económica y para evitar con ello algún daño evidente, como sería el caso de una empresa que dé empleo a una gran parte de la mano de obra de cierta ciudad o región, que estuviera amenazada de cierre de no conseguir un contrato público. Este apartado prevé salvaguardias para asegurar que únicamente se recurra a este método en casos muy excepcionales. La disposición habría de interpretarse en sentido muy restringido a fin de que no se recurriera a la contratación con un solo proveedor por consideraciones accesorias como, por ejemplo, la transferencia de tecnología, precios fantasmas o comercio compensatorio⁴.

6. La decisión de recurrir a la contratación con un solo proveedor en este tipo de circunstancias de emergencia económica, que se menciona en la disposición, se adoptaría de ordinario al máximo nivel del gobierno, y así debería ser. Por lo tanto, en el apartado se requiere que la entidad adjudicadora obtenga la aprobación previa de un órgano designado por el Estado promulgante antes de recurrir a este tipo de contratación en tales situaciones. Además, en el apartado se requiere un aviso público de la contratación prevista en ese tipo de circunstancias de emergencia

⁴ El texto de este párrafo se basa en la Guía de 1994. Se invita al Grupo de Trabajo a que lo reconsidere, en particular habida cuenta del artículo 11 del proyecto de revisión de la Ley Modelo.

económica con la debida oportunidad de hacer comentarios. Si bien esta etapa no se regula en detalle en la Ley Modelo, a fin de que haya realmente oportunidad de hacer comentarios, la entidad adjudicadora debería prever un margen suficiente de tiempo entre el anuncio del procedimiento de contratación y su inicio. La entidad adjudicadora podrá recibir comentarios de cualquier persona y debería proporcionar explicaciones. Los Estados promulgantes tal vez deseen regular otros aspectos de esta disposición en el reglamento de la contratación, en particular, sobre quiénes deberían hacer comentarios (por ejemplo, las comunidades locales) y la finalidad o el efecto de los comentarios que se reciban, especialmente si son negativos.

7. Salvo en los supuestos mencionados en el apartado e), la Ley Modelo revisada no requiere la aprobación de ningún órgano designado para recurrir a la contratación con un solo proveedor. Este enfoque se ajusta a la decisión de la CNUDMI de no requerir, por regla general, en la Ley Modelo revisada que la entidad adjudicadora obtenga la aprobación de otro órgano para las medidas que deba adoptar (véanse las orientaciones relativas a este punto en los párrafos ... *supra*). Este criterio se ha aplicado también en lo que respecta a la decisión de la entidad adjudicadora de recurrir a la contratación con un solo proveedor. No obstante, la CNUDMI ha reconocido que algunos Estados promulgantes pueden requerir a las entidades adjudicadoras que obtengan la aprobación previa de una autoridad jerárquicamente superior para recurrir a una medida excepcional como la contratación con un solo proveedor. La CNUDMI, al tiempo que no desalienta esas prácticas en el contexto de este método concreto de contratación a fin de prevenir la corrupción y las decisiones arbitrarias por parte de las entidades adjudicadoras, reconoce que esta salvaguardia puede ser ilusoria, ya que puede haber un alto riesgo de corrupción en la cadena de aprobaciones para recurrir a este método en casos en que no sea apropiado hacerlo. Al mismo tiempo, se puede desperdiciar sin motivo mucho tiempo y mucho dinero cuando se solicite la aprobación de la contratación con un solo proveedor en circunstancias totalmente adecuadas.

8. Habida cuenta del carácter no competitivo de la contratación con un solo proveedor, en la Ley Modelo este método se considera como un último recurso cuando se hayan agotado todas las otras posibilidades. Por consiguiente, las disposiciones del párrafo 5) deberían aplicarse sin perjuicio del principio general enunciado en el artículo 27 2) conforme al cual la entidad adjudicadora, al seleccionar un método de contratación, debe procurar que el proceso sea lo más competitivo posible. Queda pues entendido que cuando sea apropiado recurrir a un método que no sea la contratación con un solo proveedor, como la licitación restringida, la solicitud de cotizaciones o la negociación competitiva, la entidad adjudicadora deberá elegir el método de contratación que dé al proceso la máxima competitividad habida cuenta de las circunstancias del contrato adjudicable, pero sin perjuicio de otras consideraciones no menos importantes, tales como el nivel de urgencia del suministro del objeto de la contratación. Se reconoce que, salvo en los supuestos descritos en los apartados a), d) y e), en otras situaciones mencionadas en el párrafo 5) la entidad adjudicadora podrá evitar el recurso a la contratación con un solo proveedor eligiendo otros métodos o instrumentos o planificando adecuadamente los contratos adjudicables. Por ejemplo, en situaciones de extrema urgencia debido a un desastre natural en que no sería viable negociar con más de un proveedor (apartado b)), la entidad adjudicadora podrá plantearse recurrir a métodos de contratación que no entrañen negociaciones, como la solicitud de cotizaciones para la contratación de bienes disponibles en el mercado. Con un acuerdo marco

cerrado sin segunda etapa competitiva se pueden abordar también eficazmente situaciones de suma urgencia cuando el acuerdo se haya concertado previamente previendo la probabilidad de que la necesidad se plantee de forma periódica o en un determinado margen de tiempo. Con una mejor planificación de la contratación, los acuerdos marco también pueden ser opciones viables frente a la contratación con un solo proveedor en las situaciones mencionadas en el apartado c) (la necesidad de suministros suplementarios de la misma fuente por razones de normalización y de compatibilidad).

Véase en la sección B.4 infra un análisis sobre los cambios realizados en las condiciones de empleo en comparación con el texto de 1994.

2. Convocatoria

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

“Artículo 33. Convocatoria en ... la contratación con un solo proveedor.

Requisito de preaviso de la contratación

4) Cuando la entidad adjudicadora recurra a la contratación con un solo proveedor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 5) de la presente Ley, podrá invitar a un solo proveedor o contratista a que presente una propuesta o una cotización.

5) Antes de proceder a una convocatoria directa de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 1), 3) y 4) del presente artículo, la entidad adjudicadora hará publicar un anuncio de la contratación en ... (el Estado promulgante indicará la gaceta oficial u otra publicación oficial en que se ha de publicar la convocatoria). El anuncio contendrá como mínimo la siguiente información:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) Un resumen de las principales condiciones del contrato o acuerdo marco que se haya de firmar a raíz del proceso de contratación, en el que deberán indicarse la naturaleza y la cantidad de bienes que hayan de suministrarse y el lugar de entrega, la naturaleza y la ubicación de las obras que hayan de efectuarse, o la naturaleza de los servicios y el lugar donde hayan de prestarse, así como el plazo conveniente o necesario para el suministro de los bienes o la terminación de las obras, o el plazo o el calendario para la prestación de los servicios;

c) Una declaración con arreglo al artículo 8 de la presente Ley; y

d) El método de contratación que habrá de emplearse.

6) Las disposiciones del párrafo 5) no serán aplicables en el caso de urgencia mencionado en los párrafos 4) b) y 5) b) del artículo 29.”

Propuesta de texto para la Guía:

9. El párrafo 4) regula la convocatoria en el método de contratación con un solo proveedor y se expone conjuntamente con el párrafo 5) de este artículo sobre el preaviso de la contratación. En ese preaviso debe especificarse, en particular, que se

recurrirá a la contratación con un solo proveedor y también deberá presentarse un resumen de las principales condiciones del contrato que se prevé adjudicar. Esta condición constituye una medida esencial de supervisión pública. Sobre la base de la información publicada, todo proveedor o contratista agraviado podrá recurrir contra la utilización de la contratación con un solo proveedor si existe un método competitivo que se ajuste a las circunstancias del contrato adjudicable. Esta salvaguardia es particularmente importante en el contexto de este método de contratación, que se considera excepcional y cuya utilización solo puede justificarse en los casos muy limitados previstos en el artículo 29 5) de la Ley Modelo.

10. La entidad adjudicadora no estará obligada a publicar tal aviso, pero podrá optar por hacerlo cuando se recurra a la contratación con un solo proveedor en situaciones de extrema urgencia a raíz de una catástrofe (artículo 29 5) b)). Esta exención está regulada en el párrafo 6) de este artículo. En otros casos en que se justifique recurrir a la contratación con un solo proveedor, el requisito de dar preaviso de la contratación será la regla supletoria, sujeta a las exenciones basadas en la confidencialidad que puedan ser aplicables en virtud de las leyes del Estado promulgante. Por ejemplo, en una contratación destinada a proteger intereses esenciales de seguridad del Estado puede haber información reservada o no divulgable; en tales casos, se podrá autorizar a la entidad adjudicadora (en el reglamento de la contratación o en otras normas aplicables del Estado promulgante) a no publicar ningún aviso público de la contratación. Esta situación puede darse en particular cuando se recurra a la contratación con un solo proveedor con el fin de proteger intereses esenciales de seguridad del Estado conforme al artículo 29 5) d). (Véanse las orientaciones sobre las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo relativas a la confidencialidad y a la contratación con información reservada en los párrafos ... *supra*).

11. En las orientaciones relativas al procedimiento de licitación restringida figura información suplementaria sobre el requisito del preaviso de los párrafos 5) y 6) del artículo 33 y sobre la determinación objetiva de los proveedores que vayan a participar en el proceso. Las cuestiones planteadas en relación con ese otro método son también pertinentes en el contexto de la contratación con un solo proveedor.

Véase en la sección B.4 infra un análisis de los cambios introducidos en la convocatoria en comparación con el texto de 1994.

3. Procedimiento

La disposición pertinente de la Ley Modelo revisada sobre el procedimiento es la siguiente:

“Artículo 51. Contratación con un solo proveedor o contratista

Lo dispuesto en los párrafos 4) a 6) del artículo 33 de la presente Ley será aplicable a todo procedimiento previo a la solicitud de una propuesta o de una cotización que se dirija a un solo proveedor o contratista. La entidad adjudicadora entablará negociaciones con el proveedor o contratista al que se haya solicitado una propuesta o una cotización, a menos que esas negociaciones no sean viables en las circunstancias del contrato que se haya previsto adjudicar.”

Propuesta de texto para la Guía:

12. El artículo prevé un procedimiento relativamente simple para la contratación con un solo proveedor. La simplicidad refleja el carácter muy flexible de la contratación con un solo proveedor, y el procedimiento consiste pues esencialmente en la negociación de un contrato (por lo que queda al margen del ámbito general de la Ley Modelo). En los procedimientos de este tipo no se plantean los problemas de competencia y de igualdad de tratamiento de los proveedores o contratistas, si bien son importantes a la hora de optar por recurrir a este método de contratación.

13. La disposición remite al requisito del preaviso de la contratación y a la exención que prevé el artículo 33. Prevé asimismo el requisito de entablar negociaciones, a menos que no resulten viables. Este requisito se ha introducido en el texto habida cuenta de que sería útil que la entidad adjudicadora negociara y pidiera, cuando fuera viable y necesario, datos sobre el mercado y aclaraciones sobre los costos, a fin de evitar propuestas o cotizaciones con precios excesivos.

14. Las disposiciones del capítulo I son generalmente aplicables a la contratación con un solo proveedor, inclusive la obligación de cancelar la contratación en los supuestos descritos en el artículo 20 (por ejemplo, cuando el único proveedor deba excluirse de toda participación en el procedimiento de contratación por haber dado incentivos, por gozar de una ventaja competitiva desleal o por adolecer de un conflicto de interés). Además serán aplicables varias disposiciones de la Ley Modelo encaminadas a asegurar la transparencia, como el artículo 22, relativo a la publicación de anuncios de contratos adjudicables, el artículo 24, sobre el mantenimiento de un expediente exhaustivo del proceso de contratación, con justificaciones del motivo por el que se recurra a la contratación con un solo proveedor, y el artículo 33, sobre el preaviso de la contratación. Por lo tanto, no debería considerarse que, debido a la brevedad del artículo 51, la contratación con un solo proveedor apenas está regulada en la Ley Modelo. La disposición debe aplicarse teniendo en cuenta todas las disposiciones aplicables de la Ley Modelo, así como la reglamentación de la contratación y otras normas aplicables del Estado promulgante.

Véase en la sección B.4, inmediatamente a continuación, un análisis de los cambios introducidos en el procedimiento en comparación con el texto de 1994.

4. Cuestiones relativas a la contratación con un solo proveedor que, según se ha propuesto, deberían tratarse en la sección de la Guía en que se abordan los cambios respecto del texto de 1994 de la Ley Modelo

Condiciones de empleo

15. En el artículo 29 se enuncian las condiciones para recurrir a la contratación con un solo proveedor. El artículo se basa en el texto del artículo 22 de la Ley Modelo de 1994, con la salvedad de que se han eliminado algunas justificaciones para recurrir a este tipo de contratación que figuraban en el texto de 1994. [Ulteriormente se agregarán detalles.] Véanse más orientaciones sobre la utilización de este método en las circunstancias permitidas por el artículo 29, y consideraciones pertinentes, en los párrafos [...] de las orientaciones sobre el método en sí.

16. Al margen de los supuestos mencionados en el artículo 29 5) e) (véanse los párrafos [...] *supra*), la Ley Modelo revisada, a diferencia del texto de 1994, no exige que, para recurrir a la contratación con un solo proveedor, deba dar su aprobación un órgano designado. Esto se ajusta a la decisión adoptada por la CNUDMI de que, por regla general, en la Ley Modelo revisada no se requerirá que las medidas de la entidad adjudicadora estén sujetas a la aprobación de otro órgano (véanse las orientaciones sobre este punto en los párrafos ... *supra*). Este criterio se ha aplicado también en lo que respecta a la decisión de la entidad adjudicadora de recurrir a la contratación con un solo proveedor, teniendo en cuenta los cambios introducidos en la condiciones de empleo de este método de contratación que, en comparación con las de la Ley Modelo de 1994, son mucho más restrictivas.

Convocatoria

17. El párrafo 4) del artículo 33 regula la convocatoria de la contratación con un solo proveedor. Su texto se basa en los dispuesto en el artículo 51 de la Ley Modelo de 1994 [ulteriormente se agregarán detalles de las diferencias entre las dos versiones de la Ley Modelo].

Procedimiento

18. El artículo 51 regula el procedimiento para la contratación con un solo proveedor. En la Ley Modelo de 1994 no había ninguna disposición equivalente. El artículo 51 de la Ley Modelo de 1994 se limitaba a regular la forma de proceder a la convocatoria, que en la Ley Modelo revisada se regula en el artículo 33 4). Las disposiciones de la Ley Modelo revisada requieren también que la entidad adjudicadora entable negociaciones, a menos que no resulten viables (véanse las orientaciones sobre el artículo 51 *supra*).
