

21 de enero de 2009
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
15º período de sesiones
Nueva York, 2 a 6 de febrero de 2009

La evaluación y comparación de las ofertas y la utilización de la contratación pública para promover políticas industriales, sociales y ambientales

I. Introducción

1. Entre los temas que el Grupo de Trabajo tiene el mandato de examinar figura el de “la utilización de la contratación pública para promover políticas industriales, sociales y ambientales”, del que el Grupo de Trabajo ya se ocupó en su sexto período de sesiones al tratar la evaluación y comparación de las ofertas (el término “ofertas” se utiliza de forma genérica y abarca todos los tipos de propuestas hechas por los licitantes). En la presente nota no se estudia el alcance de la Ley Modelo en sí, aun cuando ese alcance pudiera determinarse en función de otras políticas económicas. Los artículos 1 y 8 del texto de 1994 tienen la finalidad de asegurar que la Ley Modelo tenga una amplia aplicación y se base en el principio de la participación internacional (así como en la competencia plena y abierta, a menos que haya excepciones que se justifiquen). Tal como se explica en la Guía para la incorporación al derecho interno, “el criterio adoptado ha sido el de regular, en principio, la adjudicación de todo tipo de contratos, pero previendo, al mismo tiempo, que el Estado promulgante deseará tal vez excluir de su régimen determinados tipos de contrato” y “se recomienda ampliar lo más posible el ámbito de aplicación de la Ley Modelo” (comentario sobre los párrafos 1) y 2) del artículo 1). Así pues, en la presente nota se abordan las exclusiones que cabe hacer al principio básico de la competencia plena e internacional atendiendo a objetivos sociales y económicos no relacionados con la contratación en sí¹. De conformidad con la Ley Modelo no se trata de las exclusiones generales permitidas por la ley o por las reglamentaciones de la contratación pública (en comparación con los

¹ Véase también el comentario que figura en los párrafos 24 a 27 de la sección F de la Guía, titulada “Participación internacional en el proceso de contratación”.



criterios de exclusión defensivos previstos en el artículo 1 del texto de 1994)², sino de exclusiones que cabe hacer para un determinado procedimiento de contratación en virtud de los artículos 27 e), 34 4), 38 m) y 39 del texto de 1994³.

2. La Ley Modelo regula estas exclusiones en el marco de la evaluación y comparación de las ofertas. Fija los criterios de evaluación que pueden seguirse para determinar la oferta con el precio más bajo, la oferta que, previa evaluación, resulte ser la más económica o la propuesta que más se ajuste a las necesidades de la entidad adjudicadora. Cuando estos criterios se apliquen para determinar la oferta que resulte más económica, o la propuesta que más se ajuste a las necesidades de la entidad adjudicadora, “pueden permitir que la contratación sirva para promover objetivos industriales, sociales o ambientales. Entre esos objetivos cabe incluir la promoción del desarrollo industrial nacional (por medio de la exclusión de proveedores extranjeros, la concesión de preferencias y la contratación de un único licitante en circunstancias limitadas). Al determinarse los criterios para adjudicar el contrato, cabe tener en cuenta también los efectos derivados de los tipos de cambio. Hay mecanismos expresos de control encaminados a asegurar que los criterios de adjudicación sigan siendo objetivos cuantificables y que se revelen de antemano a los proveedores”⁴.

3. La Guía para la incorporación al derecho al interno, al comentar el artículo 34 4) c) iii), señala lo siguiente: “Los criterios enunciados en el párrafo 4) c) iii), relativos a los objetivos de desarrollo económico, se han incluido por ser importante en algunos países, especialmente en países en desarrollo y en países cuyas economías se encuentran en fase de transición, que la entidad adjudicadora disponga de algunos criterios que permitan evaluar y comparar las ofertas en el contexto de los objetivos de su desarrollo económico. Se ha previsto en la Ley Modelo la posibilidad de que algún Estado promulgador desee ampliar esta lista, lo que deberá hacerse, no obstante, con cautela por el riesgo que esos otros criterios suponen para los objetivos de la contratación pública. Los criterios de esta índole son a veces menos objetivos y más discrecionales que los de los apartados i) y ii) del párrafo 4) c), por lo que su empleo para la valoración y comparación de las ofertas podría perjudicar la competitividad y la economía del proceso de contratación y reducir la confianza en ese proceso”.

4. Como se señaló en el párrafo 53 del documento A/CN.9/WG.I/WP.32, “algunos observadores han opinado que esas políticas pueden repercutir negativamente tanto en eficiencia como en la economía del proceso de contratación pública, pero que desempeñan un papel relevante en la ejecución de la política interna de los Estados. Además, se ha señalado que se está considerando tanto el concepto de objetivos regionales como el de los objetivos nacionales. En consecuencia, se ha sugerido que se perfeccione la Ley Modelo a fin de mantener o de lograr un mejor equilibrio entre los objetivos de economizar costos y de dar la máxima eficiencia a la contratación pública, así como otros objetivos normativos”.

² U otros tipos de contratación que las reglamentaciones pertinentes pueden descartar en virtud del artículo 1 2) b).

³ No obstante, en lo que respecta a la aplicación de los márgenes de preferencia, el artículo 34 4) d) de la Ley Modelo permite a la entidad adjudicadora otorgar un margen de preferencia a los licitantes nacionales, pero subordina esa posibilidad a las reglas de cálculo que establezcan las reglamentaciones de la contratación pública.

⁴ A/CN.9/WG.I/WP.32, párr. 52.

II. El examen que hizo del tema el Grupo de Trabajo en su sexto período de sesiones y propuestas que podría examinar en su 15º período de sesiones

5. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo, al abordar el posible examen del papel de los objetivos sociales y económicos en la contratación pública, observó que: “pese a ciertas objeciones de principio contra la utilización de la contratación pública al servicio de metas sociales o medioambientales o al servicio de otras metas no económicas, al margen de la meta general de su “rentabilidad”, se reconoció que en la práctica era frecuente que los Estados adjudicaran ciertos contratos públicos atendiendo a dichas metas. Se expresó además el parecer de que, en determinados supuestos, resultaba apropiado e incluso importante valerse de la contratación pública como instrumento al servicio de dichas metas siempre que dicho interés social no socavara los principales objetivos de la contratación pública, es decir, su economía, eficiencia, transparencia, competitividad y el trato equitativo otorgado a todos los proveedores y contratistas que ofrecieran sus servicios. El parecer general fue, no obstante, el de que el régimen de la Ley Modelo debería seguir estando al servicio del buen funcionamiento de la contratación pública y no al servicio del fomento de objetivos sociales, medioambientales y de índole similar”⁵. El Grupo de Trabajo estudió también la cuestión de si “sería adecuado, en aras de una mayor transparencia, limitar criterios de evaluación como la fijación de precios contables en moneda extranjera y las consideraciones de comercio compensatorio (ambas permitidas en el apartado d) del párrafo 4) del artículo 34 de la Ley Modelo)”⁶.

6. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo llegó a las conclusiones preliminares de que:

a) El texto actual de la Ley Modelo equilibraba adecuadamente la necesidad de economía y de eficiencia con la posibilidad de que el Estado promulgante se valiera de la contratación pública para obrar al servicio de ciertas metas de su política interior”; no obstante, “algunas de esas otras metas citadas en la Ley Modelo parecían haber perdido actualidad”⁷;

b) Convendría examinar si deberían o no retenerse “los arreglos de comercio compensatorio o de precio ficticio o asignable a las divisas como factores valorables para la determinación de la oferta ganadora o más económica”, al evaluar las ofertas⁸;

c) Debería actualizarse la Guía para la incorporación al derecho interno, de modo que diera alguna orientación adicional sobre posibles criterios suplementarios acerca de las preferencias que los Estados promulgantes tal vez desearan prever y sobre los casos en que la contratación pública pudiera utilizarse para promover otros objetivos y sobre la forma de garantizar que tal utilización se realizara de manera transparente⁹.

⁵ A/CN.9/568, párr. 96.

⁶ A/CN.9/WG.I/WP.32, párr. 54.

⁷ A/CN.9/568, párr. 101.

⁸ A/CN.9/568, párr. 99.

⁹ A/CN.9/568, párrs. 98 y 101.

7. A pesar de los amplios debates mantenidos en su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo no llegó a una conclusión final sobre las siguientes cuestiones:

a) La eventual necesidad de incorporar a las especificaciones, en su caso, el fomento de los otros objetivos que el Grupo de Trabajo tal vez deseara prever en la Ley Modelo revisada¹⁰;

b) La eventual necesidad de retener en el texto el requisito enunciado en el artículo 34 4) b) ii) de la Ley Modelo de 1994 de que debieran cuantificarse esos objetivos en el marco de los criterios de valoración de la oferta, dándolos a conocer en la etapa de la solicitud de ofertas¹¹;

c) La eventual necesidad de prever, en la Ley Modelo revisada, medidas de control suplementarias para regular la utilización de otros objetivos (por ejemplo, que los objetivos tuvieran que guardar relación con la finalidad del contrato adjudicable; que su evaluación no estuviera únicamente en manos de la entidad adjudicadora; que en su empleo como criterios de evaluación de las ofertas se respetaran los principios básicos propios de las buenas prácticas de gestión de la contratación pública, como la de asegurar un trato equitativo de los proveedores y la necesidad de promover la competencia; y que en caso de abuso pudiera presentarse una impugnación a través de las vías de recurso contra la adjudicación de un contrato)¹²;

d) La eventual necesidad de “fijar una preferencia máxima en la Ley Modelo (expresada en términos monetarios, de requisitos de aprobación o rechazo o de otro modo), o de dar orientación pertinente en la Guía para la incorporación al derecho interno”¹³;

e) La eventual necesidad de que las disposiciones del artículo 34 de la Ley Modelo, que permiten la concesión de preferencias a los proveedores locales (nacionales), se hagan extensivas a los proveedores regionales¹⁴;

f) De ser necesario, la forma de abordar el solapamiento entre las disposiciones de los dos apartados del párrafo 4) del artículo 34 de la Ley Modelo de 1994 (debido a que ambos apartados tienen por objeto fomentar la economía nacional): el apartado c) iii) se ocupa de los factores no objetivos que cabría tener en cuenta al determinar la oferta más económica, y el apartado d) trata del margen de preferencia otorgable a los proveedores nacionales¹⁵.

8. Además, en su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo se planteó la posibilidad de que en la Ley Modelo se permitiera la participación comunitaria en la contratación pública, lo que, a juicio de algunos observadores, podría beneficiar al proceso de contratación, concretamente en la ejecución de los contratos de adjudicación¹⁶. Tomando nota de esos beneficios y también de que “se ha observado que la comunidad dispone en tal caso de un margen discrecional inaceptable, que

¹⁰ A/CN.9/568, párr. 97.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ A/CN.9/WG.I/WP.32, párr. 54.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ A/CN.9/568, párr. 95.

¹⁶ A/CN.9/WG.I/WP.32, párrs. 62 a 64.

puede dar pie a abusos”¹⁷, el Grupo de Trabajo se planteó si “la participación de la comunidad afectada pudiera ser uno de los criterios para la selección del método de contratación o para la propia adjudicación del contrato. Cabría también prever que los proveedores ofrecieran o no, en el marco de su mejor oferta, alguna vía de participación comunitaria, comparándose a la luz de dicho factor las diversas ofertas o soluciones ofrecidas, y cabría también que se estipularan de entrada ciertas condiciones para la ejecución del proyecto en lo relativo al empleo de mano de obra local o de materiales de origen local, o cabría asignar una parte del presupuesto del proyecto a la incorporación al mismo de la participación comunitaria”¹⁸. El Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que “la mayoría de las cuestiones suscitadas por la participación comunitaria en un proyecto se referían primordialmente a las etapas de planificación y ejecución del proyecto y no al proceso de adjudicación propiamente dicho. Por ello, el tema de la participación comunitaria no podía tratarse adecuadamente en el marco de la Ley Modelo. Consciente, sin embargo, de la creciente importancia de la participación comunitaria y de la necesidad eventual de facultar dicha participación en el marco de muchos de los regímenes internos actuales, el Grupo de Trabajo convino en que se examinara lo dispuesto en el texto de la Ley Modelo con miras a eliminar todo obstáculo que pudiera haber en su régimen al requisito de una participación comunitaria en la adjudicación o ejecución de un proyecto”¹⁹.

9. Las propuestas de revisión de la Ley Modelo en lo que respecta a la selección del método de contratación vienen enunciadas en los párrafos 65 a 70 de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.66). En esas propuestas no se prevé actualmente la selección del método de contratación en función de motivos socioeconómicos. Esta postura ya se plasmó en el texto de 1994 de la Ley Modelo, salvo en lo que se refiere a: a) la contratación con un solo proveedor o contratista (párrafo 2) del artículo 22 del texto de 1994), que se analiza más a fondo en los párrafos 45 a 48 de la misma nota de la Secretaría, y b) la contratación defensiva, es decir, la que se basa en consideraciones de seguridad nacional y en la que la entidad adjudicadora puede decidir no invocar la exención general que se autoriza en el párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo, y seleccionar, para la contratación pertinente, un determinado método (inclusive la contratación de un solo proveedor o contratista).

10. Además, en el párrafo 26 de la misma nota de la Secretaría se sugiere que, respecto de la evaluación y comparación de las ofertas, el Grupo de Trabajo tal vez desee formular un único conjunto de requisitos, en lo que se refiere a los criterios de evaluación, basándose en las disposiciones de los artículos 27 e), 34 4), 38 m) y 39 del texto de 1994 de la Ley Modelo. A tal efecto se somete al examen del Grupo de Trabajo un proyecto de disposición, como proyecto de artículo 12, en el documento A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1. Uno de los criterios de esa disposición radica en que los criterios de evaluación deben guardar relación con el objeto de la contratación; el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si esta limitación podría impedir que se tuvieran en cuenta los objetivos sociales y económicos al evaluarse las propuestas conforme a la Ley Modelo; concretamente cabría examinar si esa limitación podría obstaculizar el recurso a la participación comunitaria.

¹⁷ A/CN.9/WG.I/WP.32, párr. 64.

¹⁸ A/CN.9/568, párr. 121.

¹⁹ A/CN.9/568, párr. 122.

III. Disposiciones que regulan el criterio de los objetivos sociales y económicos en otros textos internacionales en materia de contratación pública

11. Habida cuenta de que la Ley Modelo queda expresamente sujeta a las obligaciones internacionales del Estado promulgante y también con el objetivo más amplio de armonizar las reglamentaciones de la contratación pública, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener presentes las disposiciones que regulan el criterio de los objetivos sociales y económicos en otros textos internacionales en materia de contratación pública. Por ejemplo, en el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y en su proyecto de revisión de 2006 (ACP de 2006) se prevén regímenes para el trato especial y diferenciado que están concebidos específicamente para los países en desarrollo. Esos regímenes están sujetos a una revisión anual (ACP) o son “medidas de transición” sujetas a un calendario (ACP de 2006). Las medidas previstas en el ACP propiamente dichas se centran primordialmente en su alcance. En virtud del ACP, los Estados pueden descartar a ciertas entidades adjudicadoras, pero en general el texto trata de asegurar que las listas explícitas tanto de los países en desarrollo como de los países desarrollados favorezcan en el mayor grado posible los intereses financieros, comerciales y de desarrollo de los países en desarrollo. Además, en su artículo V, el ACP prevé una serie de medidas en el marco del “Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo”, que incluyen su alcance, las exclusiones convenidas y el trato especial para los países menos adelantados, así como las compensaciones. En el ACP de 2006 se tienen especialmente en cuenta las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales, así como las circunstancias de los países en desarrollo y de los países menos adelantados cuando negocian su adhesión al ACP, y se ofrece a esos países una gama más amplia de opciones, inclusive la adopción del criterio de las medidas de transición (como, por ejemplo, un programa de preferencia de precios) y la posibilidad de postergar la aplicación de una determinada obligación prevista en el Acuerdo durante el período en que el país en desarrollo cumpla esa obligación. Así pues, en el CPA y en el CPA de 2006, las exenciones se conceden de forma general, lo cual pretende ser de carácter temporal, y no para cada procedimiento concreto de contratación²⁰.

²⁰ Además, el artículo XXIII 2) del ACP y el artículo III 2) a) a d) del ACP de 2006 disponen (en lo esencial) que las Partes podrán hacer excepciones a los Acuerdos basándose (entre otras cosas) en criterios como la protección de la moralidad o ética pública, el orden o la seguridad, o la necesidad de proteger la vida de seres humanos o animales o las plantas, o la salud, siempre que no lo hagan de forma arbitraria o previendo discriminaciones injustificables o de una manera que indirectamente suponga una restricción del comercio internacional. Lo esencial de estas disposiciones fue reiterado en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

12. En la Unión Europea²¹ las Directivas brindan a los Estados Miembros la *oportunidad* de valerse de la contratación pública para lograr objetivos socioeconómicos más amplios. Las disposiciones pertinentes figuran en los considerandos de dichas Directivas.

13. Por ejemplo, en una parte del considerando 29 de la Directiva 2004/18/EC se dispone que:

“... los poderes adjudicadores que deseen introducir necesidades medioambientales en las especificaciones técnicas de un contrato determinado podrán prescribir las características medioambientales, tales como un método de producción dado, y/o los efectos medioambientales específicos de grupos de productos o servicios ...” (en el considerando 42 de la Directiva 2004/17/EC figura una disposición equivalente).

14. El considerando 33 de la Directiva 2004/18/EC dispone lo siguiente:

“Las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la presente Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones -aplicables a la ejecución del contrato- de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, y de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional” (en el considerando 44 de la Directiva 2004/17/EC figura una disposición equivalente).

15. En ambas Directivas se hace también una referencia más general, en su primer considerando, a “las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales [enumerados en el considerando 2]”. Sin embargo, en las Directivas no se dan más detalles sobre la forma de llevar a la práctica estos principios en el proceso de contratación propiamente dicho.

²¹ Véase la Directiva 2004/17/EC sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y la Directiva 2004/18/EC sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que pueden consultarse en la siguiente dirección de Internet: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm.

IV. Conclusiones

16. Habida cuenta de lo expuesto, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar las siguientes cuestiones:

a) La posibilidad de que, conforme a la Ley Modelo, la contratación pública pueda seguir basándose en objetivos sociales y económicos y, de aceptarse dicha posibilidad, la cuestión de si deben permitirse todos los objetivos actualmente previstos, o una parte de ellos, y de si deben autorizarse nuevos objetivos (como la autorización expresa de basarse en obligaciones relacionadas con el derecho laboral o en consideraciones medioambientales);

b) En caso de que se decida que en la Ley Modelo figuren esos objetivos, la cuestión de si puede recurrirse a ellos para justificar la selección de un determinado método de contratación, de si esos objetivos deben asimilarse a criterios de evaluación o bien, en su caso, a criterios de calificación; y

c) El contenido del comentario al respecto que se vaya a insertar en la Guía para la incorporación al derecho interno.
