

# **Directrices para la promulgación de un reglamento de la contratación pública de conformidad con el artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública**

## **I. Introducción**

1. En la Ley Modelo de la CNUDMI de 2011 sobre la Contratación Pública<sup>1</sup> (artículo 4) se ha previsto que los Estados promulguen reglamentos de la contratación pública destinados a facilitar la aplicación de la Ley Modelo y el logro de sus objetivos. El propósito del reglamento es complementar el marco legislativo del régimen de la contratación pública, tanto para pormenorizar los procedimientos autorizados por la Ley Modelo como para tener en cuenta las circunstancias peculiares y tal vez variables del Estado promulgante.

2. Varias disposiciones de la Ley Modelo indican expresamente que deben complementarse con un reglamento de la contratación pública. Además, el Estado promulgante puede decidir complementar otras disposiciones de la Ley Modelo aun cuando estas no se remitan expresamente al reglamento correspondiente. En ambos casos esa normativa no debería contradecir la Ley Modelo ni mermar la eficacia de sus disposiciones.

3. Entre los principales ejemplos de trámites que convendría perfilar más en el reglamento de la contratación pública cabe citar los siguientes: el modo de publicación de diversos tipos de información (artículos 5, 6, 18.2, 23, 33.1 y 34.5); las medidas para garantizar la autenticidad, la integridad y la confidencialidad de la información comunicada durante el proceso de contratación (artículo 7.5); los motivos para limitar la participación en la contratación (artículo 8); el cálculo de los márgenes de preferencia y aplicación de criterios socioeconómicos en la evaluación de las ofertas (artículo 11); la estimación del valor de la contratación (artículo 12); los requisitos relativos a la duración de la moratoria (artículo 22.2 c)); los requisitos relativos al expediente del procedimiento de adjudicación (artículo 25.1 w) y 5); la duración máxima de los acuerdos marco cerrados (artículo 59.1 a)); el código de conducta (artículo 26), y la limitación de la cuantía del contrato adjudicado en casos de urgencia por el método de la negociación competitiva o el de la contratación con un solo proveedor (donde se limita la cantidad al nivel necesario para hacer frente a las circunstancias urgentes) (véase el comentario de la Guía sobre las disposiciones pertinentes de los párrafos 4 y 5 del artículo 30).

4. Además de que la utilización del reglamento constituye una práctica óptima, la falta de una reglamentación de la contratación pública en algún punto en que la Ley Modelo remita a esa reglamentación podría privar a la entidad adjudicadora de las facultades necesarias para adoptar las medidas en cuestión. Entre esos casos cabe citar: la limitación de la participación en los procesos de contratación pública (artículo 8); el permiso y demás trámites necesarios para otorgar un margen de preferencia a los proveedores o contratistas nacionales (artículo 11), y la utilización del método de la solicitud de cotizaciones, ya que ese método de contratación

---

<sup>1</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/66/17), anexo I.*

solamente puede utilizarse cuando se trata de contratos de valor inferior al umbral establecido en el reglamento de la contratación pública (artículo 29.2).

5. Como se indica en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, aprobada por la Comisión en su 45º período de sesiones, en 2012<sup>2</sup>, toda remisión al “reglamento de la contratación pública” deberá interpretarse de conformidad con las tradiciones jurídicas del Estado promulgante; ese concepto puede abarcar cualquier instrumento que utilice el Estado promulgante para aplicar sus leyes. Esas tradiciones jurídicas también pueden servir para determinar las cuestiones que es habitual abordar mediante directrices<sup>3</sup>. En el presente documento no se examinan esos aspectos. En él se reúnen todas las disposiciones de la Ley Modelo y de la Guía en que se destacan los principales temas que han de examinarse en relación con el reglamento de la contratación pública a efectos de cumplir los objetivos y aplicar las disposiciones de la Ley Modelo.

6. Las disposiciones pertinentes están agrupadas por temas. En primer lugar se examinan asuntos generales relacionados con varios artículos de la Ley Modelo (entre ellos las políticas socioeconómicas y la información reservada). Posteriormente se abordan aspectos vinculados a determinados artículos del Capítulo I de la Ley Modelo, expuestos en el orden de los artículos pertinentes. Las cuestiones relativas a los diversos métodos y técnicas de contratación se examinan en relación con cada método y técnica. Por último, se destacan aspectos relacionados con la reglamentación de la contratación u otras reglamentaciones aplicables en el contexto de los procedimientos de recurso.

7. Habida cuenta de que el documento únicamente abarca las principales cuestiones, su objetivo no es examinar exhaustivamente los aspectos que han de abordarse en el reglamento de la contratación pública. En particular, y en consonancia con el alcance de la Ley Modelo y la Guía para su incorporación al derecho interno, el documento no trata de cuestiones relativas a la planificación de la contratación y la gestión de los contratos que no se relacionen directamente con las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo. Puede justificarse regular detalladamente esas etapas del ciclo de la contratación en los reglamentos correspondientes de los Estados promulgantes.

8. Por otra parte, como se indica en la Guía<sup>4</sup>, la Ley Modelo y el reglamento de la contratación pública que se promulgue de conformidad con su artículo 4 no bastarán para garantizar el funcionamiento efectivo del régimen de la contratación pública del Estado promulgante. Es preciso adoptar medidas en otros ámbitos del derecho, así como de índole institucional y administrativa. En la Guía se indican las medidas que han de adoptarse al margen del marco jurídico de la contratación pública con objeto de garantizar la aplicación efectiva de la Ley Modelo<sup>5</sup>. Esas medidas no se examinan en el presente documento.

---

<sup>2</sup> *Ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/67/17), párr. 46. El texto de la Guía puede consultarse, en la fecha de publicación del presente documento, en [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure/2012Guide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2012Guide.html).

<sup>3</sup> Párr. 2 del comentario sobre el artículo 4.

<sup>4</sup> Párrs. 58 a 81 de la Primera Parte.

<sup>5</sup> *Ibid.*

## II. Temas generales

### A. Las políticas socioeconómicas en la contratación pública

9. Las políticas socioeconómicas que pueden o deben aplicarse a lo largo del proceso de la contratación pública han de establecerse en el reglamento o en otras normas jurídicas del Estado promulgante (véanse el artículo 2 o) de la Ley Modelo y el comentario que figura en la Introducción del Capítulo I, así como el comentario de la Guía sobre los artículos 2 o) y 8 a 11).

10. Si se establecen en el reglamento de la contratación pública, este deberá abordar, entre otras cosas y cuando corresponda, los siguientes aspectos:

a) Las situaciones en que la entidad adjudicadora pueda o deba limitar la participación de ciertas categorías de proveedores o contratistas en el proceso de contratación (por ejemplo, declarando que el ámbito de la contratación es exclusivamente nacional) (véanse el artículo 8 y el comentario correspondiente);

b) Todo margen u otra clase de preferencia que pueda otorgarse a los proveedores o contratistas nacionales o a los bienes de origen interno al evaluar las ofertas y el método utilizado para calcularlo y aplicarlo (véanse el artículo 11 y el comentario correspondiente);

c) Toda política socioeconómica que pueda o deba incorporarse en los criterios de calificación (por ejemplo, de carácter ambiental, ético o de otra índole), en la descripción del objeto del contrato adjudicable y en la definición de los criterios de evaluación (es decir, reconocer el cumplimiento de las políticas socioeconómicas sobrepasando el mínimo exigido) (véanse los artículos 9 a 11 y el comentario correspondiente);

d) Una política socioeconómica en particular que justifique recurrir a un solo proveedor o contratista (véanse el artículo 30.5 e) y el comentario correspondiente);

e) Las limitaciones que haya que imponer a las entidades adjudicadoras, en particular, prohibirles que adopten políticas arbitrariamente.

11. Si las políticas no se establecen en el reglamento de la contratación pública, este debería remitir directamente a los lectores a otras leyes y normas pertinentes, de manera que las entidades adjudicadoras estuvieran al corriente de los criterios socioeconómicos preceptivos que se aplicarían y del alcance de sus facultades discrecionales para aplicar otros criterios socioeconómicos, y de que los proveedores o contratistas pudieran estar seguros de que las políticas socioeconómicas se estuviesen aplicando de manera transparente y objetiva en el proceso de adjudicación del Estado promulgante.

12. En la Guía se advierte a los Estados promulgantes de las consecuencias adversas que puede tener incorporar políticas socioeconómicas en el proceso de contratación, así como incluir una lista amplia de criterios socioeconómicos o de circunstancias que den lugar a la aplicación de un margen de preferencia<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Párrs. 9 a 27 de la Primera Parte, párrs. 26 a 33 de la introducción del Capítulo I y párrs. 7 a 13 del comentario sobre el artículo 11.

## **B. Información reservada**

13. Las facultades otorgadas a las entidades adjudicadoras para adoptar medidas especiales e imponer requisitos especiales a fin de proteger la información reservada, entre otras cosas, exonerar a las personas de revelar información, se aplican únicamente en la medida en que lo permita el reglamento de la contratación pública o cualquier otra norma jurídica del Estado promulgante (véanse el artículo 2.1 y el comentario correspondiente).

14. Si el reglamento de la contratación pública aborda esas cuestiones, se deben determinar las clases de contratación en que la entidad adjudicadora podrá o deberá adoptar medidas e imponer requisitos para la protección de la información reservada. El reglamento de la contratación pública también debe regular, entre otras cosas:

a) Las medidas que pueden adoptarse. Entre las medidas que pueden invocarse figuran la protección de la confidencialidad de ciertas partes del expediente, la exoneración del anuncio público de la contratación y de la adjudicación del contrato y el recurso a la convocatoria directa (véanse los artículos 7.3 b), 24, 25.4 y 35.2 y el comentario correspondiente), y

b) Los requisitos que pueden imponerse para proteger la información reservada sobre los proveedores, contratistas y subcontratistas, entre ellos, ciertos métodos e instrumentos para la transmisión de información (por ejemplo, sistemas de codificación) (véanse los artículos 7.3 b) y 24.4 y el comentario correspondiente).

## **C. Contratos de escaso valor**

15. En el apartado b) del artículo 22.3 se exime de la aplicación preceptiva de una moratoria cuando el objeto de la contratación sea de escaso valor y en el artículo 23.2 se exime a esas contrataciones del requisito del anuncio público de la adjudicación del contrato. (En el Capítulo II también se estipula un límite superior para el empleo de solicitudes de cotizaciones con arreglo al artículo 29.2). En todos esos casos, la Ley Modelo se remite al reglamento de la contratación pública en lo que respecta a determinar el límite aplicable. Eso se debe a que no es posible establecer en la Ley Modelo un único umbral para los contratos de escaso valor que sea apropiado para todos los Estados promulgantes y a que los umbrales apropiados para cada Estado pueden variar con la inflación y a medida que vayan cambiando también otras circunstancias económicas. Incumbe al órgano regulador que prepare el reglamento determinar el valor o los valores apropiados de todos esos umbrales o límites.

16. En otros casos en que se hace referencia a los contratos de escaso valor, la Ley Modelo no exige que el reglamento establezca límites expresamente. Por ejemplo, las convocatorias a precalificación y licitación no tienen por qué publicarse a nivel internacional si la entidad adjudicadora determina que, en vista del escaso valor del objeto del contrato adjudicable, únicamente los proveedores o contratistas nacionales tendrán interés en presentar ofertas (artículos 18.2 y 33.4). Por otra parte, una de las razones para justificar el empleo de una clase de licitación restringida y

la convocatoria directa en los procedimientos de solicitud de propuestas es que el tiempo y los gastos necesarios para examinar y evaluar un gran número de ofertas resultarían desproporcionados con respecto al valor del objeto del contrato adjudicable (véanse los artículos 29.1 b) y 35.2 b) y el comentario correspondiente).

17. El organismo u órgano regulador que prepare el reglamento de la contratación pública debería estudiar el enfoque adecuado para determinar lo que se consideraría contrato “de escaso valor”, a saber, si podría o debería fijarse una cantidad máxima para que el contrato se considerara “de escaso valor”. Por ejemplo, si el reglamento de la contratación pública debería fijar un umbral para todos los casos en que el régimen de la contratación pública se remitiera a un límite con respecto a los contratos de escaso valor (incluido el límite superior para utilizar la solicitud de cotizaciones); si ese valor se aplicaría en todos los casos en que el régimen se remitiera a la “contratación de escaso valor” (incluso cuando no se remitiera expresamente a un límite, como se ha explicado anteriormente), o si las circunstancias deberían indicar la conveniencia de aplicar diferentes límites y cantidades.

#### **D. Comisiones cobradas por participar en el proceso de adjudicación**

18. Como se indica en la Guía<sup>7</sup>, lo ideal sería que no se cobraran derechos por tener acceso a los sistemas de información de la entidad adjudicadora y utilizarlos. En consecuencia, en el reglamento de la contratación pública se debería recomendar que no se cobraran esos derechos o comisiones, por considerarse un factor disuasorio de la participación en el proceso de adjudicación que sería contrario a los principios y objetivos de la Ley Modelo. Si se decide cobrar comisiones por utilizar el sistema de comunicaciones, el reglamento debería exigir que ese procedimiento fuera transparente, justificado, razonable y proporcionado y que no fuera discriminatorio ni restringiera el acceso al proceso de adjudicación. Se puede exigir que se den a conocer el importe de la comisión aplicable y las razones para cobrarla y que se la considere una medida provisional (por ejemplo, hasta que se haya amortizado la inversión en el nuevo sistema de comunicaciones).

19. Una cuestión conexa es cobrar derechos por facilitar los documentos de precalificación o los pliegos de condiciones. Cuando esos documentos se cobren, el reglamento debe contener disposiciones que impidan que la entidad adjudicadora fije un precio excesivamente alto. Por ejemplo, puede exigirse que el precio que se cobre sea equivalente a los gastos reales en que haya incurrido la entidad adjudicadora para facilitar los documentos, es decir, para imprimirlos y enviarlos por correo. Debería indicarse lo que no debe intentarse recuperar poniendo un precio a esos documentos, entre otras cosas, los gastos de preparación (por ejemplo, los honorarios de los consultores y los gastos de publicidad).

#### **E. Cuestiones relativas a la subcontratación y las adquisiciones centralizadas**

---

<sup>7</sup> Parr. 12 del comentario sobre el artículo 7.

20. En el reglamento de la contratación pública deberían preverse medidas relacionadas con la formulación y utilización del régimen de adquisiciones que puedan dar lugar a discriminación o tener otras consecuencias perjudiciales. Los criterios utilizados para formular y utilizar el régimen de adquisiciones, por ejemplo, la participación de terceros en la elaboración del sistema de comunicaciones y el empleo de sistemas patentados, repercutirían directamente en la participación de los proveedores o contratistas en el proceso de contratación. También afectarían a las decisiones que se adoptaran con respecto a cobrar derechos por utilizar el sistema y a las decisiones de las entidades adjudicadoras sobre sus estrategias de contratación, en general, y en cada caso en particular.

21. Deben tenerse especialmente presentes las cuestiones relativas a la subcontratación de las adquisiciones, en particular los riesgos de que surjan conflictos de intereses entre las empresas si los terceros proveedores de servicios de tecnología de la información son remunerados sobre la base de comisiones por la utilización de servicios de mantenimiento y funcionamiento de plataformas electrónicas de adquisiciones como las subastas electrónicas inversas o los contratos marco abiertos, así como los riesgos relacionados con la influencia que puedan ejercer personas de afuera en las estrategias de contratación y los problemas vinculados a la acumulación y retención de aptitudes y conocimientos suficientes en la entidad adjudicadora, necesarios, entre otras cosas, para supervisar las actividades de esos terceros proveedores.

22. Cuando existan organismos encargados de las adquisiciones centralizadas que actúen como representantes de una o más entidades adjudicadoras y se promuevan las adquisiciones centralizadas a fin de aprovechar las economías de escala que pueden ofrecer, los reglamentos de la contratación pública deben garantizar que esos acuerdos puedan funcionar de manera transparente y eficaz. Se deben establecer medidas para evaluar los méritos relativos de esa clase de adquisiciones, normalizar los procedimientos y tener en cuenta las diferentes necesidades de cada contrato y de los distintos sectores del mercado de la contratación pública en general. Se deben tratar de solucionar los conflictos de intereses entre las empresas (las entidades encargadas de las adquisiciones centralizadas pueden tener interés en aumentar sus ganancias manteniendo altos los precios de sus tarifas y promoviendo adquisiciones que excedan de las necesidades de la entidad adjudicadora). Si el organismo encargado de las adquisiciones centralizadas emprende la planificación de futuras adquisiciones, el reglamento debe exigir que exista una interacción más estrecha entre el organismo y los probables usuarios finales antes de que comience el procedimiento, a efectos de que pueda adoptar una decisión acerca del grado apropiado de normalización y de la mejor manera de tener en cuenta las distintas necesidades (la calidad de la información que faciliten los usuarios finales será esencial. Es posible que las necesidades de los distintos ministerios u organismos no sean idénticas, razón por la cual algunos obtendrán una mayor rentabilidad económica que otros si esas necesidades se normalizan sin hacer un análisis suficientemente profundo).

### **III. Temas que deberán tratarse en el reglamento de la contratación pública en el contexto de determinados artículos del Capítulo I de la Ley Modelo (Disposiciones generales), expuestos en el orden de los artículos correspondientes**

#### **Artículo 5. Publicación de textos jurídicos**

1. El reglamento de la contratación pública debe determinar el modo y el medio de publicación de los textos jurídicos previstos en el párrafo 1 del artículo 5, o bien remitirse a las fuentes jurídicas relativas a la publicidad de las leyes, reglamentos y demás actos públicos. Si se determinan el modo y el medio de publicación, también se deberá:

a) Disponer un medio y un modo de publicación centralizada en un lugar común y de acceso fácil y amplio (la “gaceta oficial” u otra publicación equivalente);

b) Precisar que la información anunciada en el medio único centralizado debe ser auténtica y de fuente autorizada y tiene primacía con respecto a la información que pudiera difundirse por otros medios. También debe ser fácil de leer, comprender, interpretar y conservar;

c) Establecer normas en las que se defina la relación de ese medio único centralizado con otros posibles medios en los que podría aparecer la misma información y disponer normas que regulen la publicación en otros medios de difusión oficiales (por ejemplo, prohibir la publicación de la información en diferentes medios antes de publicarla en el medio centralizado, y exigir que la misma información publicada en diferentes medios contenga los mismos datos);

d) Regular la cuestión de los derechos o comisiones (como se indicó en la sección II.D del presente documento, lo ideal sería que no se cobrara comisión alguna por facilitar las leyes, reglamentos y demás textos jurídicos de aplicación general en relación con las adjudicaciones reguladas por el régimen de la contratación pública y toda enmienda introducida en ellos).

2. También debe explicarse el significado de los requisitos de “acceso rápido” y “actualización sistemática” de los documentos. En la práctica, el requisito de que la información sea “accesible” significa que esta debe poderse obtener y leer sin tener que solicitar acceso. Eso implica la adopción de medidas especiales por parte de las autoridades públicas competentes (entre ellas, la publicación en medios de difusión oficiales) con objeto de asegurarse de que la información pertinente llegue a ser de dominio público. El requisito de “actualización sistemática” significa que la autoridad pública competente debe cerciorarse de que la información esté realmente actualizada y, por ende, sea fidedigna: la manera de cumplir esa obligación debería estar documentada para poder verificar que realmente se cumpla.

3. Si los Estados promulgantes desean promover la publicación de otros textos pertinentes y de utilidad práctica e importancia para los proveedores y contratistas (por ejemplo, directrices o manuales sobre contratación pública y otros documentos en que se proporcione información sobre aspectos importantes de las prácticas y los procedimientos nacionales correspondientes que puedan afectar a los derechos y

obligaciones generales de los proveedores y contratistas), se debería precisar cuáles serían esos otros textos y las condiciones en que se publicarían.

4. En ausencia de otras normas jurídicas al respecto en el Estado promulgante, el reglamento de la contratación pública debe determinar los órganos del Estado que se encargarán de dar cumplimiento a las obligaciones previstas en este artículo.

#### **Artículo 6. Información sobre contratos próximamente adjudicables**

1. El reglamento de la contratación pública debería establecer la información que cabría publicar con arreglo al artículo. Al respecto, en la Guía se observa que facilitar información abundante, pero no pertinente, o que induzca a error, en vez de información cuidadosamente preparada, útil y pertinente, puede comprometer el propósito de comunicar esa clase de información<sup>8</sup>. Habrá que incluir, por ejemplo, los siguientes datos: el período que ha de abarcar la información relativa al contrato previsto, que podría ser de medio año, de un año o de otra duración; un preaviso sobre los contratos que se tenga previsto adjudicar próximamente, y la diferencia entre esa clase de notificaciones y otras clases de preavisos sobre futuros contratos, como una solicitud de manifestaciones de interés, que por lo general se publica conjuntamente con los procedimientos de solicitud de propuestas, o un preaviso de la contratación, que se exige en la mayoría de los casos de convocatoria directa con arreglo a los artículos 34 y 35 de la Ley Modelo.

2. También deberían establecerse otras condiciones para la publicación de información, entre ellas las relativas al lugar y el medio de publicación, teniendo en cuenta las cuestiones señaladas anteriormente en relación con el artículo 5.

3. En consonancia con lo que se indica en la Guía al respecto<sup>9</sup>, se debería evitar imponer el requisito de publicar esa clase de información. En cambio, debería establecerse la regla supletoria de publicar esa información a menos que existieran otras consideraciones que aconsejaran lo contrario: debe quedar a criterio de la entidad adjudicadora decidir caso por caso si debe o no publicarse.

4. Se pueden ofrecer incentivos para la publicación de esa información, por ejemplo, dando la posibilidad de abreviar el plazo para la presentación de ofertas en los casos en que la contratación se haya dado a conocer por adelantado. También podrá hacerse referencia a los casos en que la publicación de esa información sea particularmente conveniente, como cuando se prevea adjudicar un contrato de construcción de una obra compleja, o cuando el valor del contrato sobrepase determinado límite.

#### **Artículo 7. Comunicaciones consignadas durante la contratación**

1. En el reglamento deben explicarse los conceptos de “habitualmente empleados” y “plena y simultáneamente” que figuran en el artículo en relación con los requisitos de que los medios de comunicación sean los habitualmente empleados por los proveedores o contratistas en cuestión (lo que, por ejemplo, permite disponer de una conectividad y una interoperabilidad eficientes y asequibles) y de que los medios de comunicación que se utilicen en las reuniones garanticen, además, que

---

<sup>8</sup> Párr. 2 del comentario sobre el artículo 6.

<sup>9</sup> Párr. 7 del comentario sobre el artículo 6.



los proveedores o contratistas puedan participar plena y simultáneamente en ellas, es decir, que puedan seguir en tiempo real todas las actuaciones de la reunión e intervenir frente a otros participantes, si es necesario (véase el artículo 7.4). Se deben indicar las características de los medios de comunicación que puede utilizar la entidad adjudicadora en determinados tipos de contratación a fin de cumplir esos requisitos. Otra posibilidad es que se ilustren con ejemplos prácticos y se mencionen las soluciones tecnológicas existentes en el Estado promulgante en un momento dado que cumplan esos requisitos y la manera en que lo hagan. Otro criterio sería que, si la entidad adjudicadora decidiera utilizar comunicaciones no consignadas sobre papel, se exigiera emplear medios especiales de comunicación que cumplieran esos requisitos de la Ley Modelo, a la luz de las condiciones imperantes en el Estado promulgante en un momento dado.

2. Los reglamentos deberían establecer reglas claras en lo que respecta a los requisitos de que la información “conste por escrito” o “esté firmada”, o de “autenticidad”, “seguridad”, “integridad” y “confidencialidad” de las comunicaciones y, cuando fuera necesario, deberían crearse equivalentes funcionales del contexto de las comunicaciones no consignadas sobre papel. También se deberían proporcionar soluciones jurídicas encaminadas a lograr el buen funcionamiento, la confiabilidad, la localización y la verificación de la información generada en el proceso de adjudicación y a garantizar la autenticidad, integridad y confidencialidad de esa información según proceda. Hay que tener cuidado de no vincular los requisitos jurídicos a un determinado nivel de desarrollo técnico y de no imponer medidas de seguridad más estrictas de las que se aplicarían en un contexto de comunicaciones consignadas sobre papel, ya que esas medidas pueden disuadir a los proveedores y contratistas de participar en el proceso en un contexto que no sea el de la documentación escrita.

3. Otras cuestiones para tener especialmente en cuenta en el reglamento son: a) el alcance de las excepciones al requisito de forma previstas en el párrafo 2 del artículo y la aplicación práctica de las disposiciones, y b) los aspectos relacionados con la utilización de más de una forma y de un medio para comunicar información en un proceso de adjudicación en particular.

4. Como se indica en la Guía<sup>10</sup>, hay otros aspectos y ámbitos jurídicos que son pertinentes para el artículo 7, en particular los relacionados con el comercio electrónico, la gestión de los expedientes, las actuaciones judiciales, la competencia, la protección y la confidencialidad de los datos, la propiedad intelectual y los derechos de autor. Además, la fiabilidad del procedimiento de contratación pública debería regularse como parte de un marco general de buena gobernanza que abarcara cuestiones de personal, de gestión y de administración de la entidad adjudicadora y del sector público en su conjunto.

#### **Artículo 8. Participación de proveedores y contratistas**

1. El reglamento de la contratación pública o alguna otra norma aplicable del Estado promulgante debe establecer las condiciones excepcionales en que la entidad adjudicadora puede limitar la participación de ciertas categorías de proveedores o contratistas en el proceso de adjudicación.

---

<sup>10</sup> Párr. 13 del comentario sobre el artículo 7.

2. Como se observa en la Guía<sup>11</sup>, puede decidirse limitar la participación en el proceso en diferentes situaciones. Como se indicó en la sección II.A del presente documento, esa clase de situaciones puede surgir de resultados de políticas socioeconómicas del Estado (por ejemplo, programas de reservas de fondos para las pequeñas y medianas empresas o para entidades de zonas desfavorecidas). Hay otras cuestiones de interés para el Estado, como la seguridad pública, que pueden justificar esas restricciones, por ejemplo, la aplicación de regímenes de sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por consiguiente, la aplicación del artículo no daría lugar necesariamente a la limitación de la participación por razones de nacionalidad (como en la contratación nacional). El reglamento debería regular la variedad de situaciones que puede abarcar este artículo, como se explica en la Guía.

3. Como también se observa en la Guía<sup>12</sup>, al formular políticas que comprendan medidas excepcionales como las previstas en el artículo 8, el Estado promulgante debe considerar sus consecuencias a la luz de sus obligaciones internacionales, teniendo en cuenta que toda restricción de la participación de proveedores o contratistas en el proceso de adjudicación entraña el peligro de transgredir los compromisos de libre comercio de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes, entre ellos el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>13</sup>.

4. El reglamento puede contener un modelo de la declaración que habrá de formular la entidad adjudicadora con arreglo al párrafo 3 del artículo. También se puede precisar el plazo dentro del cual la entidad adjudicadora dará a conocer a cualquier persona que lo solicite las razones por las que haya decidido limitar la participación de proveedores o contratistas en un proceso de contratación conforme a lo previsto en el párrafo 5 del artículo.

5. En el contexto de los párrafos 4 y 5 del artículo, el reglamento puede imponer a la entidad adjudicadora la obligación de sustanciar con argumentos jurídicos las razones y circunstancias en que se basó para adoptar la decisión de restringir la participación.

#### **Artículo 9. Idoneidad exigible de todo proveedor o contratista**

1. Siempre y cuando no lo hiciera ya alguna otra norma aplicable del Estado promulgante, los reglamentos deben establecer las normas éticas y de otra índole aplicables en ese Estado que sean apropiadas y pertinentes en las circunstancias de las diversas clases de contratación pública (véanse el apartado 2 b) del artículo y el comentario correspondiente).

---

<sup>11</sup> Párr. 2 del comentario sobre el artículo 8.

<sup>12</sup> Párr. 7 del comentario sobre el artículo 8.

<sup>13</sup> El Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, de alcance plurilateral, negociado paralelamente a la Ronda Uruguay en 1994, que entró en vigor el 1 de enero de 1996. El 15 de diciembre de 2011 se llegó a un acuerdo sobre los resultados de la renegociación de ese instrumento. Esa decisión política fue confirmada el 30 de marzo de 2012 mediante la adopción oficial de la Decisión sobre los resultados de las negociaciones celebradas de conformidad con el párrafo 7 del artículo XXIV del Acuerdo sobre Contratación Pública (GPA/113). Ambos textos figuran en [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/negotiations\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm).

2. También se deberían precisar las pruebas documentales apropiadas u otra información que pudiera exigir la entidad adjudicadora para determinar la idoneidad de los proveedores o contratistas (véanse el párrafo 3 del artículo y el comentario correspondiente [\*\*hiperenlaces\*\*]). Esas pruebas documentales podrán consistir en informes anuales verificados (para demostrar que disponen de recursos), inventarios de equipo y otros medios materiales, licencias que les autoricen a desarrollar determinados tipos de actividades y certificados de conformidad con las normas aplicables y que confirmen su situación jurídica.
3. Además, el reglamento puede autorizar concretamente una autodeclaración de los proveedores o contratistas en el sentido de que están cualificados para participar en determinado proceso de contratación. En ese caso, se deberían precisar las situaciones en que bastaría con esa clase de autodeclaraciones. Por ejemplo, tal vez sea suficiente atenerse a ese tipo de declaración al comienzo de subastas electrónicas inversas sencillas de carácter exclusivo, a condición de que se prevea proceder a la debida comprobación del cumplimiento de los criterios de calificación aplicables por parte del proveedor o contratista ganador después de la subasta.
4. En algunos países, los requisitos de idoneidad uniformes normalmente exigibles se enuncian en el reglamento de la contratación pública, al que simplemente remitirán los documentos de precalificación o preselección y el pliego de condiciones. En aras de la transparencia y la igualdad de trato, la Ley Modelo exige que todos esos requisitos figuren en los documentos pertinentes (véanse el párrafo 4 del artículo y el comentario correspondiente); no obstante, podrán cumplirse los objetivos de política del párrafo 4 si los documentos remiten a los requisitos de idoneidad contenidos en fuentes de derecho transparentes y de fácil acceso (por ejemplo, mediante el uso de hiperenlaces). El reglamento debe autorizar ese método si resulta apropiado en el Estado promulgante.
5. El reglamento debe autorizar o exigir el uso de cualesquiera criterios de idoneidad, requisitos o procedimientos que no sean objetivamente justificables y que discriminen contra o entre proveedores o contratistas a fin de que los pueda emplear la entidad adjudicadora al evaluar la idoneidad del proveedor o contratista (véanse el párrafo 6 del artículo conjuntamente con el artículo 8 (véase el examen de este último que se hace más arriba) y el comentario correspondiente. También pueden darse ejemplos de otros requisitos impuestos en la práctica por las entidades adjudicadoras que pueden distorsionar o restringir, de manera intencional o inadvertida, la participación de proveedores o contratistas en el proceso de adjudicación y que, en consecuencia, deberían evitarse.
6. El reglamento puede contener ejemplos de información con inexactitudes u omisiones graves que daría lugar a que la entidad adjudicadora descalificara al proveedor o contratista que la haya presentado (véanse el apartado 8 b) del artículo y el comentario correspondiente).
7. El reglamento puede restringir la aplicación del apartado 8 d) disponiendo que en la mayoría de los contratos (salvo, tal vez, los más complejos, que exijan una laboriosa negociación en varias etapas) la reconfirmación de la idoneidad de los proveedores o contratistas que hayan superado la precalificación en una etapa posterior del proceso de adjudicación tenga lugar únicamente con respecto al proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora (véanse el apartado 8 d) del artículo y el comentario correspondiente).

8. Hay otras ramas del derecho que son pertinentes para la aplicación del artículo 9, entre ellas las relativas al régimen de la insolvencia, el derecho tributario y la legalización, así como al derecho de las sociedades mercantiles y el derecho penal. El cumplimiento de otras normas aplicables en el Estado promulgante, al que se hace referencia en el apartado 2 b) del artículo, puede entrañar acreditaciones de seguridad, consideraciones ambientales, normas internacionales de derecho laboral y de derechos humanos y cuestiones de sostenibilidad ajenas al régimen de la contratación pública. En consecuencia, debe garantizarse la compatibilidad del reglamento de la contratación pública con las reglamentaciones que puedan existir en esas otras ramas del derecho.

#### **Artículo 10. Reglas concernientes a la descripción del objeto del contrato adjudicable y a las condiciones de ese contrato o del acuerdo marco**

1. El reglamento debe precisar las situaciones en que no sería posible hacer una descripción detallada del objeto del contrato adjudicable al comienzo de un proceso de adjudicación y en que, por consiguiente, la entidad adjudicadora estaría facultada para proporcionar, en cambio, los requisitos mínimos (por ejemplo, en los procedimientos de solicitud de propuestas con diálogo y de acuerdo marco) (véanse el apartado 1 b) y el comentario correspondiente).

2. El reglamento debe autorizar o exigir el uso de cualesquiera criterios, requisitos o procedimientos que puedan restringir la participación de proveedores o contratistas en el proceso de adjudicación, o su acceso a este, a fin de que los pueda emplear la entidad adjudicadora al describir el objeto del contrato adjudicable y/o examinar las ofertas (véanse el párrafo 2 del artículo conjuntamente con el artículo 8 (véase el examen acerca de este último que se hace más arriba) y el comentario correspondiente). También pueden darse ejemplos de otros requisitos impuestos en la práctica por las entidades adjudicadoras que pueden distorsionar o restringir, de manera intencional o inadvertida, la participación de proveedores o contratistas en el proceso de adjudicación y que, en consecuencia, deberían evitarse.

3. Sería conveniente que se determinara en qué medida la entidad adjudicadora podrá utilizar a su discreción marcas registradas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos, un origen específico o determinado productor en la descripción del objeto del contrato adjudicable (véanse el párrafo 4 del artículo y el comentario correspondiente). Se deberá: a) examinar las circunstancias muy especiales descritas en el párrafo 4 del artículo que justifiquen la utilización de aquellos (si no hubiera otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características del objeto del contrato adjudicable); b) como regla general, exigir una descripción basada en el producto; c) destacar la necesidad de describir los rasgos salientes del objeto del contrato adjudicable cuando deba utilizarse la descripción basada en los insumos, y d) exigir que se incluya la expresión “o equivalente” en la descripción cuando no se pueda evitar o sea conveniente hacer referencia a la marca registrada o el nombre comercial, la patente, el diseño o tipo, el origen específico o el productor para que los proveedores o contratistas comprendan mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. Como se observa en la Guía, cuando existe una norma industrial de uso generalizado (que puede verse reflejada en cláusulas y términos comerciales normalizados), el hecho de que se permita utilizar un nombre comercial o una marca registrada, en lugar de una muy larga descripción técnica, puede ayudar a los proveedores o contratistas a comprender más las necesidades de la entidad

adjudicadora. No obstante, en esos casos, a manera de salvaguardia, habrá que comprobar la voluntad de la entidad adjudicadora de aceptar elementos equivalentes e impartir orientación acerca de la manera en que los proveedores o contratistas deberán demostrar la equivalencia y la manera de actuar con objetividad al respecto<sup>14</sup>. En consecuencia, deberían determinarse modos de demostrar y evaluar la equivalencia y se debería exigir a la entidad adjudicadora que aceptara elementos equivalentes.

4. El reglamento de la contratación pública deberá establecer rasgos, requisitos, símbolos y términos normalizados para que utilice la entidad adjudicadora al formular la descripción del objeto del contrato adjudicable o remitirse a la fuente en que puedan encontrarse esos rasgos, requisitos, símbolos y términos normalizados. Lo mismo rige con respecto a las cláusulas y condiciones comerciales normalizadas que utilizará la entidad adjudicadora al formular las cláusulas y condiciones del contrato o del acuerdo marco y demás aspectos pertinentes de los diversos documentos conexos: deberían establecerse en el reglamento o este debería remitirse a la fuente en que pudieran encontrarse. (Véanse el párrafo 5 del artículo y el comentario correspondiente.)

#### **Artículo 11. Reglas concernientes a los criterios y procedimientos de evaluación**

1. El reglamento puede contener una lista más amplia y exhaustiva de criterios de evaluación que la que figura en el párrafo 2 del artículo. No obstante, debería evitarse establecer una lista exhaustiva de criterios o exigir que se utilizaran criterios especiales o un grupo de criterios, salvo el del precio, ya que no todos los criterios de evaluación se aplicarían en todas las situaciones y no sería posible proporcionar una lista exhaustiva de criterios para todos los tipos de contratación, independientemente de la amplitud con que estuviesen redactados. El enfoque de la Ley Modelo, como se indica en la Guía, es facultar a la entidad adjudicadora para aplicar criterios de evaluación que no estén comprendidos en las categorías amplias enumeradas en el párrafo 2, siempre y cuando cumplan el requisito enunciado en el párrafo 1 del artículo, es decir, que guarden relación con el objeto del contrato adjudicable<sup>15</sup>. Sin embargo, el reglamento puede exigir que las autoridades competentes dicten normas o directrices, o ambas, para ayudar a las entidades adjudicadoras a formular criterios de evaluación apropiados y pertinentes.

2. El reglamento de la contratación pública debería abordar situaciones en las que fuera pertinente evaluar la experiencia, la fiabilidad y la competencia profesional y de gestión del proveedor o contratista, así como del personal que interviniera en la entrega del objeto del contrato adjudicado (véanse el apartado 2 c) del artículo y el comentario correspondiente). Eso procedería normalmente en el contexto de procedimientos de solicitud de propuestas, que se han utilizado tradicionalmente para contratar “servicios de índole intelectual” (por ejemplo, servicios de arquitectura, jurídicos, médicos o de ingeniería). En esa clase de contratación pública el costo no es un criterio de evaluación importante. En cambio, se hace hincapié en la experiencia del proveedor de servicios y en la confianza que inspire con respecto a la tarea de que se trate, en su conocimiento del tema objeto de la consultoría y la metodología propuesta, en la competencia profesional y de gestión

---

<sup>14</sup> Párr. 5 del comentario sobre el artículo 10.

<sup>15</sup> Párr. 3 del comentario sobre el artículo 11.

del personal sustantivo que vaya a prestar el servicio, en la transferencia de conocimientos, si eso es pertinente para el contrato adjudicable, o es parte integrante de los términos y condiciones contractuales, y, cuando proceda, el grado de participación de nacionales en la dotación de personal sustantivo encargado de prestar los servicios.

3. Se debe aclarar que esos criterios de evaluación pueden sumarse a los requisitos mínimos de aptitudes y experiencia mencionados como criterios de idoneidad en el artículo 9. Si bien en el artículo 9 se faculta a la entidad adjudicadora para rechazar toda propuesta de un proveedor o contratista que no reúna los requisitos mínimos de aptitudes y experiencia, aquella podrá evaluar las aptitudes y la experiencia de los proveedores o contratistas idóneos admitidos a la etapa de diálogo: podrá ponderar, por ejemplo, la experiencia de un proveedor de servicios frente a los demás y, a partir de esa comparación, podrá confiar, en mayor o menor medida, en la capacidad de un proveedor o contratista en particular, y no de otro, para ejecutar el proyecto. Por consiguiente, en el reglamento debería explicarse la manera de emplear esos criterios como normas mínimas para determinar la idoneidad de los proveedores o contratistas con arreglo al artículo 9 de la Ley Modelo y de utilizarlos, por ejemplo, con arreglo a los artículos 11 y 49, lo que daría lugar a que la entidad adjudicadora evaluara esos criterios de manera competitiva.

4. De no estar previsto en otras normas jurídicas de los Estados promulgantes, el reglamento de la contratación pública debe establecer todo criterio excepcional que la entidad adjudicadora esté autorizada u obligada a tener en cuenta para evaluar las ofertas, criterio este que, en circunstancias normales, no guardará relación con el objeto del contrato adjudicable y, por consiguiente, muy probablemente no sería un criterio de evaluación permitido conforme al párrafo 2 del artículo (véanse el apartado 3 a) del artículo y el comentario correspondiente. Véase también lo expuesto en la sección II.A del presente documento, bajo el título “Las políticas socioeconómicas en la contratación”). Al determinar esos criterios debería evitarse toda remisión a categorías amplias, como las consideraciones relacionadas con el medio ambiente, ya que podría existir superposición con los criterios previstos en el párrafo 2 del artículo. Por ejemplo, las normas ambientales para la producción del objeto del contrato están relacionadas con ese objeto y, por lo tanto, pueden incluirse entre los criterios de evaluación con arreglo al párrafo 2; para eso no se necesita autorización en virtud de reglamentación ni ley alguna. Hay otras consideraciones ambientales que no están tan relacionadas, pero que puede ser necesario tener en cuenta si así se dispone o autoriza por ley en el Estado promulgante.

5. El reglamento también debería disponer la manera de utilizar los criterios previstos en el apartado 3 a) en cada proceso de adjudicación para lograr que se apliquen de manera objetiva y transparente. Habida cuenta de que la aplicación de normas ambientales, en particular, puede dar lugar a la exclusión de proveedores o contratistas extranjeros (si, por ejemplo, las normas nacionales son más estrictas que las que rigen en otros Estados), se debería recomendar o exigir que se impartiera orientación especial sobre el empleo de normas ambientales para garantizar que las entidades adjudicadoras pudieran aplicarlas sin correr el riesgo de enfrentarse a costosos procedimientos de impugnación.

6. De no estar previsto en otras normas jurídicas de los Estados promulgantes, los reglamentos de la contratación pública deben autorizar o exigir que, al evaluar las ofertas, se otorgue todo margen de preferencia aplicable, u otro tipo de preferencia, a los proveedores o contratistas nacionales o a los bienes de origen interno (véanse el apartado 3 b) del artículo y el comentario correspondiente. Véase también lo expuesto en la sección II.A del presente documento, bajo el título “Las políticas socioeconómicas en la contratación”). También deberían establecer criterios para determinar cuándo un proveedor o contratista es “nacional” y un bien es “de origen interno” (por ejemplo, que tenga un contenido mínimo de origen interno o de valor añadido en el país). Al respecto, las disposiciones del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC sobre los programas de compensaciones y de precios preferenciales, de que disponen los países en desarrollo como medidas de transición negociadas, pueden ayudar a los Estados a comprender cómo se han aplicado en la práctica los conceptos de proveedores o contratistas “nacionales” y de “contenido local”.

7. Además, se debería establecer el monto del margen de preferencia, que podría ser diferente para las diversas clases de objetos de los contratos adjudicables (bienes, construcción y servicios). También debe proporcionarse un método y reglas concernientes al cálculo y la aplicación del margen de preferencia. (En diversas fuentes de información de dominio público, entre ellas las del Banco Mundial, figuran ejemplos de la aplicación de márgenes de preferencia en la práctica). En ese método puede preverse la aplicación de un margen de preferencia al precio o a los factores de calidad exclusivamente, o a la clasificación global de la oferta, cuando proceda; el Estado promulgante deseará decidir la manera de equilibrar las consideraciones sobre la calidad y el cumplimiento de las políticas socioeconómicas. Como se indica en la Guía<sup>16</sup>, habría que sopesar cuidadosamente el efecto acumulado de la aplicación de criterios socioeconómicos y márgenes de preferencia y los riesgos de duplicación inadvertida.

8. El reglamento debe contener una lista ilustrativa de situaciones en las que expresar en unidades monetarias todos los criterios de evaluación distintos del precio no sería viable o procedente, como en la solicitud de propuestas con diálogo (artículo 49 de la Ley Modelo). También debe enunciar la manera de cuantificar en unidades monetarias los criterios de evaluación que no sean el precio cuando resulte viable. (Véanse el párrafo 4 del artículo y el comentario correspondiente). Además, debe abordar las situaciones en que la entidad adjudicadora pueda enumerar los criterios de evaluación en orden descendente de importancia (véanse el apartado 5 c) del artículo y el comentario correspondiente), como en el caso del procedimiento de solicitud de propuestas con diálogo, previsto en el artículo 49 de la Ley Modelo.

#### **Artículo 12. Reglas relativas a la estimación del valor del contrato adjudicable**

En el reglamento de la contratación pública deberían explicarse las reglas relativas a la estimación del valor del contrato adjudicable. En particular, se debería aclarar la manera de acumular una serie de contratos de escaso valor a lo largo de un período determinado a los efectos de tener en cuenta los umbrales correspondientes. También se deberían prever salvaguardias esenciales para evitar que se fraccionara artificialmente el objeto del contrato adjudicable, por ejemplo, a fin de justificar el

---

<sup>16</sup> Párr. 9 del comentario sobre el artículo 11.

empleo de la licitación restringida invocando el apartado b) del artículo 29.1, es decir, con el argumento de que el tiempo y los gastos que supondría el examen y la evaluación de un gran número de ofertas resultarían desproporcionados en relación con el valor del objeto del contrato adjudicable.

### **Artículo 13. Reglas relativas al idioma de la documentación**

1. En los Estados en que el pliego de condiciones por lo general se publique en más de un idioma, el reglamento de la contratación pública, a menos que ya esté previsto en el régimen correspondiente del Estado promulgante, debería contener una regla en el sentido de que el proveedor o contratista pudiera basar sus derechos y obligaciones en cualquiera de las versiones del documento. También puede exigirse a la entidad adjudicadora que aclare en el pliego de condiciones que ambas o todas las versiones son igualmente válidas, o que una de ellas prevalecerá en caso de incompatibilidad.

2. Si se conserva el texto que figura entre corchetes en el primer párrafo del artículo, el reglamento debería enunciar las excepciones a la regla general de publicar los documentos preparados por la entidad adjudicadora en el procedimiento de contratación en un idioma de uso corriente en el comercio internacional. Esas excepciones abarcan las circunstancias mencionadas en el artículo 33.4: en la contratación nacional (véase el comentario sobre el artículo 8) y en los procedimientos de contratación en que la entidad adjudicadora 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. (Véase en la sección II.C del presente documento el examen de las cuestiones que ha de abordar el reglamento de la contratación pública en el contexto de los contratos de escaso valor).

### **Artículo 14. Reglas sobre el modo, el lugar y el plazo para la presentación de solicitudes de precalificación, de preselección o de ofertas**

1. El reglamento de la contratación pública puede prever las posibles consecuencias jurídicas del incumplimiento por los contratistas o proveedores de los requisitos establecidos por la entidad adjudicadora con respecto al modo, el lugar y el plazo de presentación de solicitudes de precalificación, de preselección o de ofertas (por ejemplo, la entidad adjudicadora debe devolver las ofertas que se presenten una vez vencido el plazo o que no cumplan de otro modo los requisitos necesarios (véanse, por ejemplo, el artículo 40.3 y el comentario correspondiente)).

2. Se debe exigir a la entidad adjudicadora que se cerciore de que toda modificación de la información prevista en el artículo se ponga en conocimiento de cada uno de los proveedores o contratistas a los que inicialmente se hayan entregado los documentos de precalificación o de preselección o el pliego de condiciones (véanse el párrafo 5 del artículo y los artículos 15.2 y 18.6, así como el comentario correspondiente). Si los documentos se entregaron a un grupo desconocido de proveedores o contratistas (por ejemplo, se facilitaron en un sitio web), debe exigirse que la información relativa a las modificaciones figure, como mínimo, en el mismo lugar en que pudo obtenerse por vía electrónica.

3. Debe establecerse el plazo mínimo que la entidad adjudicadora ha de conceder a los proveedores o contratistas (en particular si sus compromisos internacionales le obligan a hacerlo) para que preparen sus solicitudes u ofertas. El plazo debe



establecerse a la luz de cada método de contratación, el medio de comunicación empleado y el carácter nacional o internacional de la contratación. En la contratación internacional, y en relación con contratos complejos, ese período debe ser suficiente como para que los proveedores o contratistas tengan tiempo de preparar sus solicitudes u ofertas. La decisión última acerca del plazo, en el contexto de cada contrato adjudicable, se deja en manos de la entidad adjudicadora, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, por ejemplo, la complejidad del contrato, el volumen de la subcontratación prevista y el tiempo necesario para transmitir las solicitudes u ofertas.

4. El reglamento debería prever las situaciones en que la prórroga del plazo estipulado inicialmente fuera imperativa y en que estuviese permitida y fuese conveniente. La Ley Modelo dispone que la entidad adjudicadora prorrogue el plazo: a) cuando se entreguen aclaraciones o modificaciones, o actas de las reuniones de proveedores o contratistas, poco antes de que expire el plazo para la presentación de ofertas, y b) si, a raíz de una modificación de la información publicada acerca de la contratación al comienzo de esta, esa información pierde su exactitud de fondo (véanse el artículo 15.3 y el comentario correspondiente). En otros casos, la prórroga del plazo es optativa. Para mitigar el riesgo de que la entidad adjudicadora abuse de esa facultad discrecional, el reglamento debería establecer algunas medidas de control. Por ejemplo, en el contexto del párrafo 4 del artículo podrían examinarse las “circunstancias ajenas a la voluntad [del proveedor o contratista]” que impedirían a uno o más proveedores o contratistas presentar sus solicitudes u ofertas a tiempo, la manera de demostrar esas circunstancias y la respuesta que ha de dar la entidad adjudicadora automáticamente en esas situaciones. Si bien debe promoverse la flexibilidad, esas medidas mínimas de control ayudarían a mitigar los riesgos de favoritismo.

5. Se puede indicar la conveniencia de prorrogar el plazo, en particular, en situaciones en las que la entidad adjudicadora esté expuesta a problemas considerables si no lo prorroga, por ejemplo, en los casos de averías en su sistema de comunicaciones. También deberían regularse otros aspectos relacionados con las averías de los sistemas de comunicaciones y la distribución de riesgos.

#### **Artículo 15. Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones**

1. El reglamento de la contratación pública debe regular la aplicación del artículo en situaciones en que el pliego de condiciones se haya entregado a un grupo desconocido de proveedores o contratistas (por ejemplo, si se ha facilitado en un sitio web de dominio público). Se debería disponer que la obligación de la entidad adjudicadora de informar a cada uno de los proveedores o contratistas de todas las aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones se aplicara en la medida en que tuviera conocimiento de su identidad. Si le son desconocidos, las aclaraciones y modificaciones deben figurar, como mínimo, en el lugar en que el documento se haya facilitado electrónicamente. En consecuencia, el reglamento debe dejar claro que la entidad adjudicadora debe adoptar medidas activas; no basta con dar acceso a las aclaraciones o modificaciones a los proveedores o contratistas que lo soliciten, ya que estos no dispondrían de ningún medio para enterarse de que se hubiera hecho una aclaración o modificación.

2. El reglamento también debe exigir que la entidad adjudicadora adopte medidas urgentes con arreglo a este artículo para que los proveedores o contratistas puedan

tener en cuenta las aclaraciones y modificaciones con tiempo suficiente antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas.

3. Además, se debe abordar el concepto de que la información “pierde su exactitud de fondo”, mencionado en el párrafo 3 del artículo, y distinguirlo del concepto de “modificación de fondo” de la contratación. Mientras en el primer caso es necesario publicar la modificación de la información en el mismo lugar en que apareció la información original y prorrogar el plazo para la presentación de ofertas, en el segundo es preciso cancelar el procedimiento y comenzar un nuevo proceso de contratación. Ambos son conceptos liminales. Si, a raíz de las modificaciones, la información se volvió suficientemente inexacta como para comprometer la integridad de la competencia comercial y del proceso de adjudicación, cabe decir que la información perdió su exactitud de fondo. Si de resultas de esas modificaciones se ve afectado el grupo de posibles proveedores o contratistas (por ejemplo, si se ha pasado del soporte de papel al soporte electrónico para presentar las ofertas, en sociedades en las que los medios electrónicos de comunicación no están muy extendidos), cabe concluir que se ha producido una “modificación de fondo” en la contratación. También es muy probable que se produzca una de esas modificaciones “de fondo” cuando, a raíz de una aclaración o modificación del pliego de condiciones original, el objeto del contrato adjudicable haya cambiado tanto que los documentos originales ya no den a conocer a los posibles proveedores o contratistas los verdaderos requisitos de la entidad adjudicadora.

4. En el contexto del párrafo 4 del artículo, el reglamento debería aclarar que las disposiciones no impiden que durante la reunión de proveedores o contratistas la entidad adjudicadora mencione las solicitudes de aclaración del pliego de condiciones que se le hayan presentado antes de la reunión o durante ella y las respuestas que haya dado. En todos los casos regirá la obligación de respetar el anonimato de quien haya dado origen a la solicitud.

#### **Artículo 16. Aclaración de los datos de calificación y de las ofertas**

1. En el reglamento de la contratación pública debe hacerse una distinción entre este artículo y el anterior: si bien en el artículo anterior las aclaraciones son solicitadas por los proveedores o contratistas, en este las solicita la entidad adjudicadora. También deberían aclararse las diferencias entre el procedimiento de aclaración previsto en este artículo y las negociaciones (en el artículo se prohíben expresamente las negociaciones entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista respecto de los datos de calificación o de las ofertas, salvo las presentadas con arreglo a los artículos 49, 50, 51 y 52 de la Ley Modelo (véanse los párrafos 4 y 5 del artículo).

2. Se deberían establecer determinados momentos en los que podría plantearse la necesidad de hacer aclaraciones acerca de los datos de calificación o de las ofertas en los diversos métodos de contratación. También debería precisarse a cuáles de los métodos de contratación no se aplicarían algunas de las disposiciones del artículo. Por ejemplo, en el párrafo 2 se exige a la entidad adjudicadora que rectifique los errores puramente aritméticos que se descubran durante el examen de las ofertas. Sin embargo, eso no rige para algunos métodos de contratación, como el de solicitud de cotizaciones, en que estaría prohibido rectificar los errores aritméticos con arreglo al artículo 46.2, y el de solicitud de propuestas con negociación

consecutiva, en que eso sencillamente carecería de importancia, dado que los aspectos financieros de las ofertas se concretan durante las negociaciones. Tampoco regiría en la etapa de subasta en el caso de las subastas electrónicas inversas, en que los errores puramente aritméticos pueden dar lugar al rechazo automático por parte del sistema de la oferta que los contiene o a la clausura de la subasta, conforme al artículo 56.5.

3. Se deberían dar ejemplos de las clases de aclaraciones previstas en el artículo. En particular, deberían mencionarse los riesgos de cambios sustantivos que se pueden plantear de resultas de una solicitud de aclaraciones o de la corrección de errores aritméticos, esta última, por lo demás, prohibida en virtud del artículo. Sería conveniente hacer una lista ilustrativa de los cambios que están prohibidos (en este contexto, en el artículo se mencionan cambios por los que un proveedor o contratista no calificado pase a estar calificado, o por los que una oferta no conforme pase a ser conforme, o que den lugar a la modificación del precio).

4. El reglamento debería disponer garantías procesales para mitigar el riesgo de que se aplicaran prácticas discriminatorias, por ejemplo, exigiendo a la entidad adjudicadora que hiciera constar todo error aritmético constatado durante el proceso de examen y evaluación y las medidas adoptadas al respecto.

5. Debería regularse la manera de solicitar aclaraciones con arreglo al artículo recurriendo a los procedimientos de investigación de las ofertas anormalmente bajas previstos en el artículo 20. Debe exigirse que las actuaciones consten por escrito, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Modelo.

#### **Artículo 17. Garantía de la oferta**

1. El reglamento de la contratación pública debería determinar cuáles son los casos que justificarían la solicitud de garantía de la oferta y dar ejemplos de casos en los que esa garantía podría considerarse una salvaguardia excesiva por parte de la entidad adjudicadora<sup>17</sup>. Debería explicarse que en algunos métodos de contratación hay circunstancias que por sí mismas ofrecen la garantía necesaria para la entidad adjudicadora, por ejemplo, en el caso de las subastas electrónicas inversas. El valor relativo del contrato también puede indicar la conveniencia de promover otra clase de medidas para lograr la disciplina que corresponde en las licitaciones. Se pueden dar ejemplos de distintas opciones que pueden considerarse en lugar de una garantía, entre ellas, exigir que se firme una declaración por la que se garantice la oferta<sup>18</sup>, así como de casos en los que las ventajas de exigir garantía pueden ser ilusorias, por ejemplo, en los procesos de solicitud de propuestas con diálogo o en las subastas electrónicas inversas, en que no es posible obligar a los proveedores o contratistas a permanecer en el proceso de diálogo o de licitación (por ejemplo, en las subastas electrónicas inversas no puede obligarse a los concursantes a modificar ningún aspecto de sus ofertas, y estos pueden sencillamente abstenerse de presentarlas), de manera que la garantía de la oferta, de hecho, no tendría valor o, en el mejor de los casos, no sería eficaz en función del costo.

2. En los casos en que puede justificarse exigir una garantía de la oferta, debería establecerse la forma en que se aplicarían los requisitos en la práctica y sus

---

<sup>17</sup> Figura orientación al respecto en los párrs. 4 y 5 del comentario de la Guía sobre el artículo 17.

<sup>18</sup> Véase el párr. 12 del comentario de la Guía sobre el artículo 17.

repercusiones en el proceso de licitación, en particular en el precio de la oferta. También debe explicarse que en algunos métodos de contratación puede llegar un momento en especial en el que cabe exigir una garantía. Por ejemplo, en la licitación en dos etapas eso se hará en el contexto de la presentación de las ofertas definitivas, y no de las iniciales.

3. De ser procedente, el reglamento debería remitirse a toda ley del Estado promulgante que prohibiera a la entidad adjudicadora aceptar una garantía de la oferta que no fuera emitida por un otorgante de ese Estado. Debe exigir a la entidad adjudicadora que adopte medidas urgentes con arreglo a este artículo.

#### **Artículo 18. Procedimiento de precalificación**

El reglamento de la contratación pública debe disponer el lugar en que ha de publicarse la convocatoria a precalificación (la “gaceta oficial” o un sitio web). Como se explicó en la sección II.C del presente documento en el contexto de los contratos de escaso valor, deben darse detalles acerca de la manera de interpretar lo que se entiende por “contrato de escaso valor” a efectos de exonerar del requisito de publicación internacional a la convocatoria a precalificación para la adjudicación del contrato. En ese contexto, también debería explicarse que el escaso valor del contrato, por sí solo, no justifica que se excluya la participación de proveedores o contratistas internacionales (a diferencia de lo que ocurre con la contratación nacional, conforme al artículo 8): los proveedores o contratistas internacionales pueden participar en una contratación que no se haya anunciado a nivel internacional si así lo desean, por ejemplo, respondiendo a un anuncio publicado internamente o en la Internet<sup>19</sup>.

#### **Artículo 19. Cancelación de la contratación**

El reglamento de la contratación pública debería impartir orientación detallada a las entidades adjudicadoras sobre el alcance de su facultad discrecional para cancelar el proceso de adjudicación y su posible responsabilidad, tanto en virtud del régimen de la contratación pública como de toda otra norma jurídica del Estado promulgante que prevea responsabilidad en relación con los actos administrativos.

#### **Artículo 20. Rechazo de las ofertas anormalmente bajas**

1. El reglamento de la contratación pública debe remitirse a toda ley aplicable que exija que la entidad adjudicadora rechace una oferta, por ejemplo, si se ha incurrido en un acto delictivo (como el blanqueo de capitales) o en una práctica ilícita (como la de no cumplir con el pago del salario mínimo o con obligaciones de la seguridad social, o si ha habido colusión), y, al hacerlo, se debe distinguir entre esos casos y los previstos en el artículo. También debe explicarse el concepto de oferta anormalmente baja, en particular en el contexto de la licitación internacional.

2. Además, debe reglamentarse el tipo de información que la entidad adjudicadora podrá pedir para justificar el precio ofrecido, a lo que se hace referencia en el artículo y en los párrafos 4 a 8 del comentario correspondiente de la Guía. Se podrá conceder flexibilidad para rechazar o aceptar la oferta anormalmente baja, en reconocimiento del carácter sumamente subjetivo inherente a la evaluación

---

<sup>19</sup> Al respecto, véanse los párrs. 5 y 6 del comentario de la Guía sobre el artículo 18.

del riesgo de incumplimiento, o puede decidirse, en cambio, circunscribir la facultad discrecional para aceptar o rechazar esas ofertas.

**Artículo 21. Exclusión de un proveedor o contratista del procedimiento de contratación por haber ofrecido algún incentivo o por gozar de alguna ventaja competitiva desleal o adolecer de algún conflicto de intereses**

1. A efectos de precaverse del riesgo de que se cometan abusos al aplicar el artículo, el reglamento de la contratación pública debería ayudar a la entidad adjudicadora a determinar si existe o no un hecho que justifique la exclusión de un proveedor o contratista del procedimiento de contratación por haber ofrecido algún incentivo, por gozar de alguna ventaja competitiva desleal o por haber surgido algún conflicto de intereses.

2. La Ley Modelo no exige que se den definiciones de los conceptos enunciados en el artículo. Si el Estado promulgante decide definirlos, tal vez desee tener en cuenta las consideraciones planteadas en el comentario de la Guía sobre el artículo. Si en el Estado promulgante existen definiciones jurídicas de esos conceptos, debería exigirse que se dieran a conocer como parte de los textos jurídicos que rigen la contratación pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Modelo. Si no hubiera definiciones, en el reglamento deberían darse ejemplos de lo que constituye y no constituye una práctica prevista en el artículo. Por ejemplo, debería prohibirse a los consultores que hubieran participado en la preparación del pliego de condiciones participar también en el proceso de adjudicación del contrato correspondiente. También convendría regular la participación de filiales en el mismo proceso de adjudicación. En algunos países se acostumbra establecer un límite mínimo para determinar lo que se considera un “incentivo”; se alienta a los Estados promulgantes que deseen adoptar ese criterio a asegurarse de que ese límite sea apropiado en las circunstancias de que se trate.

3. Muy probablemente habrá que remitirse a otras ramas del derecho del Estado promulgante, por ejemplo, a la legislación contra los monopolios, a fin de evitar confusiones innecesarias, incompatibilidades y apreciaciones incorrectas acerca de las políticas del Estado promulgante contra la corrupción.

**Artículo 22. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato**

1. El reglamento de la contratación pública debe establecer la duración mínima de la moratoria. Para eso deben tenerse en cuenta varias consideraciones generales, entre ellas la repercusión que tendría la duración del período en los objetivos globales de la Ley Modelo. Si bien las repercusiones que tendría una moratoria prolongada en los gastos serían tenidas en cuenta por los proveedores o contratistas en el precio de su oferta y al decidir si participarían o no, el período deberá ser suficientemente largo como para que puedan presentarse recursos contra el proceso. Los Estados promulgantes tal vez deseen establecer más de una moratoria para los distintos tipos de contratación, teniendo en cuenta las dificultades que haya para determinar si se han cumplido o no las normas y procedimientos aplicables, pero deberían tener presente que puede ser inapropiado establecer períodos excesivamente prolongados en el contexto de las subastas electrónicas inversas y los acuerdos marco abiertos, que presuponen una pronta adjudicación y en los cuales la cantidad y complejidad de las cuestiones que pueden impugnarse son limitadas. En cambio, en los contratos de adquisición de infraestructura puede necesitarse un

período más prolongado para considerar la situación. Puede ser conveniente expresar la duración de la moratoria en días hábiles o días civiles, dependiendo de la duración y de los feriados que haya. Cabe tener presente que el objetivo principal de la moratoria es dar a los proveedores o contratistas suficiente tiempo para decidir si impugnarán la decisión de la entidad adjudicadora de aceptar la oferta ganadora. Por consiguiente, la moratoria deberá ser tan breve como lo permitan las circunstancias, a efectos de no interferir indebidamente con el proceso de adjudicación en sí mismo. Si se presenta una impugnación, las disposiciones del capítulo VIII de la Ley Modelo regularían la suspensión del proceso y los demás recursos apropiados.

2. Deberían darse ejemplos de razones urgentes de interés público que pudieran servir de justificación para no aplicar la moratoria y se debería garantizar que fueran compatibles con las justificaciones para levantar la prohibición de hacer entrar en vigor el contrato adjudicado, conforme a lo dispuesto en el artículo 65 y para levantar la suspensión automática, conforme a lo dispuesto en el artículo 67 (véase más adelante, en la sección X, el examen de estas cuestiones). Como se observó en la sección II.C del presente documento en relación con los contratos de escaso valor, también debe considerarse la posibilidad de armonizar el límite que se establezca para exonerar a la contratación de escaso valor de la aplicación de la moratoria, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 b) del artículo 22, con otros límites, como los que justifiquen la exoneración de anunciar públicamente los contratos adjudicados (con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23.2) y el uso del procedimiento de solicitud de cotizaciones (con arreglo a lo dispuesto en el artículo 29.2).

3. Se debería indicar la clase de circunstancias en las que podría exigirse un contrato escrito, teniendo en cuenta que un requisito de esa índole puede ser particularmente gravoso para los proveedores o contratistas extranjeros, y si el Estado promulgante impone medidas para demostrar la autenticidad de la firma. De modo análogo, debería determinarse la clase de circunstancias en las que el contrato debería ser aprobado por otra autoridad antes de que entrara en vigor (por ejemplo, únicamente los contratos adjudicables que sobrepasaran un valor determinado).

4. Se debería impartir orientación para decidir la mejor manera de proceder cuando el concursante ganador no celebrara el contrato a su debido tiempo y se debería disponer la forma de evitar que se abusara del poder discrecional conferido a la entidad adjudicadora para cancelar la contratación o para adjudicar el contrato al concursante que hubiese presentado la siguiente oferta conforme. Al respecto, son pertinentes las consideraciones planteadas más adelante, en el contexto análogo de los artículos 43 y 57.

5. Puede ser conveniente que el reglamento regule las cuestiones vinculadas a la notificación con aclaraciones: aunque se mencione como opción de la entidad adjudicadora, en el reglamento puede hacerse hincapié en las ventajas que entraña esa clase de notificaciones, en particular en el contexto de los acuerdos marco, en que hay contrataciones reiteradas que pueden resultar beneficiadas si se mejoran las ofertas. Deberían establecerse garantías procesales mínimas y garantías de transparencia, en particular en lo que respecta a la necesidad de que en la

notificación se respetara el carácter confidencial de la información comercial delicada<sup>20</sup>.

### **Artículo 23. Anuncio público de los contratos adjudicados y de todo acuerdo marco concertado**

1. El reglamento de la contratación pública debe disponer la manera de publicar la información prevista en el artículo<sup>21</sup> y regular detalladamente la manera de hacer publicaciones periódicas de avisos de todos los contratos adjudicados en virtud del acuerdo marco.

2. Se fijará un límite monetario por debajo del cual ese requisito no sería aplicable. Como se observó en la sección II.C del presente documento, eso debe armonizarse con el trato que se conceda a la contratación de escaso valor en el Estado promulgante. En ese contexto, cabría explicar que, si bien la exoneración de publicación prevista en el párrafo 2 abarca los contratos de escaso valor adjudicados en virtud de un acuerdo marco, es muy improbable que abarque los acuerdos marco propiamente dichos, ya que el valor acumulado de los contratos que se adjudiquen con arreglo a un acuerdo marco probablemente excedería de la cuantía mínima establecida.

### **Artículo 24. Confidencialidad**

1. El reglamento de la contratación pública debe establecer, si no una lista exhaustiva de la información prevista en el párrafo 1 del artículo, por lo menos las fuentes jurídicas de las que provenga, en particular precisar los conceptos de información que esté prohibido revelar en aras de intereses de seguridad esenciales del Estado promulgante y de información cuya divulgación pueda “menoscabar la libre competencia comercial”. Si esos conceptos no se regulan, la entidad adjudicadora puede interpretarlos en un sentido muy amplio para evitar la divulgación de cierta información alegando razones de confidencialidad. En otras ramas del derecho puede determinarse que cierta información es reservada y el reglamento puede remitirse a ellas; en otros casos, el propio reglamento debería limitar claramente el alcance de los conceptos pertinentes enunciados en el párrafo 1 del artículo.

2. Como se observó en la sección II.B del presente documento, el reglamento puede disponer las medidas que debería adoptar la entidad adjudicadora con respecto a los proveedores o contratistas y sus subcontratistas para proteger la información reservada en el contexto de una determinada contratación, además de las medidas de protección jurídica general previstas en el párrafo 1. También deberían explicarse las situaciones en que esas medidas podrían estar justificadas o ser imperativas debido al carácter delicado del objeto del contrato o por la existencia de información reservada aun cuando el objeto del contrato en sí no fuese de carácter delicado (por ejemplo, los casos en que se hiciera necesario garantizar el carácter confidencial de la información sobre un programa de entregas o sobre el

---

<sup>20</sup> En los párrs. 23 a 27 del comentario de la Guía sobre el artículo 22 figura orientación sobre las cuestiones relativas a la notificación con aclaraciones.

<sup>21</sup> En relación con las normas mínimas de publicación de esta clase de información, véase el comentario de la Guía sobre el artículo 5.

lugar donde se hubieran de efectuar estas), o ambas cosas. Puede ser necesario que el reglamento se remita a otras ramas del derecho.

### **Artículo 25. Expediente del procedimiento de adjudicación**

1. El reglamento de la contratación pública debería imponer obligaciones estrictas en materia de registro de la información con objeto de garantizar la exactitud y amplitud del expediente y, de esa manera, dar la posibilidad a los proveedores o contratistas que se sintieran perjudicados de entablar recursos y a los órganos competentes de realizar auditorías y controlar y supervisar el proceso de manera acertada y eficaz. Debe reglamentarse la forma en que ha de hacerse constar la información y los medios utilizados para hacerlo, el momento de introducir la información y los documentos en el expediente y el grado de divulgación de la información pertinente del expediente a los diversos grupos de personas interesadas en obtener acceso a este.

2. Se debería exigir a la entidad adjudicadora que diera rápido acceso a las personas autorizadas a las partes pertinentes del expediente, ya que aplazar la divulgación, por ejemplo, hasta que entrara en vigor el contrato adjudicado, privaría de un recurso eficaz a los proveedores o contratistas que se considerasen perjudicados. Dado que la revelación de cierta información (por ejemplo, información más detallada relativa al curso que se dará al proceso de adjudicación) puede ser impugnada por los proveedores o contratistas si consideran que menoscaba la libre competencia comercial y obra en detrimento de sus intereses comerciales legítimos, en algunas contrataciones especialmente delicadas el reglamento puede exigir a la entidad adjudicadora que dé aviso a los proveedores o contratistas en el pliego de condiciones de su intención de revelar partes del expediente relacionadas con el curso del proceso de adjudicación que son pertinentes para ellos.

3. Como se indicó anteriormente en el contexto del artículo 24, el reglamento debe establecer, si no una lista exhaustiva de la información prevista en el párrafo 4 del artículo, por lo menos las fuentes jurídicas de las que provenga, en particular precisar los conceptos de información que esté prohibido revelar en aras de intereses de seguridad esenciales del Estado promulgante y de información cuya divulgación pueda “menoscabar la libre competencia comercial”. La entidad adjudicadora puede interpretar esos conceptos en un sentido muy amplio para evitar la divulgación de cierta información del expediente alegando razones de confidencialidad. En otras ramas del derecho puede determinarse que cierta información es reservada y el reglamento puede remitirse a ellas; en otros casos, el propio reglamento debería limitar claramente el alcance de los conceptos pertinentes enunciados en el párrafo 4 del artículo.

4. El reglamento debe establecer toda la información que ha de incluirse en el expediente de la contratación, además de la enumerada expresamente en la propia ley (véase en este contexto el apartado w) del artículo 25.1). Por ejemplo, puede exigir que se haga constar en el expediente documental del proceso adjudicatorio si se han presentado ofertas fuera de plazo y toda diferencia menor, error y omisión que se haya constatado durante el examen y la evaluación de las ofertas, así como las medidas adoptadas al respecto.



5. Si el Estado promulgante considera que la normativa y las directrices internas aplicables también deben archivararse junto con el expediente y la documentación correspondiente a determinado contrato, el reglamento de la contratación pública o las normas pertinentes, o las directrices del organismo de contratación pública u otra autoridad pueden exigirlo.

#### **Artículo 26. Código de conducta**

1. Dependiendo de la tradición jurídica de los Estados promulgantes, puede promulgarse un código de conducta especialmente para el personal encargado de la contratación pública, dentro del marco jurídico administrativo del Estado, al mismo nivel o como parte del reglamento de la contratación pública.

2. Si el código de conducta se promulga al margen del reglamento de la contratación pública, y si procede, este último debe disponer la manera en que se pondrá sin demora a disposición del público y se actualizará sistemáticamente<sup>22</sup>.

### **IV. Temas que deberán tratarse en el reglamento de la contratación pública en el contexto de las cuestiones generales planteadas por las disposiciones del Capítulo II de la Ley Modelo (Métodos de contratación y sus condiciones de empleo; convocatoria y anuncios de la contratación)**

1. El reglamento de la contratación pública debe determinar la publicación en que habrá de anunciarse la convocatoria a licitación o a presentar otras ofertas, o en que aparecerá el preaviso del contrato adjudicable. También determinará el medio y la forma de publicación de las convocatorias y los avisos. Estos se podrán publicar por medios electrónicos o en papel, o de las dos maneras, como se explica en el comentario de la Guía sobre el artículo 5.

2. El reglamento debe contener normas para la publicación internacional de la convocatoria a licitación o a presentar otras propuestas, es decir, en los medios de información de circulación internacional y en la forma y el idioma que garanticen que la convocatoria llegue debidamente a conocimiento de los círculos internacionales de proveedores y contratistas.

3. También puede exigir que las entidades adjudicadoras publiquen la convocatoria a licitación o a presentar otras propuestas por otros medios que permitan dar amplia publicidad al proceso de contratación entre los proveedores y contratistas. Esos medios podrían comprender, por ejemplo, el anuncio de la convocatoria en tabloneros de anuncios oficiales o en un boletín de contratos y su distribución a cámaras de comercio, a misiones comerciales extranjeras en el país de la entidad adjudicadora y a misiones comerciales del propio país en el extranjero. Cuando la entidad adjudicadora utilice medios electrónicos de publicidad y comunicación, el reglamento puede permitir que en la convocatoria se incluya un enlace que incluso permita ver el texto del pliego de condiciones.

---

<sup>22</sup> En este contexto, véase el comentario de la Guía sobre el artículo 5.1 de la Ley Modelo, en el que se prevé un requisito análogo para los textos jurídicos de aplicación general.

4. El reglamento debe regular detalladamente las excepciones a la regla general sobre la publicación internacional de la convocatoria, ya sea por tratarse de una contratación nacional o porque la entidad adjudicadora considere improbable, debido al escaso valor de la contratación prevista, que esta despierte mucho interés de parte de los proveedores o contratistas extranjeros. Las cuestiones relacionadas con la contratación de escaso valor se examinaron en la sección II.C del presente documento. Como allí se ha indicado, el reglamento debe determinar sistemáticamente lo que constituye una contratación de escaso valor a efectos de aplicar las exoneraciones pertinentes de la Ley Modelo. Al respecto, cabe explicar que en los dos casos en que se aplica la exoneración de la publicación internacional la entidad adjudicadora aún puede comunicar la convocatoria internacionalmente; si no lo hace, pero hay proveedores o contratistas que desean participar (por ejemplo, si han visto un anuncio en la Internet), deben estar autorizados a hacerlo.

5. Como se observó anteriormente en el contexto del artículo 8, el reglamento de la contratación pública debe precisar las razones para utilizar la contratación nacional; si esas razones están previstas en otras normas jurídicas del Estado promulgante, el reglamento debe remitirse a ellas.

## **V. Temas que deberán tratarse en el reglamento de la contratación pública en especial en el contexto de los artículos del Capítulo III de la Ley Modelo (Licitación abierta), expuestos en el orden de los artículos correspondientes**

### **Artículo 38. Entrega del pliego de condiciones**

Las consideraciones relativas a la comisión que puede cobrarse por facilitar el pliego de condiciones se examinaron en la sección II.D del presente documento y son pertinentes en el contexto de este artículo.

### **Artículo 39. Contenido del pliego de condiciones**

1. Si el pliego de condiciones debe contener determinada información mínima además de la enumerada en la ley, el reglamento de la contratación pública debe precisarla o remitirse a otras normas jurídicas del Estado promulgante en las que pueda estar enumerada.

2. En el contexto del apartado g) del artículo, en la medida en que el fomento de las pequeñas y medianas empresas forme parte de la política socioeconómica del gobierno interesado, se puede alentar a la entidad adjudicadora a que considere la posibilidad de admitir ofertas parciales en el pliego de condiciones.

### **Artículo 40. Presentación de ofertas**

1. El reglamento debería impartir orientación o exigir que se impartieran directrices con respecto a diversos aspectos de la presentación de ofertas en el contexto de las comunicaciones que no se consignen sobre papel. Como mínimo, debería exigir que el sistema de la entidad adjudicadora garantizara que ninguna persona tuviese acceso al contenido de las ofertas tras haber sido recibidas por la entidad adjudicadora y antes del momento fijado para la apertura oficial de las

ofertas. También ha de garantizar que únicamente las personas autorizadas cuya identidad conste claramente en el sistema tengan derecho a abrir las ofertas en el momento de su apertura oficial y tengan acceso a su contenido en las etapas posteriores del proceso de adjudicación. Además, el sistema se ha de configurar de modo que permita seguir de cerca todas las operaciones relativas a las ofertas presentadas, entre otras cosas, saber la hora y la fecha exactas en que se recibieron, quién fue la persona que tuvo acceso a las ofertas y en qué momento y si las ofertas a las que supuestamente estaba vedado el acceso han quedado en entredicho o se han manipulado. Deberían preverse medidas apropiadas para comprobar que las ofertas no se borrarán o se vieran menoscabadas, ni resultaran afectadas de otra forma no autorizada cuando se abrieran y posteriormente se utilizaran. Se puede lograr un alto grado de autenticación y de seguridad utilizando diversos programas informáticos comerciales disponibles en todo momento, pero eso no procedería en los procesos de contratación pública de escaso valor y poco riesgo. La elección debería basarse, pues, en un análisis de costos y beneficios<sup>23</sup>.

2. En las situaciones en que el sistema de recepción de las ofertas no permita establecer con precisión el momento en que se han recibido las ofertas presentadas, tal vez deba darse a la entidad adjudicadora cierto margen de discrecionalidad para determinar el grado de precisión con que ese momento quedaría registrado. Ahora bien, a fin de prevenir abusos y garantizar objetividad, el reglamento debería regular ese margen discrecional remitiéndose a las normas jurídicas aplicables en el comercio electrónico.

3. Es inevitable que en los sistemas automáticos se produzcan fallos que impidan a los proveedores o contratistas presentar sus ofertas antes de que venza el plazo. El reglamento debe prever esas situaciones y dar opciones para que la entidad adjudicadora las solucione. Por ejemplo, como se indica en el comentario de la Guía sobre el artículo 40, cuando se produzca un fallo, la entidad adjudicadora ha de determinar si es posible restablecer el funcionamiento del sistema con la celeridad necesaria para que prosiga el proceso de adjudicación y, en tal caso, decidir si será o no necesario prorrogar el plazo para la presentación de ofertas. No obstante, si la entidad adjudicadora determina que un fallo en el sistema le impide seguir adelante con el proceso, podrá cancelarlo y convocar otro. Toda deficiencia funcional de los sistemas automáticos que sea imputable a algún acto imprudente o intencional de la entidad adjudicadora, así como las decisiones adoptadas por esta para responder a los problemas derivados de las deficiencias de esos sistemas, pueden dar lugar a una impugnación por parte de los proveedores y contratistas perjudicados, en virtud del Capítulo VIII de la Ley Modelo<sup>24</sup>.

#### **Artículo 42. Apertura de las ofertas**

1. El reglamento debe regular detalladamente los medios y la manera de contar con la presencia de los proveedores o contratistas en el acto de apertura de las ofertas, ya sea en persona o en forma virtual. Debe exigir a la entidad adjudicadora que, si decide utilizar comunicaciones no consignadas sobre papel, exclusivamente o en combinación con documentos en papel, establezca modalidades para la apertura de las ofertas (lugar, modo, hora y procedimientos de apertura) que permitan la

---

<sup>23</sup> Véase el párr. 3 del comentario de la Guía sobre el artículo 40.

<sup>24</sup> Párr. 6 del comentario de la Guía sobre el artículo 40.

presencia física y virtual de los proveedores o contratistas. Pueden enumerarse los factores que se han de tener en cuenta en esas situaciones, entre ellos la diferencia horaria y la necesidad de complementar toda ubicación física designada para la apertura de las ofertas con cualquier medio que garantice la asistencia de los que no puedan personarse en ese lugar u opten por una ubicación virtual<sup>25</sup>.

2. Como se observó anteriormente en el contexto del artículo 7, deben explicarse los conceptos de “habitualmente empleados” y “participar plena y simultáneamente en las reuniones”. En relación con este último, puede recurrirse a la explicación que figura en el párrafo 3 del comentario de la Guía sobre el artículo 42: la expresión “plena y simultáneamente” significa que se debe dar a los proveedores o contratistas la oportunidad de recibir al mismo tiempo toda y exactamente la misma información comunicada durante la apertura. La información en cuestión comprende los anuncios hechos de conformidad con el párrafo 3 del artículo. Los proveedores o contratistas también deben tener la posibilidad de intervenir cuando se observe alguna irregularidad o incorrección, en la medida en que estarían autorizados para hacerlo si estuvieran físicamente presentes. Independientemente del método utilizado, toda la información pertinente debe comunicarse a los proveedores o contratistas con suficiente anticipación como para permitirles participar en la apertura de las ofertas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.4.

3. El reglamento también debe establecer salvaguardias especiales en relación con la apertura automática de las ofertas, por ejemplo: a) que únicamente las personas autorizadas cuya identidad conste claramente en el sistema tengan derecho a fijar o cambiar en este el momento de la apertura de las ofertas de conformidad con el párrafo 1 del artículo, sin comprometer la seguridad, integridad ni confidencialidad de estas; b) que solo esas personas estén facultadas para abrir las ofertas en el momento establecido. Se puede exigir que por lo menos dos personas autorizadas lleven a cabo simultáneamente la apertura de las ofertas. En este contexto, se entiende por “simultáneamente” que las personas autorizadas designadas abran, dentro de casi el mismo lapso, los mismos componentes de una oferta y tomen nota de los componentes que se hayan abierto y del momento en que se abrieron; c) que, antes de la apertura de las ofertas, el sistema confirme las condiciones de seguridad de estas comprobando que nadie se haya enterado de su contenido sin autorización; d) que se dote a las personas autorizadas de medios idóneos para comprobar la autenticidad e integridad de las ofertas y su presentación oportuna sin que puedan modificarlas de ninguna manera; e) que se adopten medidas para impedir que quede en entredicho la integridad de las ofertas, que estas se borren o que se destruya el sistema cuando proceda a abrir las ofertas, por ejemplo, a causa de un virus o de una perturbación parecida; f) que el sistema se configure de modo que permita seguir de cerca todas las operaciones realizadas durante la apertura, entre ellas, comprobar la identidad de la persona que abrió cada una de las ofertas y sus componentes, así como la fecha y hora en que lo hizo, y g) que el sistema también garantice que solo puedan seguir teniendo acceso a las ofertas abiertas las personas autorizadas a tomar conocimiento de su contenido y de

---

<sup>25</sup> Véase el comentario de la Guía sobre el artículo 7.4, donde figura un examen más a fondo de los requisitos pertinentes.

los datos pertinentes (por ejemplo, los miembros de un comité de evaluación o los auditores en etapas posteriores del proceso de adjudicación)<sup>26</sup>.

#### **Artículo 43. Examen y evaluación de las ofertas**

1. En el reglamento se debería explicar lo que se entiende por que la oferta se aparte ligeramente de las características, cláusulas, condiciones y demás requisitos enunciados en el pliego de condiciones y que adolezca de errores u omisiones, en comparación con los errores aritméticos cuya rectificación está prevista en el artículo 16 de la Ley Modelo. Se debe hacer hincapié en que debería aceptarse toda diferencia, error u omisión que se pudiera corregir sin alterar el fondo de la oferta, es decir, que no significara ningún cambio sustantivo ni se apartara considerablemente de las características, cláusulas, condiciones y demás requisitos enunciados en el pliego de condiciones. No obstante, la rectificación de un error u omisión en ningún caso podrá redundar en una modificación sustantiva de la oferta, es decir, una modificación por la que un proveedor o contratista no calificado pase a estar calificado o por la que una oferta no conforme pase a ser conforme. Deberían darse ejemplos prácticos de diferencias, errores y omisiones aceptables e inaceptables.
2. El reglamento debería contener normas para la cuantificación de las diferencias menores, errores y omisiones y para tenerlos en cuenta debidamente en el examen y la evaluación de las ofertas, de manera que se pudiera comparar a los concursantes de manera objetiva y equitativa.
3. Se deben prever garantías procesales para mitigar el riesgo de que se utilicen prácticas discriminatorias al aplicar las disposiciones relativas a la rectificación y cuantificación de las diferencias menores, errores y omisiones, por ejemplo, exigiendo a la entidad adjudicadora que deje constancia de toda diferencia menor, error y omisión que se haya constatado durante el proceso de examen y evaluación, así como las medidas adoptadas al respecto.
4. Para regular exhaustivamente todas las cuestiones relacionadas con los errores u omisiones que figuren en las ofertas y la posible aclaración y rectificación de estos, ya sea por parte de la entidad adjudicadora o del proveedor o contratista, tal vez haya que remitirse al derecho de los contratos y a otras ramas del derecho del Estado promulgante, así como reflejar las disposiciones de un acuerdo internacional en el que este sea parte, por ejemplo, el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC.
5. En relación con los párrafos 5 y 6 del artículo, se debe orientar a la entidad adjudicadora con respecto a las opciones de que dispone con arreglo al artículo si el concursante ganador no puede volver a demostrar su idoneidad: cancelar el procedimiento de contratación o adjudicar el contrato al concursante que ocupe el segundo lugar. Se debería exigir a la entidad adjudicadora que determinara las consecuencias de la cancelación del procedimiento, en particular los costos que entrañaría la aplicación de otro método de contratación. No debería alentarse siempre a la entidad adjudicadora a optar por el concursante que ocupara el segundo lugar. Puede ser necesario cancelar el procedimiento, por ejemplo, cuando se sospeche que ha habido colusión entre el proveedor o contratista que presentó la

---

<sup>26</sup> Párrs. 6 y 7 del comentario de la Guía sobre el artículo 42.

oferta ganadora y el que ocupa el segundo lugar, ya que eso puede desembocar en la aceptación de una oferta con un precio anormalmente elevado. Se debe exigir a la entidad adjudicadora que haga constar en el expediente los detalles de los procedimientos previstos en los párrafos 5 y 6 del artículo si efectivamente se han aplicado, así como las decisiones que haya adoptado al respecto y las razones para hacerlo.

## **VI. Temas que deberán tratarse en el reglamento de la contratación pública en el contexto de los métodos de contratación mencionados en el Capítulo IV de la Ley Modelo (Procedimientos de licitación restringida, solicitud de cotizaciones y solicitud de propuestas sin negociación)**

### **La licitación restringida y la convocatoria directa para la solicitud de propuestas**

1. En el contexto de la aplicación del procedimiento de licitación restringida o de la solicitud de propuestas para la adquisición de productos que solo pueden obtenerse de un número limitado de proveedores o contratistas, el reglamento de la contratación pública debe regular la cuestión de la definición del mercado y la salvaguardia de que la entidad adjudicadora invite a participar a todos los posibles proveedores o contratistas que puedan entregar los productos adquiridos. En este contexto, se debería regular el requisito del preaviso de la contratación y sus consecuencias para esta, en particular que, si al anuncio de la contratación responden proveedores que no se conocían anteriormente, se les debe permitir presentar una oferta o una propuesta, a no ser que estén descalificados o que por alguna otra razón no cumplan las condiciones que figuren en el anuncio. El reglamento debe exigir una licitación abierta, con una convocatoria o precalificación pública e irrestricta, cuando no se conozca o no se entienda bien la amplitud del mercado, en particular en lo que respecta al grupo de proveedores o contratistas extranjeros y al grado de interés de estos en el proceso de contratación del Estado promulgante.

2. Se deben disponer medidas para mitigar el riesgo de recargar la labor administrativa y retrasar el proceso si surgiera otro proveedor o contratista, a la luz de los artículos 14 y 15, que disponen que se dé tiempo suficiente a los concursantes para presentar sus ofertas. El reglamento puede exigir que en el preaviso se pida a los proveedores o contratistas interesados que se identifiquen ante la entidad adjudicadora antes de la fecha en que se publique el pliego de condiciones y se entregue a los proveedores o contratistas conocidos.

3. En lo que respecta al empleo de la convocatoria directa para evitar los gastos desproporcionados que entrañaría el examen de un gran número de ofertas o propuestas en relación con el valor del objeto del contrato adjudicable, el reglamento debe establecer un número mínimo razonable de proveedores o contratistas, por ejemplo, cinco, para garantizar una competitividad efectiva, y una manera objetiva de seleccionar a los proveedores o contratistas que se invite a participar, por ejemplo, por orden de presentación de las ofertas, por sorteo, por rotación o al azar en un mercado de productos básicos.

## **La solicitud de cotizaciones**

1. En el reglamento de la contratación pública deben precisarse las condiciones y normas relativas a la aplicación de este método de contratación teniendo en cuenta que es fundamental garantizar la suficiente transparencia, dado que en ese caso la contratación no tiene que ir precedida de un anuncio y puede no llegar al umbral fijado para que se anuncie públicamente el contrato adjudicado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23. El reglamento debe precisar la clase de productos que podrán adquirirse mediante ese método de contratación. Se podría exigir que se emplearan cláusulas comerciales reconocidas, en particular las Incoterms u otras descripciones comerciales uniformes utilizadas comúnmente -como las que se usan en los mercados de tecnología de la información y las comunicaciones- a fin de que los productos corrientes para los que está pensado ese método pudieran definirse utilizando como referencia las normas del sector industrial correspondiente.
2. El reglamento debería exigir a la entidad adjudicadora que siempre considerara la posibilidad de utilizar otras opciones en lugar de la solicitud de cotizaciones, especialmente en los casos en que las adquisiciones se efectuaran normalmente por vía electrónica. Los métodos electrónicos para solicitar cotizaciones en general resultan particularmente económicos si el objeto del contrato adjudicable es de escaso valor, y también garantizan una selección más transparente.
3. Cuando no se disponga de otras opciones, el reglamento debe prever la manera de conseguir participantes, a efectos de garantizar que la selección de los participantes en esos casos no se lleve a cabo de una forma que limite el acceso al mercado o que dé lugar a abusos del procedimiento. Como ejemplos de abuso cabría citar la selección de dos proveedores o contratistas a sabiendas de que sus precios son muy elevados, o que se encuentren en lugares remotos, de modo de orientar la contratación hacia un tercer proveedor o contratista preferido, o de proveedores o contratistas integrantes de un grupo de sociedades o que estén sometidos a alguna otra forma de control financiero y administrativo común. Puede exigirse la comparación con ofertas anteriores y la rotación de los proveedores o contratistas, si ocasionalmente se contratan los mismos bienes o servicios. Para aumentar la transparencia en la selección de los proveedores o contratistas a los que se pedirán cotizaciones, puede considerarse, en particular, la posibilidad de emplear catálogos electrónicos para averiguar las cotizaciones, ya que de ese modo se pueden comparar las cotizaciones de los proveedores o contratistas escogidos con los precios de productos pertinentes que se ofrecen en los catálogos. Si bien no está previsto en la Ley Modelo, también se puede exigir que se publique un preaviso de la contratación, como en otros casos de convocatoria directa. Se pueden disponer procedimientos especiales de supervisión para determinar cuáles son los proveedores o contratistas que han obtenido adjudicaciones mediante ese método con el fin de que puedan evaluarse las adjudicaciones reiteradas.

## **La solicitud de propuestas sin negociación**

1. Además de las cuestiones destacadas anteriormente en relación con la licitación restringida y la convocatoria directa para la solicitud de propuestas, en el

reglamento de la contratación pública debería explicarse el propósito de este método de contratación y deberían mencionarse ejemplos para ilustrar las situaciones en que podría aplicarse de manera provechosa. También debería distinguirse claramente el alcance de las “características técnicas, de calidad y de rendimiento” de las propuestas de sus “aspectos financieros”. En el comentario que figura en la Guía acerca de la solicitud de propuestas sin negociación se ofrecen ejemplos prácticos de los elementos de las propuestas que podrían estar comprendidos en una u otra categoría<sup>27</sup>.

2. El reglamento debe precisar la información mínima no enumerada en la ley que debe incluir la entidad adjudicadora en el pliego de condiciones. Si esa información está especificada en otras normas jurídicas del Estado promulgante, el reglamento debe remitirse a ellas.

3. En la sección II.D del presente documento se examinan las consideraciones relativas al precio del pliego de condiciones, que son pertinentes en el contexto de los apartados h) e i) del artículo 47.2. Por consiguiente, el reglamento debería abordarlas también en el contexto de este método de contratación.

4. Si lo permite el régimen de la contratación pública del Estado promulgante, se puede prever una variación de este método de contratación que puede ser apropiada para la adjudicación de un contrato cuyo objeto sea más sencillo: la entidad adjudicadora podrá determinar la propuesta ganadora en función del precio de las propuestas que reúnan, por lo menos, los requisitos técnicos, de calidad y de rendimiento mínimos, siempre y cuando en la exposición de los criterios de evaluación que se haya hecho en la convocatoria y la solicitud de propuestas así se haya previsto. Ese enfoque puede ser apropiado en situaciones en que la entidad adjudicadora no necesite evaluar los aspectos técnicos, de calidad y de rendimiento de las propuestas ni puntuarlas, sino en que establezca un límite de referencia tan alto para medir esos aspectos que todos los proveedores o contratistas que obtengan una puntuación equivalente o superior al nivel establecido con toda probabilidad podrán ejecutar el contrato adjudicable con un grado de competencia más o menos equivalente. Además, en esos casos no debería ser necesario evaluar los aspectos financieros de las propuestas que no fueran el precio.

## **VII. Temas que deberán tratarse en el reglamento de la contratación pública en el contexto de los métodos de contratación mencionados en el Capítulo V de la Ley Modelo (Métodos de contratación por licitación en dos etapas, solicitud de propuestas con diálogo, solicitud de propuestas con negociación consecutiva, negociación competitiva y contratación con un único proveedor o contratista)**

### **Generalidades**

---

<sup>27</sup> Párr. 2 del comentario de la Guía sobre la descripción general y las principales cuestiones de política de la solicitud de propuestas sin negociación.



1. El reglamento puede ayudar a evaluar con más objetividad las circunstancias en las cuales es necesario emplear uno de los métodos de contratación previstos en el Capítulo V. Como la evaluación se realizará en la etapa de planificación de la contratación, el reglamento debería establecer salvaguardias adecuadas en esa etapa, entre ellas el requisito de que quede plenamente documentada y se deje constancia de todas las actuaciones correspondientes.
2. Se debería prever la asistencia de expertos externos a la entidad adjudicadora -asistencia que podrá prestarse de manera centralizada o provenir de otras fuentes- a fin de que pudiera desarrollar su capacidad para entablar conversaciones, diálogos o negociaciones fructíferas con el sector privado y explicar sus necesidades de manera que todos los participantes las entendieran completamente y por igual, así como evaluar las ofertas y propuestas resultantes de manera que se atendiera plenamente a sus necesidades.
3. También deberían preverse instrumentos de gestión, estructuras y salvaguardias procesales para el empleo de métodos de contratación que entrañasen interacción con el mercado, en particular los encaminados a evitar la posibilidad de que se cometieran abusos y actos de corrupción. Concretamente, cuando se trate de una contratación en la que se planteen cuestiones delicadas, o de un contrato muy competitivo, el reglamento debería prever medidas de supervisión, entre ellas auditorías posteriores al procedimiento y la presencia de observadores ajenos a la estructura de la entidad adjudicadora durante los procesos para evaluar la aplicación de los métodos en la práctica. Esas medidas deberían tener por objeto prevenir la posibilidad de que se favoreciera a determinados proveedores o contratistas, por ejemplo, proporcionando información diferente a cada uno de ellos durante las conversaciones, el diálogo o las negociaciones, y mitigar el riesgo de revelar, inadvertidamente o no, información comercial de carácter delicado sobre los proveedores o contratistas concursantes.

### **La licitación en dos etapas**

1. El reglamento de la contratación pública debería ayudar a la entidad adjudicadora a determinar las circunstancias en las cuales es necesario emplear este método de contratación. Puede ofrecer ejemplos de casos en los que ha dado buenos resultados, entre ellos, contratos relativos a productos de alta tecnología como grandes aeronaves de pasajeros o sistemas de comunicaciones, equipo técnico e infraestructura, por ejemplo, grandes instalaciones complejas o construcciones de carácter especializado. En un sentido más general, pueden darse instrucciones a la entidad adjudicadora para que considere la posibilidad de aplicar ese método en la etapa de planificación de la contratación cuando sea evidente que será muy poco probable que se pueda obtener una buena relación costo-calidad, si esta formula una descripción completa del contrato adjudicable, enunciando todas las especificaciones técnicas, todas las características de calidad y rendimiento del objeto del contrato, todos los requisitos de idoneidad pertinentes de los proveedores o contratistas y todas las condiciones contractuales, sin examinar lo que el mercado puede ofrecer.
2. Se debería impartir orientación a la entidad adjudicadora acerca de todas las excepciones que cabría hacer para aplicar a la licitación en dos etapas las

disposiciones generales relativas a la licitación abierta que figuran en el Capítulo III de la Ley Modelo. Esas excepciones se ejemplifican en los párrafos 1 a 3 del comentario que figura en la Guía sobre los procesos de licitación en dos etapas.

3. El reglamento de la contratación pública puede desarrollar las disposiciones de la Ley Modelo en lo que respecta a la presentación, el examen y el rechazo de las ofertas iniciales. En particular, se pueden enumerar razones para rechazar las ofertas iniciales, recurriendo a la lista que figura en el artículo 43.2 de la Ley Modelo, según proceda (y observar que las razones relacionadas con los precios de las ofertas no serían aplicables, ya que en las ofertas iniciales no se incluye el precio).

4. Debería explicarse el propósito y el carácter de las conversaciones sostenidas en ese método de contratación, en particular, que esas conversaciones no entrañan negociaciones vinculantes ni negociación del precio de ninguna índole y pueden relacionarse con cualquiera de los aspectos de las ofertas iniciales que no fueron rechazadas, excepto con el precio. Cabe hacer hincapié en que entablar esas conversaciones es una opción, no una obligación: la entidad adjudicadora tal vez pueda perfeccionar y ultimar las condiciones contractuales sin necesidad de entablar conversaciones, únicamente sobre la base de las ofertas iniciales recibidas.

5. Debería explicarse la noción de ofrecer por igual a todos los proveedores o contratistas oportunidad de sostener conversaciones. En ese contexto, la frase “ofrecerá por igual la oportunidad” significa que los proveedores o contratistas serán tratados en pie de igualdad, sin perjuicio del requisito de no revelar información confidencial y de la necesidad de evitar la colusión. El reglamento debe establecer medidas para vigilar que la entidad adjudicadora cumpla ese requisito imperativo, por ejemplo, exigir que se deje constancia de los pormenores de las conversaciones sostenidas con cada uno de los proveedores o contratistas en el expediente del proceso de adjudicación.

6. Debe alertarse de que el riesgo de revelar, inadvertidamente o no, información comercial de carácter delicado acerca de los proveedores o contratistas concursantes puede existir no solo en la etapa de las conversaciones, sino también en la de la revisión del conjunto de condiciones contractuales. Según lo dispuesto en el artículo 24, la entidad adjudicadora debe respetar la confidencialidad de las propuestas técnicas de los proveedores o contratistas a lo largo de todo el proceso. El reglamento debe impartir orientación práctica al respecto, por ejemplo, en el sentido de prohibir a la entidad adjudicadora que revele la fuente de información utilizada para formular la revisión de las características técnicas, de calidad y de rendimiento del objeto del contrato y exigirle que en la revisión de las condiciones contractuales evite emplear símbolos y terminología peculiares de un solo proveedor o contratista.

### **La solicitud de propuestas con diálogo**

1. El reglamento de la contratación pública debería ayudar a la entidad adjudicadora a determinar las circunstancias en las cuales es necesario emplear este método de contratación. Puede ofrecer ejemplos de casos en los que haya dado buenos resultados, por ejemplo, en los procesos de contratación encaminados a obtener diferentes soluciones técnicas, a menudo innovadoras. También puede ser apropiado para la contratación de obras de arquitectura, de construcción y de

infraestructura en las que se procure economizar energía y alcanzar otros objetivos de contratación sostenible. En esos casos podría haber numerosas soluciones para atender a las necesidades de la entidad adjudicadora: el material puede variar y también puede utilizarse una fuente de energía en lugar de otra (por ejemplo, eólica o solar, en lugar de combustibles fósiles). La complejidad puede no ser de índole técnica; así, por ejemplo, en proyectos de infraestructura las principales variables podrían radicar en los diversos lugares y tipos de obras. En proyectos menos complejos puede necesitarse una solución a la medida de las necesidades, por ejemplo, cuando se trate de un sistema de comunicaciones para el archivo de expedientes que deba reunir determinadas características, por ejemplo, accesibilidad a largo plazo, y en que la excelencia técnica sea un factor primordial. En todos esos casos, la idoneidad de las soluciones y la competencia y pericia del proveedor o contratista únicamente pueden determinarse por medio del diálogo; este es esencial para determinar y obtener la solución que mejor atienda a las necesidades de la contratación. Así pues, el costo de oportunidad que entraña el hecho de no entablar un diálogo con los proveedores o contratistas es elevado, en tanto que las ventajas económicas que reporta emprender ese proceso son evidentes.

2. Debe aclararse en qué casos no ha de aplicarse ese método. Como el diálogo suele ser un proceso complejo y prolongado, no debería emplearse cuando se tratara de productos sencillos y fáciles de obtener mediante métodos de contratación que no exigiesen interacción alguna con los concursantes. Por ejemplo, no procedería recurrir a él en los casos en que hubiera que entablar negociaciones por razones de urgencia, o en que existiera una base competitiva insuficiente (en esos casos la Ley Modelo prevé la posibilidad de recurrir a la negociación competitiva o a la contratación con un solo proveedor). No sirve para el tipo de negociaciones encaminadas únicamente a obtener rebajas de precios, como en la solicitud de propuestas con negociación consecutiva. Tampoco debe aplicarse en situaciones en que la entidad adjudicadora desee definir mejor sus necesidades y tenga previsto formular un único conjunto de condiciones contractuales (incluidas las especificaciones técnicas) al que deberá atenerse toda oferta que desee presentarse, casos estos en los que debería emplearse el método de licitación en dos etapas.

3. Habida cuenta de las numerosas similitudes que existen en las condiciones de empleo y las características del método de licitación en dos etapas y el de solicitud de propuestas con diálogo, debe aclararse bien el propósito de aplicar el segundo en lugar del primero. Una de las principales características singulares de la solicitud de propuestas con diálogo es que no existe un único conjunto completo de condiciones del contrato adjudicable, aparte de los requisitos mínimos, para evaluar las ofertas definitivas. La entidad adjudicadora recurrirá a ese método si llega a la conclusión de que no es posible o no sería adecuado formular un único conjunto completo de condiciones del contrato adjudicable y, por consiguiente, de que la contratación no tendrá éxito si no se procede a dialogar con los proveedores o contratistas.

4. Si bien el procedimiento no obliga a la entidad adjudicadora a formular una descripción técnica completa del objeto del contrato adjudicable, el método no debe utilizarse como medida sustitutiva de la debida preparación de la contratación. En consecuencia, en el reglamento deben enumerarse las cuestiones que se han de examinar en la etapa de planificación de la contratación para poder aplicar el método con éxito, por ejemplo, determinar los requisitos técnicos mínimos y demás

necesidades del proyecto y los parámetros que no puedan modificarse durante el diálogo.

5. Debería explicarse el propósito y el carácter de ese diálogo, en particular, que puede abarcar cualquiera de los aspectos de las propuestas, incluso el precio. Si bien el diálogo se suele centrar principalmente en los aspectos técnicos, de calidad y de rendimiento, o en cuestiones jurídicas o cuestiones auxiliares de la contratación, puede suceder que el objeto del contrato adjudicable y las condiciones del mercado hagan posible, e incluso conveniente, que la entidad adjudicadora utilice el precio como aspecto del diálogo. Además, en algunos casos no es posible disociar el criterio del precio de los demás criterios.

6. También cabe explicar que el diálogo no entraña negociaciones vinculantes ni negociación alguna del precio. Deberían enumerarse los requisitos necesarios para sostener un diálogo concomitante, entre otras cosas, que todos los proveedores o contratistas seleccionados por la entidad adjudicadora de conformidad con las condiciones de la convocatoria tengan derecho a participar por igual, sin que se prevean conversaciones consecutivas, y que el diálogo se lleve a cabo en diferentes momentos con los distintos proveedores o contratistas y esté a cargo de los mismos funcionarios que gestionen la contratación pública o los mismos comités de negociación compuestos por los mismos funcionarios competentes.

7. Si se promulgan las disposiciones por las que se exige un mecanismo de aprobación previa de la aplicación de ese método de contratación<sup>28</sup>, se deben regular las prerrogativas que tendrá en el proceso de contratación la autoridad prevista en el ordenamiento jurídico del Estado promulgante que se encargará de aprobarlo, indicando, en particular, si esas prerrogativas quedarán sin efecto una vez que autorice a la entidad adjudicadora a recurrir al método, o si seguirá ejerciendo alguna clase de supervisión del modo en que se lleva a cabo el procedimiento. Al respecto, debe prestarse atención especial a la necesidad de evitar los conflictos de intereses en esa etapa y en etapas posteriores del proceso de contratación, si, por ejemplo, la misma entidad aprueba el empleo del método y posteriormente la entrada en vigor del contrato, o si entiende de las demandas que se entablen más adelante.

8. Las consideraciones planteadas en relación con los métodos de convocatoria a licitación en la sección IV del presente documento y con determinados aspectos de la convocatoria directa en la sección VI, en el contexto de la licitación restringida y la solicitud de propuestas, son pertinentes para el procedimiento de solicitud de propuestas con diálogo. En consecuencia, esos aspectos también deberían abordarse en el contexto de ese método de contratación pública.

9. Se debería recomendar que se llamara a dialogar a tres proveedores o contratistas como mínimo y, si se establece un número máximo de proveedores o contratistas a los que se invitará a presentar propuestas, ese número debería ser mayor que el de los admitidos a la etapa de diálogo, a fin de que hubiese un grupo más grande para que la entidad adjudicadora pudiera elegir los candidatos más idóneos para participar en esta.

---

<sup>28</sup> Al respecto, véase el párr. 5 del comentario de la Guía sobre las condiciones para emplear la solicitud de propuestas con diálogo (artículo 30.2).

10. Al mismo tiempo, deberían abordarse las situaciones en que únicamente se presentaran una o dos propuestas conformes. No se debería impedir que la entidad adjudicadora prosiguiera la contratación en esos casos, ya que esta no dispone de medios para garantizar que la base competitiva se conserve hasta el final de la etapa de diálogo, dado que nada impide que en cualquier momento un concursante se retire del proceso.

11. El reglamento de la contratación pública debería enumerar todos los motivos por los cuales, con arreglo al derecho interno del Estado promulgante, la entidad adjudicadora podría excluir del diálogo a determinados participantes, habida cuenta de que la Ley Modelo no le confiere un derecho incondicional a dar por terminado el diálogo competitivo con ningún concursante por la única razón, por ejemplo, de que, en su opinión, no tenga posibilidades reales de que se le adjudique el contrato. Por otra parte, los concursantes deben ser excluidos sobre la base del artículo 21 (por haber ofrecido algún incentivo o por gozar de alguna ventaja competitiva desleal o adolecer de algún conflicto de intereses), o si dejan de ser idóneos (por ejemplo, en caso de quiebra), o si durante la etapa de diálogo sus ofertas dejan de cumplir requisitos esenciales de la contratación (es decir, por ejemplo, con respecto al objeto del contrato adjudicable, los requisitos mínimos de idoneidad o los aspectos que no son materia de diálogo, establecidos al comienzo del proceso de contratación).

12. En todos esos casos el reglamento puede exigir que la entidad adjudicadora notifique con prontitud a los concursantes su decisión de dar por terminado el diálogo y exponga los motivos de su decisión. Podría ser conveniente que les informara desde el principio del proceso de contratación de los motivos por los que pudiera verse obligada por la ley a excluirlos de este.

13. Debe promoverse una debida planificación de la contratación para que el proceso sea más predecible, en particular pidiendo a la entidad adjudicadora que indique en la solicitud de propuestas el calendario estimado que se ha previsto para la contratación a fin de dar a las dos partes una mejor idea del momento en que tendrán lugar las diversas etapas, así como de los recursos pertinentes (entre otras cosas, personal, expertos, documentación y diseños) que deben proporcionarse en cada una de las etapas. También puede pedirse a la entidad adjudicadora que precise el plazo máximo durante el cual los concursantes habrán de dedicar tiempo y recursos al proceso.

14. Deberían establecerse límites con respecto a la posibilidad de modificar las condiciones iniciales del contrato adjudicable durante el diálogo, teniendo en cuenta que la flexibilidad para introducir cambios es inherente a ese método de contratación y que imponer restricciones excesivas a la entidad adjudicadora obrará en detrimento del propósito del procedimiento. La necesidad de hacer modificaciones puede verse justificada no solo de resultados del diálogo, sino también de circunstancias ajenas a este (como, por ejemplo, ciertas medidas administrativas).

15. Se deben proporcionar ejemplos prácticos acerca de las modificaciones que serían aceptables o no a la luz de los requisitos establecidos en el artículo 49.9. En general, estaría permitida toda modificación, a menos que se intentara introducir modificaciones en las condiciones esenciales de la contratación de tal envergadura que dieran lugar a tener que anunciar un nuevo concurso (el objeto del contrato adjudicable, los criterios de calificación y evaluación, los requisitos mínimos o

cualquier elemento que la entidad adjudicadora hubiese excluido expresamente del diálogo al comienzo del proceso de adjudicación).

16. Se deben enumerar medidas prácticas encaminadas a dar un trato justo, igualitario y equitativo a todos los participantes durante el diálogo. Además de los aspectos mencionados en la Ley Modelo (por ejemplo, que el diálogo se desarrolle de forma concomitante y esté a cargo de los mismos representantes de la entidad adjudicadora, así como los relativos a la circulación de los documentos pertinentes y la información que se proporcione a los concursantes), el reglamento debería prever otras medidas posibles, por ejemplo, con objeto de asegurarse de que se examinara la misma cuestión con los participantes de forma concomitante y durante el mismo tiempo, así como las normas para establecer la secuencia de las reuniones celebradas con los diferentes participantes.

17. Debe explicarse que la prohibición de negociar después de que se presenten las mejores ofertas definitivas excluye la posibilidad de pedir aclaraciones con arreglo al artículo 16, sin perjuicio de las limitaciones impuestas por ese artículo, como la prohibición de cambiar el precio u otra información importante durante el proceso de solicitud de aclaraciones.

18. El reglamento debe exigir a la entidad adjudicadora que deje constancia por escrito de los detalles del diálogo sostenido con cada uno de los participantes y que conserve esa información.

### **La solicitud de propuestas con negociación consecutiva**

1. El reglamento de la contratación pública debería ayudar a la entidad adjudicadora a determinar las circunstancias en las cuales es necesario emplear este método de contratación. Puede ofrecer ejemplos de casos en los que haya dado buenos resultados, por ejemplo, en los que el objeto del contrato adjudicable era más complejo y era posible y necesario examinar las características técnicas, de calidad y de rendimiento de las propuestas y sus aspectos financieros por separado, así como también era indispensable celebrar negociaciones sobre sus aspectos comerciales o financieros; puede haber tantas variables en esos aspectos de las propuestas que es imposible preverlos y precisarlos todos al principio del procedimiento, sino que hay que irlos perfeccionando y concertando durante las negociaciones. Cuando se han de negociar otros aspectos de las propuestas no puede recurrirse a ese método de contratación. En la práctica se ha utilizado para contratar servicios de consultores (por ejemplo, de asesoramiento).

2. Las consideraciones planteadas en relación con los métodos de convocatoria a licitación en la sección IV del presente documento y con determinados aspectos de la convocatoria directa en la sección VI, en el contexto de la licitación restringida y la solicitud de propuestas, son pertinentes para el procedimiento de solicitud de propuestas con negociación consecutiva. En consecuencia, esos aspectos también deberían abordarse en el contexto de este método de contratación pública.

3. Todas las etapas que preceden a la de negociación son las mismas que en la solicitud de propuestas sin negociación. En consecuencia, las cuestiones planteadas en ese contexto en la sección VI también deberían examinarse en relación con este método de contratación.

4. Deberían explicarse el propósito y el carácter de las negociaciones sostenidas, en particular, que pueden concernir únicamente a aspectos comerciales o financieros de las propuestas y que se celebran consecutivamente, no en forma concomitante, como, por ejemplo, en el curso de la negociación competitiva. Como en el caso de la solicitud de propuestas sin negociación, en el reglamento debería definirse claramente el alcance de las características “técnicas, de calidad y de rendimiento” de las propuestas y distinguirlas de sus “aspectos financieros”. En los comentarios de la Guía sobre la solicitud de propuestas sin y con negociación figuran ejemplos de los elementos de las propuestas que pueden estar comprendidos en una u otra categoría<sup>29</sup>.

5. Debe hacerse hincapié en el requisito impuesto por la ley de que no puede adjudicarse un contrato a un proveedor o contratista con el que se hayan dado por terminadas las negociaciones. En el comentario pertinente de la Guía figuran las consideraciones que debería tener en cuenta la entidad adjudicadora al decidir dar por terminadas las negociaciones con el mejor concursante o con el que haya obtenido una mayor puntuación<sup>30</sup>.

6. Es posible que haya que disponer medidas prácticas para mejorar la disciplina tanto de los proveedores o contratistas como de las entidades adjudicadoras a fin de que negocien de buena fe. También pueden establecerse medidas encaminadas a acrecentar el margen de negociación del precio de que dispone la entidad adjudicadora. Una de esas medidas puede ser exigirle que establezca el período de negociación en el pliego de condiciones.

## **La negociación competitiva**

1. El reglamento de la contratación pública debe hacer hincapié en el carácter excepcional de este método de contratación, que podría preferirse en lugar de la contratación con un único proveedor o contratista, de ser posible, cuando se tratara de casos de urgencia, de sucesos catastróficos o de la protección de intereses esenciales de seguridad del Estado promulgante. No debe considerarse una variante de ningún otro método de contratación previsto en la Ley Modelo.

2. Se debe exigir a la entidad adjudicadora que, incluso en casos de urgencia, de sucesos catastróficos y de protección de intereses esenciales de seguridad del Estado promulgante, ante todo se plantee la posibilidad de recurrir a la licitación abierta o a cualquier otro método competitivo de contratación. Cuando llegue a la conclusión de que la aplicación de otros métodos competitivos no es viable, siempre deberá considerar la posibilidad de recurrir a la negociación competitiva, y no a la contratación con un único proveedor, a menos que llegue a la conclusión de que el caso es de suma 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 del artículo 30 de la Ley Modelo (como la falta de base competitiva o la existencia de derechos exclusivos).

---

<sup>29</sup> Párr. 2 del comentario de la Guía sobre la descripción general y las principales cuestiones de política de la solicitud de propuestas sin negociación y párr. 3 del comentario sobre los procedimientos de solicitud de propuestas con negociación consecutiva (artículo 50).

<sup>30</sup> Párrs. 4 a 7 del comentario sobre los procedimientos de solicitud de propuestas con negociación consecutiva (artículo 50).

3. Se deberían dar ejemplos de situaciones en que habría que emplear ese método de contratación, entre ellas la necesidad urgente de adquirir suministros médicos o de otra índole tras un desastre natural o la de reemplazar una pieza de un equipo común que haya dejado de funcionar. Debería explicarse que no se podrá recurrir a él si la urgencia obedece a una falta de planificación o a cualquier otro acto u omisión de la entidad adjudicadora. Debería precisarse que el alcance de la contratación que se realizara mediante este método ha de ser consecuencia directa de la propia urgencia. En otras palabras, si se necesita con urgencia una pieza de un equipo y se prevé que más adelante se van a necesitar más piezas de la misma clase, solo se podrá recurrir a la negociación competitiva para adquirir la que se necesite inmediatamente.
4. Se pueden imponer requisitos complementarios para el empleo de la negociación competitiva. Por ejemplo, puede exigirse que la entidad adjudicadora adopte las siguientes medidas: establecer normas y procedimientos básicos que rijan la negociación a fin de que se proceda con la debida eficiencia; preparar diversos documentos que sirvan de base a la negociación, en concreto, documentos en que se dé a conocer la descripción del objeto del contrato adjudicable y las cláusulas y condiciones contractuales correspondientes, y pedir a los proveedores o contratistas con los que negocie que desglosen sus precios para facilitar la comparación de las ofertas.
5. Una característica inherente a este método de contratación es la convocatoria directa dirigida a un número limitado de proveedores o contratistas elegidos por la entidad adjudicadora. Eso plantea cuestiones idénticas a las examinadas en la sección VI del presente documento en el contexto de la licitación restringida y la solicitud de propuestas, entre ellas las consecuencias de publicar un preaviso de la contratación, a saber, la aparición de proveedores o contratistas desconocidos que soliciten participar en la negociación competitiva y los mecanismos necesarios para garantizar que no se haga discriminación al elegir a los concursantes. El reglamento debe abordar esas cuestiones también en el contexto de este método de contratación.
6. Deben examinarse las excepciones al requisito de publicar un preaviso de la contratación en el caso de la convocatoria directa, ya que son pertinentes en lo que respecta a las condiciones para recurrir a la negociación competitiva. La entidad adjudicadora no está obligada a publicar ese preaviso, pero podrá optar por hacerlo cuando recurra a la negociación competitiva en casos de urgencia. Procede publicar el preaviso cuando se emplee en contrataciones que entrañen la protección de intereses esenciales de seguridad del Estado, sin perjuicio de las excepciones que puedan aplicarse por razones de confidencialidad en virtud de una norma aplicable del Estado promulgante. Por ejemplo, en esa clase de contratación puede haber información reservada y la entidad adjudicadora puede estar autorizada u obligada (ya sea en virtud del régimen de la contratación pública o de otra norma aplicable del Estado promulgante) a abstenerse de anunciar públicamente la contratación. El reglamento debe establecer esa autorización o exigencia o remitirse a otra norma aplicable del Estado promulgante en que se establezca.
7. Se puede recomendar que se entablen negociaciones con tres proveedores o contratistas, como mínimo, para garantizar un proceso verdaderamente competitivo.
8. Debería explicarse el propósito y el carácter de las negociaciones sostenidas en el marco de este método de contratación, en particular, que pueden concernir a



cualquiera de los aspectos de las propuestas y entrañar la negociación del precio, y que se celebran en forma concomitante, no consecutiva, como en el contexto de la solicitud de propuestas con negociación consecutiva.

9. Cabría remitirse a todas las salvaguardias establecidas en la Ley Modelo con objeto de garantizar transparencia y el trato justo, igualitario y equitativo de todos los participantes en el proceso de adjudicación. Además de las garantías mencionadas en la propia Ley Modelo concretamente en el contexto de este método de contratación (por ejemplo, los requisitos relacionados con la circulación de los documentos pertinentes y la información que se proporcione a los proveedores o contratistas participantes), está el requisito de que se lleve un expediente exhaustivo del proceso de contratación, con detalles sobre las negociaciones sostenidas con cada proveedor o contratista que haya participado y que se dé acceso a los concursantes a ese expediente, de conformidad con el artículo 25. Deberían disponerse otras salvaguardias, entre ellas la igualdad de oportunidades para negociar de todos los invitados a la negociación competitiva. También podrían disponerse medidas prácticas como la de garantizar que se examinara la misma cuestión con los participantes de forma concomitante durante el mismo tiempo y que en el pliego de condiciones se dieran a conocer las normas para establecer la secuencia de las reuniones que se celebrarían con los diferentes participantes, la duración máxima de la etapa de negociación y el marco cronológico de la negociación con cada uno de los proveedores o contratistas. Además, se podrían exigir medidas de supervisión como la presencia de personas ajenas a la estructura de la entidad adjudicadora durante la negociación que se encargaran de vigilar el proceso. Asimismo, se podría exigir que se estableciera un comité negociador y normas para su integración y su funcionamiento.

10. El reglamento debe prever medidas encaminadas a garantizar que todos los proveedores o contratistas participantes sean tratados en pie de igualdad por la entidad adjudicadora. Esas medidas abarcan el requisito de que la entidad adjudicadora expida la solicitud de mejores ofertas definitivas por escrito y la comunique simultáneamente a todos los participantes, de manera que todos puedan recibir la información acerca de la terminación de las negociaciones y del tiempo disponible para preparar sus mejores ofertas definitivas.

11. Como ocurre con otros métodos de contratación que abarcan la etapa de presentación de las mejores ofertas definitivas, deben examinarse las diferencias entre la prohibición de entablar negociaciones después de la presentación de esas ofertas y la posibilidad de solicitar aclaraciones y explicaciones respecto de las condiciones de estas con arreglo al artículo 16 de la Ley Modelo.

### **La contratación con único proveedor o contratista**

1. El reglamento de la contratación pública debe prever medidas para impedir que la entidad adjudicadora recurra a la contratación con un solo proveedor cuando se disponga de otros métodos de contratación.

2. Deben preverse las diferentes situaciones que dan lugar a que se aplique ese método, entre ellas, las siguientes: a) cuando no exista, objetivamente, otra alternativa, como en el caso de que haya un único proveedor o contratista capaz de suministrar el objeto del contrato adjudicable, ya sea porque goza de derechos exclusivos respecto de este o por otros motivos que confirmen esa exclusividad,

y b) cuando la ley del Estado promulgante autorice o exija el empleo de ese método de contratación por otros motivos, por ejemplo, para aplicar su política socioeconómica o proteger los intereses esenciales de seguridad del Estado. De no existir esas razones objetivas por las que el empleo del método está autorizado, la razón para recurrir a él puede ser la falta de planificación apropiada o de capacidad de parte de la entidad adjudicadora para considerar y aplicar otros métodos o instrumentos.

3. Cuando se emplee la contratación con un único proveedor porque no hay otra opción, el reglamento debe establecer o analizar las medidas necesarias para comprobar que la razón invocada por la entidad adjudicadora para emplear el método sea realmente justificable de manera objetiva. Entre ellas cabe mencionar el requisito de dar un preaviso público oportuno de la contratación con un único proveedor como salvaguardia esencial; de esa manera se pone a prueba la presunción de la entidad adjudicadora de que existe un proveedor o contratista exclusivo y se refuerza así la transparencia y la rendición de cuentas en ese aspecto de la práctica de la contratación pública. El reglamento puede establecer un período mínimo para la publicación del preaviso antes de que pueda comenzar el proceso de contratación y exigir que se difunda lo más posible. Se debe disponer que, si surgen otros proveedores o contratistas, se lleve a cabo otro proceso de contratación mediante otro método, habida cuenta de que en ese caso ya no puede justificarse la contratación con un único proveedor o contratista. Cabe aplicar medidas para comprobar la manera en que se ha formulado la descripción del objeto del contrato adjudicable (podría formularse en un sentido tan estricto como para limitar artificialmente el mercado de que se trate a un solo proveedor o contratista; eso puede fomentar, con intención o sin ella, los monopolios y la corrupción). Por esa razón, podría promoverse el uso de descripciones funcionales (con especificaciones de la ejecución y del producto).

4. Si la ley del Estado promulgante autorizara o exigiera recurrir a la contratación con un único proveedor o contratista por otros motivos, en el reglamento se debería explicar la aplicación de la condición pertinente para emplearla y sus límites, entre ellos los siguientes:

a) En el contexto de la condición establecida en el apartado b) del artículo 30.5 de la Ley Modelo, la extrema urgencia, puede explicarse que la urgencia debe ser tan extrema como para que no sea viable entablar negociaciones con más de un proveedor o contratista y, por ende, tampoco lo sea recurrir a la negociación competitiva. Como sucede con esta última, la necesidad de vincular el alcance de la contratación al grado de suma urgencia limitará la cuantía de lo que pueda contratarse utilizando ese método: la cuantía de un contrato adjudicado en una situación de emergencia debería limitarse estrictamente a las necesidades que surgieran de resultas de esa situación. Por ejemplo, tras una catástrofe puede haber necesidades inmediatas de agua potable y suministros médicos; también podrían necesitarse instalaciones semipermanentes de cobijo debido a la misma catástrofe, pero eso tal vez no sea tan urgente y podría adquirirse por otros métodos;

b) En el contexto de la condición establecida en el apartado c) del artículo 30.5, la necesidad de normalización o de compatibilidad con los bienes, el equipo, la tecnología o los servicios ya existentes, el reglamento debe disponer que en esas situaciones haya que limitarse únicamente a adjudicar contratos de escasa importancia durante un breve período. También debería hacerse hincapié en que esa

razón debe ser verdaderamente excepcional, ya que de otro modo podrían invocarse necesidades que en realidad obedecieran a la deficiente planificación de la contratación por parte de la entidad adjudicadora;

c) En el contexto de la condición establecida en el apartado d) del artículo 30.5, la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado, debe explicarse que recurrir a la contratación con un solo proveedor, en lugar de aplicar otro método de contratación, sería apropiado únicamente si hubiese información reservada y la entidad adjudicadora llegara a la conclusión de que esa información no estaría suficientemente protegida si se empleara cualquier otro método de contratación, incluso otro método excepcional como la negociación competitiva. Como se indicó en la sección II.B del presente documento, la facultad otorgada a las entidades adjudicadoras para adoptar medidas especiales e imponer requisitos especiales a fin de proteger la información reservada es aplicable únicamente en la medida en que lo permitan el reglamento de la contratación pública u otras normas jurídicas pertinentes del Estado promulgante;

d) En el contexto de la condición establecida en el apartado e) del artículo 30.5, la promoción de alguna política socioeconómica del Estado promulgante, debe reglamentarse exhaustivamente el proceso de solicitar y recibir comentarios con objeto de validar la oportunidad de hacerlos. Debería establecerse el contenido mínimo del preaviso, en particular en lo que respecta a la cuestión de determinar si se dispone de un solo proveedor o contratista, de manera que se prevenga el abuso de esa clase de contratación en favor de un proveedor o contratista en particular. También deberían reglamentarse otros aspectos de esas disposiciones, en especial, quiénes deberían hacer comentarios (por ejemplo, las comunidades locales) y la finalidad o el efecto de los comentarios que se recibiesen, especialmente si fuesen desfavorables. Debería exigirse a la entidad adjudicadora que dejara transcurrir suficiente tiempo entre el aviso público de la contratación y el comienzo del proceso de contratación como para analizar los comentarios formulados por cualquier particular y dejar constancia de ellos, así como para ofrecer explicaciones a quienes las solicitaran. Si se promulgan las disposiciones por las que se exige un mecanismo de aprobación previa de la contratación con un único proveedor o contratista por ese motivo<sup>31</sup>, se deben regular las prerrogativas de la autoridad encargada de aprobarla, en particular si esas prerrogativas quedarán sin efecto una vez que autorice a la entidad adjudicadora a recurrir a ese método, o si seguirá ejerciendo alguna clase de supervisión del modo en que se lleve a cabo el procedimiento. Al respecto, debería prestarse atención especial a la necesidad de evitar los conflictos de intereses en esa etapa y en etapas posteriores del proceso de contratación, si, por ejemplo, la misma entidad aprobara el empleo del método y posteriormente la entrada en vigor del contrato, o si entendiera de las demandas que se pudieran entablar más adelante en el curso del proceso de contratación.

5. Si la razón para recurrir a la contratación con un único proveedor o contratista es la falta de planificación apropiada o de capacidad de la entidad adjudicadora para considerar y utilizar otros métodos o instrumentos, deben abordarse esas razones estableciendo medidas para la debida planificación del proceso y la creación de la capacidad necesaria para considerar y utilizar otras opciones. Por ejemplo, mediante

---

<sup>31</sup> Al respecto, véase el párr. 8 del comentario de la Guía sobre las condiciones de empleo de la contratación con un único proveedor o contratista (artículo 30.5).

un acuerdo marco cerrado sin segunda etapa competitiva se puede hacer frente eficazmente a esas situaciones de suma urgencia, siempre y cuando el acuerdo se haya concertado anteriormente previendo la posibilidad de que la necesidad se planteara de forma periódica o en un determinado margen cronológico. Se podrían concertar acuerdos marco abiertos para la adquisición de productos estándar sencillos y acuerdos marco cerrados para la de productos más complejos, si se previeran necesidades apremiantes o la adquisición de suministros complementarios del mismo proveedor por razones de normalización y compatibilidad. Podría recurrirse a la solicitud de cotizaciones y a las subastas electrónicas inversas, en lugar de a la contratación con un único proveedor o contratista, si surgiera la necesidad de adquirir productos comunes en situaciones de urgencia o emergencia o productos que entrañaran la necesidad de proteger intereses esenciales de seguridad del Estado promulgante. Cuando sea necesario entablar negociaciones, pero no se pueda recurrir a otro método más estructurado y transparente, deberá recurrirse a la negociación competitiva. Eso se debe a que ese método, por definición, es más competitivo que la contratación con un solo proveedor y a que en las disposiciones de la Ley Modelo que regulan el proceso de negociación competitiva se establecen más salvaguardias, razón por la cual este es más estructurado y transparente que el de la contratación con un solo proveedor.

6. La convocatoria directa es una característica inherente a ese método de contratación pública, ya que en él la convocatoria se dirige a un solo proveedor o contratista elegido por la entidad adjudicadora. Esto plantea cuestiones idénticas a las examinadas en la sección VI del presente documento en el contexto de la licitación restringida y la solicitud de propuestas, entre ellas las consecuencias de la publicación de un preaviso de la contratación, a saber, que surjan concursantes desconocidos que impugnen el empleo de la contratación con un único proveedor o contratista, examinada también anteriormente en el párrafo 3. El reglamento debe abordar esas cuestiones también en el contexto de ese método de contratación.

7. Deben examinarse las excepciones al requisito de publicar un preaviso de la contratación en el caso de la convocatoria directa, ya que son pertinentes en lo que respecta a algunas de las condiciones para recurrir a la contratación con un único proveedor o contratista. La entidad adjudicadora no está obligada a publicar ese preaviso, pero podrá optar por hacerlo cuando se recurra a la contratación con un solo proveedor en situaciones de extrema urgencia. Procederá publicar el preaviso cuando se recurra a ella para adjudicar contratos que entrañen la protección de intereses esenciales de seguridad del Estado, sin perjuicio de las excepciones que puedan aplicarse por razones de confidencialidad con arreglo a la ley del Estado promulgante. Por ejemplo, en esos casos también puede haber información reservada y la entidad adjudicadora puede estar autorizada u obligada (ya sea en virtud del régimen de la contratación pública o de otra norma aplicable del Estado promulgante) a abstenerse de anunciar públicamente la contratación. El reglamento de la contratación pública debe establecer esa autorización o exigencia o remitirse a otra norma aplicable del Estado promulgante en que se establezca.

8. Cabría remitirse a todas las salvaguardias establecidas en la Ley Modelo con objeto de garantizar transparencia en el proceso regido por ese método de contratación pública, entre ellas el requisito de publicar un preaviso de la contratación, el de publicar avisos de los contratos adjudicados y el de llevar un

expediente exhaustivo del proceso de contratación, en el que también se deje constancia de las razones que justifiquen la aplicación de ese método.

## **VIII. Temas que deberán tratarse en el reglamento de la contratación pública en el contexto de las subastas electrónicas inversas (artículo 31 y Capítulo VI de la Ley Modelo (Subasta electrónica inversa))**

### **Generalidades**

1. En el reglamento de la contratación pública deben explicarse las características principales de las subastas electrónicas inversas y destacarse sus principales diferencias con respecto a las subastas tradicionales (por ejemplo, que son subastas en línea con evaluación automática en las que puede respetarse el anonimato de los participantes y garantizarse la confidencialidad y trazabilidad del proceso y que siempre deben utilizarse como etapa final del procedimiento de contratación, antes de la adjudicación del contrato). Al respecto, debería recurrirse a la definición de la subasta electrónica inversa que figura en el artículo 2 de la Ley Modelo y a las observaciones generales de la Guía sobre el Capítulo VI. A fin de evitar confusiones e interpretaciones inconvenientes, se debería explicar, en particular, que la expresión “ofertas cada vez más bajas” utilizada en la definición de subasta electrónica inversa se refiere a rebajas del precio o mejoras sucesivas de las ofertas que se presenten en general a la entidad adjudicadora.

2. Las cuestiones relativas a la autenticidad e integridad de los datos, la seguridad y los aspectos conexos correspondientes al empleo de métodos de contratación electrónica que se mencionaron anteriormente, en el contexto de los artículos 7 y 40, y en la Guía son particularmente pertinentes en el contexto de las subastas electrónicas inversas, ya que estas, por definición y de conformidad con la Ley Modelo, se celebran en línea. Por consiguiente, en el reglamento se deben abordar cuestiones de carácter técnico como la necesidad de disponer de infraestructura apropiada, la de ofrecer acceso a sitios web pertinentes que dispongan de una amplitud de banda suficiente y las medidas de seguridad apropiadas para conjurar el mayor riesgo de que los concursantes se enteren sin autorización de información comercialmente delicada sobre sus competidores.

3. Deben regularse los aspectos técnicos de la subasta que se han de comunicar en el pliego de condiciones para hacer saber sus características informatizadas y para garantizar la transparencia y previsibilidad del proceso (como las especificaciones de la conexión, el equipo que se utilizará, el sitio web, el programa informático de que se trate, las características técnicas y, si procede, la capacidad necesaria). Debe exigirse a la entidad adjudicadora que prepare normas de procedimiento para cada subasta electrónica inversa. Se pueden formular o exigir que se formulen normas uniformes que puedan utilizar las entidades adjudicadoras para adaptarse a los requisitos de cada contratación. En ellas deben precisarse, como mínimo, los siguientes aspectos:

a) La clase de información que se revelará a los participantes durante la subasta y cómo y cuándo se les dará a conocer (por lo menos, y a fin de garantizar

un trato justo, igualitario y equitativo, debería comunicarse la misma información simultáneamente a todos ellos);

b) Los criterios y procedimientos previstos para toda eventual prórroga del plazo para presentar ofertas;

c) Las circunstancias que exigirían suspender o dar por terminada la subasta;

d) Las salvaguardias procesales para proteger los intereses de los participantes si se suspende o se da por terminada la subasta, entre ellas la notificación inmediata y simultánea a todos los participantes de la suspensión o terminación y, en caso de suspensión, la fecha de reapertura de la subasta y el nuevo plazo para su clausura. Cuando se dé por terminada una subasta electrónica inversa empleada como método autónomo de contratación, el reglamento debería determinar si la terminación necesariamente cancela la subasta, o si se puede adjudicar el contrato sobre la base de los resultados obtenidos hasta el momento de la terminación;

e) Los criterios permisibles que rigen la clausura de la subasta, entre ellos, los siguientes: i) cuando haya pasado la fecha y hora fijadas para la clausura de la subasta; ii) cuando la entidad adjudicadora, dentro de un plazo determinado, no haya recibido más precios ni valores nuevos y válidos que mejoren la oferta con la puntuación más alta, o iii) cuando se haya concluido el número de etapas de la subasta establecido en el anuncio correspondiente. También debería aclararse que cada uno de esos criterios puede entrañar la obligación de presentar otra información previamente; en las orientaciones se debería profundizar sobre la clase de información que cabría presentar. Por ejemplo, con respecto al punto ii), habría que indicar cuánto tiempo se dejará transcurrir tras recibir la última oferta para clausurar la subasta. Con respecto al punto iii), habría que informar por adelantado si la subasta constará de una o de varias etapas (en ese último caso, se debería indicar el número y la duración de estas, así como lo que se prevé que ocurrirá al final de cada una, por ejemplo, si se previera la exclusión de licitantes al final de cada etapa);

f) Los procedimientos que habrán de aplicarse en caso de avería, mal funcionamiento o fallo total del sistema utilizado en la subasta;

g) En lo que concierne a las condiciones en que los licitantes podrán presentar ofertas, toda mejora mínima del precio u otros valores al presentar una nueva oferta durante la subasta, o cualquier limitación al respecto. En este último caso, se deben explicar esas limitaciones (que pueden ser inherentes a las características técnicas de los bienes por adquirir).

4. Debe exigirse una planificación más detallada que en otros métodos de contratación, habida cuenta de la necesidad de establecer una fórmula matemática para elegir al ganador y de preparar normas detalladas de procedimiento.

5. Deberían establecerse o exigirse mecanismos para que la entidad adjudicadora observara la competitividad de los mercados en que se utilizan técnicas como la subasta electrónica inversa. El reglamento de la contratación pública debería exigir que la entidad adjudicadora dispusiera de información especializada fidedigna sobre operaciones similares anteriores, el mercado correspondiente y su estructura. Debería exhortarse a modificar los procedimientos en las contrataciones reiteradas en que participara el mismo pequeño grupo de licitantes en subastas electrónicas

inversas y si hubiera indicios de manipulación de los resultados de las subastas por parte de los licitantes.

### **Artículo 31. Condiciones de empleo de la subasta electrónica inversa**

1. El reglamento de la contratación pública debería ayudar a la entidad adjudicadora a determinar las circunstancias en las cuales sería conveniente y apropiado llevar a cabo una subasta electrónica inversa. Se debería orientar a la entidad adjudicadora en lo que respecta a investigar el mercado pertinente antes de iniciar un proceso de contratación a fin de determinar las ventajas y desventajas relativas de la subasta electrónica inversa en un caso en particular, y debería alentarse el uso de una terminología común para describir el objeto del contrato adjudicable, ya sea mediante códigos o remitiéndose a normas generales del mercado. Cabe destacar que la subasta electrónica inversa se presta más para la adquisición de bienes y servicios utilizados comúnmente que, por lo general, se venden en un mercado amplio y sumamente competitivo. En esos casos, la entidad adjudicadora puede hacer una descripción detallada o una descripción basada en normas industriales y las ofertas que se presenten tendrán las mismas características técnicas y de calidad. Puede tratarse de suministros de oficina, productos básicos, equipo informático estándar, material básico de construcción y servicios sencillos. No es necesario emprender un proceso de evaluación complicado; los gastos posteriores a la adquisición suelen ser limitados o incluso nulos, y no cabe prever ningún servicio ni beneficios añadidos una vez concluida la ejecución del contrato inicial. Las clases de contratos en que los factores cualitativos pesen más que las consideraciones de precio y cantidad, entre ellos, los de construcción o de servicios de consultores (por ejemplo, de servicios de asesoramiento) y todo otro contrato en que la calidad sea un factor determinante, no se prestan para la subasta electrónica inversa.

2. El reglamento de la contratación pública puede restringir el empleo de la subasta electrónica inversa -tal vez de manera provisional y en la medida en que lo permita el régimen de la contratación pública- a los mercados notoriamente competitivos (por ejemplo, aquellos en que haya una cantidad suficiente de licitantes como para garantizar la libre competencia y el respeto del anonimato de estos) o imponiendo restricciones cualitativas como la de que se limite a la adquisición de bienes únicamente, ya que en ese caso las estructuras de costos pueden ser más fáciles de discernir. Pueden ofrecerse listas ilustrativas de productos que se puedan adquirir mediante subastas electrónicas inversas; otra posibilidad sería enumerar las características genéricas que debería reunir un producto determinado para que se pudiera adquirir o no mediante esa técnica de contratación.

3. Se pueden establecer otras condiciones de empleo de la subasta electrónica inversa que sean admisibles con arreglo a la ley aplicable, por ejemplo, la de agrupar las adquisiciones con miras a amortizar los gastos que entraña el establecimiento del sistema utilizado para celebrarla, entre ellos los de contratación de servicios informáticos externos y de proveedores de servicios. También puede impartirse orientación acerca del concepto de “criterio del precio” sobre la base de las disposiciones del artículo 11 y el comentario correspondiente. Al respecto, debería explicarse que cuando se utilicen criterios distintos del precio para determinar la oferta ganadora, esos criterios deben ser cuantificables y deben poder expresarse en unidades monetarias (por ejemplo, en cifras o porcentajes); esta disposición invalida

la reserva formulada en el artículo 11 en el sentido de que los criterios deberán expresarse en unidades monetarias “en la medida de lo posible”. Si bien en teoría todos los criterios pueden expresarse de esa manera, como se observa en la Guía en la introducción del Capítulo I, se obtendrá un resultado óptimo si los criterios de evaluación pueden expresarse objetivamente y de manera demostrable en esos valores.

#### **Artículo 53. La subasta electrónica inversa como método de contratación en sí**

1. El reglamento de la contratación pública debería ayudar a la entidad adjudicadora a establecer las circunstancias en las cuales sería necesario determinar la idoneidad de los participantes o examinar o evaluar las ofertas iniciales antes de la subasta. Por ejemplo, cuando el objeto del contrato adjudicable sea un bien de uso común, casi no existen riesgos de que las ofertas no resulten ser conformes y los licitantes no resulten ser idóneos. Así pues, prácticamente no hay necesidad de aplicar esas medidas de control. En esos casos puede bastar con una declaración de los proveedores o contratistas antes de la subasta (por ejemplo, en el sentido de que poseen la necesaria idoneidad y entienden el carácter del objeto del contrato adjudicable y pueden entregarlo). En otros casos puede ser necesario determinar la conformidad de las ofertas antes de proceder a la subasta (por ejemplo, cuando únicamente se admitan a participar en ella a los proveedores o contratistas que puedan entregar automóviles con un nivel máximo predeterminado de emisiones) y, por consiguiente, se necesitarán ofertas iniciales. En algunos de esos casos la entidad adjudicadora tal vez desee calificar a los proveedores o contratistas que presenten ofertas iniciales conformes antes de la subasta (en el ejemplo señalado, los proveedores o contratistas cuyas ofertas iniciales se ajusten al límite establecido recibirán una puntuación basada en los niveles de emisión de gases), a fin de establecer su posición relativa y en qué medida deben mejorar sus ofertas durante la subasta para aumentar sus posibilidades de ganar. En esos casos la subasta debe ir precedida de una evaluación de las ofertas iniciales.

2. Se deberían establecer los requisitos que deben incluirse en el pliego de condiciones además de los enumerados en el artículo. Si esos requisitos figuran en otras normas aplicables del Estado promulgante, el reglamento debería remitirse a ellas.

3. Como se destacó en la sección IV del presente documento, el reglamento debe determinar el medio y la forma de publicación de la invitación a la subasta, que podrá ser incluso a nivel internacional, lo que garantizará que llegue a conocimiento efectivamente de los proveedores o contratistas que se encuentren en el extranjero.

4. En lo que respecta al artículo 53.4, para facilitar la consulta deberían enumerarse todos los motivos que pueden darse para rechazar las ofertas iniciales, entre ellos los enunciados en el artículo 9 como motivos para la descalificación, en el artículo 10, relativo a los criterios para la conformidad de las ofertas, en el artículo 20, relativo al rechazo de las ofertas anormalmente bajas, y en el artículo 21, relativo a la exclusión de un proveedor o contratista por haber ofrecido algún incentivo, por gozar de alguna ventaja competitiva desleal o por adolecer de algún conflicto de intereses.

#### **Artículo 54. La subasta electrónica inversa como fase previa a la adjudicación del contrato**



En el reglamento de la contratación pública se deberían enumerar todos los casos en que podría cancelarse la subasta electrónica inversa que se hubiera anunciado como método para seleccionar al proveedor o contratista ganador al comienzo del proceso de contratación, por ejemplo, cuando el número de participantes en la subasta fuese insuficiente para garantizar una verdadera competencia (artículo 55.2) o cuando existiera peligro de colusión, por ejemplo, si el anonimato de los licitantes se hubiese visto comprometido en una etapa anterior del procedimiento de contratación (en el artículo 19 se permite a la entidad adjudicadora cancelar el procedimiento de contratación, y el riesgo de colusión podría invocarse como motivo para cancelar la subasta electrónica inversa y el proceso en su totalidad).

#### **Artículo 55. Inscripción para participar en la subasta electrónica inversa y plazo para la apertura de la subasta**

1. En el reglamento de la contratación pública debe figurar una lista exhaustiva de las circunstancias que justificarían que se procediera a celebrar la subasta aunque el número de participantes inscritos no bastara para garantizar un proceso verdaderamente competitivo. Las disposiciones del artículo no son prescriptivas al respecto, sino que se otorga a la entidad adjudicadora la facultad de decidir si en esas circunstancias ha de cancelarse la subasta. Como la decisión de no cancelarla puede ser incompatible con el objetivo general de fomentar la competitividad y evitar la colusión, solo se justificaría en los casos realmente excepcionales en que la contratación debiera proseguir aunque no fuera realmente competitiva.

2. En lo que concierne a las subastas electrónicas inversas que constituyan una etapa de otros métodos o técnicas de contratación, puede preverse la opción de que la entidad adjudicadora estipule en el pliego de condiciones que el contrato podrá adjudicarse sobre la base de las ofertas iniciales. Puede considerarse la posibilidad de aplicar esa opción, en lugar de tener que cancelar la contratación, cuando el número de participantes restantes en el proceso de adjudicación no baste para garantizar la competitividad efectiva durante la subasta o cuando pueda haber colusión.

#### **Artículo 56. Condiciones exigibles en el curso de la subasta electrónica inversa**

1. El reglamento de la contratación pública debe prohibir que se revele la identidad de los licitantes durante la subasta y después de esta, incluso si se da por finalizada o se suspende. Debe prohibirse tanto la divulgación explícita como la indirecta en todas sus formas y deben darse ejemplos de casos de divulgación indirecta que estén comprendidos en la prohibición.

2. Debe exigirse que los encargados de manejar el sistema de la subasta en nombre de la entidad adjudicadora estén obligados por las normas de procedimiento pertinentes, en particular en lo que respecta a no revelar la identidad de los licitantes antes, en el curso y después de la subasta.

#### **Artículo 57. Condiciones exigibles después de la subasta electrónica inversa**

1. El reglamento de la contratación pública debe proporcionar orientación a la entidad adjudicadora con respecto a las opciones de que dispone con arreglo al artículo si el licitante ganador resulta no ser idóneo, o si su oferta resulta no ser conforme o es rechazada por ser anormalmente baja: cancelar el procedimiento de

contratación o adjudicar el contrato al siguiente licitante ganador. Debería exigirse a la entidad adjudicadora que evaluara las consecuencias de cancelar la subasta y que determinara, en particular, si sería posible celebrar una segunda subasta durante el mismo procedimiento de contratación y el costo que entrañaría la aplicación de otro método. En particular, puede haber quedado comprometido el anonimato de los licitantes y también estar en peligro toda posible reapertura del proceso competitivo. No obstante, esos riesgos no deberían obligar a la entidad adjudicadora a optar siempre por la siguiente oferta ganadora. Puede ser necesario cancelar la subasta, por ejemplo, cuando se sospeche que ha habido colusión entre el licitante ganador y el que le sigue, ya que eso puede desembocar en la aceptación de una oferta con un precio anormalmente alto.

2. Debe exigirse que se adopten medidas inmediatamente después de la subasta, en estricto cumplimiento de las disposiciones aplicables de la Ley Modelo, a fin de lograr que el resultado final se determine en el plazo más breve que sea razonablemente viable. Las medidas enunciadas en el artículo no deberían considerarse una oportunidad para socavar la determinación automática de la oferta ganadora. En consecuencia, se debe exigir a la entidad adjudicadora que haga constar en el expediente los detalles de los procedimientos previstos en el artículo, si efectivamente se han aplicado, así como las decisiones que haya adoptado al respecto y las razones para hacerlo.

## **IX. Temas que deberán tratarse en el reglamento de la contratación pública en el contexto del procedimiento del acuerdo marco (artículo 32 y Capítulo VII de la Ley Modelo (Condiciones de empleo del procedimiento del acuerdo marco))**

### **Generalidades**

1. En el reglamento se debe aclarar el carácter que revisten los acuerdos marco en el Estado promulgante. El acuerdo marco no es un contrato adjudicable conforme a la definición de la Ley Modelo, pero puede ser un contrato ejecutable en el Estado promulgante. En consecuencia, en el reglamento de la contratación pública o en otras normas aplicables de los Estados promulgantes deberán abordarse cuestiones como la eficacia del acuerdo con arreglo al derecho de los contratos. En particular, debe aclararse si el gobierno está obligado a hacer uso del acuerdo marco y en qué medida las ofertas presentadas en la primera etapa de este método pueden ser vinculantes con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado promulgante. En el caso de un acuerdo marco abierto, en el reglamento se debe aclarar que los proveedores o contratistas que pasen a ser parte en el acuerdo después de su concertación inicial deberán quedar obligados por sus cláusulas en el momento de hacerlo.

2. Debe explicarse el vínculo que existe entre las circunstancias de la contratación y las diversas decisiones que han de adoptarse en relación con el empleo del procedimiento del acuerdo marco, entre otras cosas, en particular, si procede recurrir a este, la clase de acuerdo marco que ha de concertarse, el alcance del acuerdo, el número de proveedores o contratistas que pasen a ser

parte y el papel del organismo encargado de las adquisiciones centralizadas, si lo hubiera.

3. En lo que respecta a la clase de acuerdo marco que ha de concertarse, se debe explicar la manera de elegir entre las clases de acuerdos previstos por la ley teniendo en cuenta las diferentes maneras en que funciona la competitividad en cada una de ellas. El grado de precisión con que pueda y deba definirse la necesidad de proceder a la contratación en la primera etapa dictará el grado de competitividad que es posible y conveniente en la segunda etapa. Si es posible definir con precisión esa necesidad y si esta no varía en el curso del acuerdo, un acuerdo marco cerrado sin una segunda etapa competitiva, en el que el o los proveedores o contratistas ganadores en relación con todos o algunos de los productos se determinen en la primera etapa, hará que el proceso adjudicatorio resulte lo más competitivo posible en la primera etapa y redundará en las mejores ofertas. Ahora bien, ese método es inflexible y exige una planificación precisa. Una normalización rígida puede ser difícil o inapropiada, especialmente en el contexto de las adquisiciones centralizadas, en que las necesidades de cada entidad adjudicadora pueden variar y puede ser apropiado ajustar los requisitos, de modo que las necesidades se expresan con menos precisión en la primera etapa, así como en mercados inciertos (como la contratación de emergencia futura). Si las necesidades de la entidad adjudicadora tal vez no varíen, pero el mercado es dinámico y volátil, será conveniente proceder a una segunda etapa competitiva, a menos que la cuestión de la volatilidad se haya previsto en el acuerdo marco (por ejemplo, mediante un mecanismo de ajuste del precio). Cuanto mayor sea el alcance de la segunda etapa competitiva, más compleja desde el punto de vista administrativo y más prolongada será, y menos previsibles serán las ofertas de la primera etapa en cuanto al resultado final, lo que puede dificultar la presupuestación eficaz. Si se va a proceder a una amplia segunda etapa competitiva, también puede tener poco sentido garantizar una competitividad rigurosa en la primera etapa; puede bastar con evaluar la idoneidad de los concursantes y la conformidad de las ofertas.

4. Una cuestión conexa que debe regularse es la de optar por concertar un acuerdo marco con un solo proveedor o con varios proveedores. Por razones de eficiencia administrativa suele ser conveniente concertarlo con varios proveedores, si bien las características del mercado de que se trate pueden hacer que resulte más ventajoso concertarlo con uno solo (por ejemplo, por razones de confidencialidad o de seguridad del abastecimiento, o por haber un solo proveedor o contratista en el mercado). Por otra parte, concertar un acuerdo marco cerrado con un único proveedor puede dar lugar a importantes descuentos acumulados a largo plazo, habida cuenta de la probable envergadura del negocio potencial para ese único proveedor o contratista, en particular si las necesidades de la entidad adjudicadora constituyen un porcentaje considerable del mercado, y siempre y cuando exista suficiente certeza de las cantidades que se adquirirán en el futuro (por ejemplo, mediante compromisos vinculantes de la entidad adjudicadora). Esa clase de acuerdo también puede reforzar la seguridad del abastecimiento, en la medida en que sea probable que el proveedor o contratista en cuestión pueda atender a todas las necesidades. Los acuerdos marco con varios proveedores, que son más comunes, son apropiados cuando al principio no se sabe quién va a ser el proveedor o contratista que presentará la mejor oferta en la segunda etapa, especialmente si se espera que las necesidades varíen o se ajusten en la segunda etapa mientras esté vigente el acuerdo marco, y cuando se trate de mercados volátiles y dinámicos.

También permiten realizar adquisiciones centralizadas y, además, pueden garantizar el suministro cuando haya dudas acerca de la capacidad de un único proveedor para atender a todas las necesidades.

5. Debería hacerse hincapié en que una buena planificación de la contratación es esencial para establecer un acuerdo marco eficaz: los acuerdos marco no han de utilizarse como alternativa en lugar de planificar la contratación. Se requiere una planificación eficaz en las dos etapas del procedimiento de acuerdo marco. Sin ella no puede elegirse la clase apropiada de acuerdo, ni concluirse ningún acuerdo provechoso, ni garantizarse su funcionamiento efectivo. Debería destacarse que el propio acuerdo deberá ser completo, ya que en él no solo se deberán enunciar todas las condiciones contractuales, sino que también deberá hacerse una descripción del objeto del contrato (incluidas las especificaciones) y deberán establecerse los criterios de evaluación aplicables con miras a fomentar tanto la participación en el procedimiento que se vaya abrir como su transparencia, así como debido a las restricciones que existen para modificar las condiciones en el curso del acuerdo.

6. Pueden exigirse medidas encaminadas a garantizar la creación de suficiente capacidad como para adoptar decisiones acertadas, teniendo en cuenta que puede necesitarse más capacidad para gestionar los acuerdos marco eficazmente que para aplicar algunos de los métodos y técnicas previstos en la Ley Modelo, y que la formación y demás medidas de creación de capacidad serán esenciales para lograr que los acuerdos se utilicen bien y arrojen buenos resultados.

7. También deberían abordarse cuestiones como la vigilancia del funcionamiento de los acuerdos marco con objeto de determinar su eficacia en el contexto de cada proceso de adjudicación y en el mercado de la contratación pública en general (si se hacen realidad los beneficios previstos en materia de eficiencia administrativa y rentabilidad financiera), el efecto que puedan tener en la competitividad en el mercado de que se trate, especialmente cuando exista el riesgo de generar un mercado monopolístico u oligopolístico, y el cumplimiento de las salvaguardias previstas en la Ley Modelo para garantizar la transparencia, competitividad y objetividad del procedimiento. También habrá que vigilar la actuación de cada entidad adjudicadora que recurra al acuerdo marco y los resultados de este en lo que respecta a los precios, en comparación con los precios del mercado, en cada contratación. El uso inapropiado o erróneo del acuerdo por parte de una o dos entidades adjudicadoras puede dar lugar al aumento del precio o a la reducción de la calidad de las ofertas.

8. Si el Estado promulgante exige o promueve (o tiene la intención de promover) la gestión de todos los acuerdos marco por vía electrónica, el reglamento puede exigir que todos ellos se mantengan en un lugar centralizado, lo que también contribuye a aumentar la transparencia y eficiencia de su gestión y facilita la vigilancia.

### **Artículo 32. Condiciones de empleo del procedimiento del acuerdo marco**

1. El reglamento de la contratación pública debería ayudar a la entidad adjudicadora a determinar las circunstancias en las cuales sería conveniente y apropiado recurrir al procedimiento del acuerdo marco. Deberían establecerse medidas para aumentar la objetividad en la adopción de decisiones sobre el empleo del procedimiento y la elección de la clase de acuerdo y para poder determinar con

más facilidad si las decisiones adoptadas son razonables en las circunstancias que rodeen a un acuerdo marco determinado.

2. La primera circunstancia que se prestaría para emplear un acuerdo marco se plantea cuando “se prevé” que la necesidad de la entidad adjudicadora surgirá “con una frecuencia indeterminable o reiterada”. Debería explicarse que esas dos últimas condiciones no tienen por qué ser simultáneas, aunque en la práctica suelen serlo. La segunda circunstancia se plantea cuando el objeto del contrato adjudicable resulta “urgentemente necesario”. Referirse a una necesidad indefinida, es decir, a que el plazo y el volumen de la contratación, e incluso la necesidad de adquirir el objeto del contrato adjudicable son inciertos, puede prestarse para que el acuerdo marco se utilice con miras a garantizar el suministro y previendo contratos reiterados. También debería aclararse el término “prevé” y la manera de determinar objetivamente el grado de probabilidad de la necesidad prevista. Los gastos administrativos del procedimiento en dos etapas se amortizarán debido al mayor número de adquisiciones, es decir, cuantas más veces se utilice el acuerdo marco, en el caso de procedimientos reiterados. Cuando se trate de adquisiciones indefinidas, esos gastos deben establecerse en función de la probabilidad de que surja la necesidad de adquirir los productos y de la seguridad que ofrezca el acuerdo marco (por ejemplo, fijando los precios y estipulando las condiciones por adelantado).

3. Pueden darse ejemplos de los productos que podrían adquirirse recurriendo al procedimiento del acuerdo marco: productos básicos como artículos de oficina, piezas de repuesto y el suministro y mantenimiento de material informático. En esos casos el mercado puede ser sumamente competitivo y suelen realizarse compras regulares o reiteradas, pero de cuantía variable. Esos acuerdos también resultan adecuados para negociar la prestación de ciertos servicios, como el suministro de energía eléctrica, por más de una fuente de abastecimiento y para adquirir productos que se pueden necesitar en el futuro con urgencia, como medicamentos (en ese caso un objetivo importante es evitar precios exorbitantes y artículos de mala calidad de resultados de contratar con un solo proveedor en situaciones urgentes y de emergencia). En esos casos puede ser necesario garantizar el abastecimiento, así como también cuando se han de adquirir ciertos productos especiales que exigen una cadena de producción establecida, lo que hace conveniente recurrir a los acuerdos marco.

4. También pueden darse ejemplos de contratos en los que no procedería emplear el procedimiento del acuerdo marco: los contratos complejos en que las condiciones contractuales (incluidas las especificaciones) varían de un contrato a otro, o en que cabe esperar que varíen antes de la adjudicación del contrato; por ejemplo, los grandes contratos de inversión o de gran volumen de capital, o que entrañan productos sumamente técnicos o especializados y servicios más complejos, por lo general no se prestarían para aplicar el procedimiento del acuerdo marco.

### **Contratación con arreglo a un acuerdo marco cerrado y condiciones para adjudicar contratos con arreglo a un acuerdo marco cerrado (artículos 58 y 59)**

#### *Contratación con arreglo a un acuerdo marco cerrado*

1. En el reglamento de la contratación pública debe impartirse orientación a la entidad adjudicadora con respecto a la elección de un método para contratar con arreglo a un acuerdo marco cerrado teniendo en cuenta las disposiciones del

artículo 28 de la Ley Modelo. La importancia de que se mantenga una rigurosa competitividad en la primera etapa de un procedimiento basado en un acuerdo marco cerrado significa que el reglamento debe establecer la licitación abierta como método supletorio para la contratación con arreglo a esa clase de acuerdos. Deberían impartirse directrices claras con respecto a la aplicación de excepciones a la licitación abierta y debería preverse un mecanismo para examinar a fondo la aplicación de esas excepciones, en particular teniendo presentes los riesgos que pueden plantearse para la competitividad en la contratación con arreglo a los acuerdo marco y los tipos de compras para los que resulten adecuados. Deberían darse ejemplos de casos en los que es apropiado emplear algún método distinto de la licitación abierta; entre ellos cabe citar la aplicación de acuerdos marco para la adquisición rápida y económica de productos de bajo costo, productos que se adquieran reiteradamente y productos que puedan pasar a ser urgentemente necesarios, como los servicios de mantenimiento o de limpieza (para cuya adquisición puede no resultar económico recurrir a la licitación abierta), así como para la adquisición de productos especiales, como medicamentos, el suministro de energía y libros de texto, en que el procedimiento puede proteger las fuentes de aprovisionamiento cuando la oferta del mercado es limitada. El empleo de la negociación competitiva o de la contratación con un solo proveedor tal vez resulte adecuado para contratar con arreglo a un acuerdo marco cerrado en situaciones de urgencia. En la práctica se ha empleado con éxito el procedimiento del acuerdo marco en combinación con el de solicitud de propuestas con diálogo en contrataciones complejas relativas a equipo de satélites y aparatos de comunicaciones especializados para los organismos policiales.

2. Tal vez sea necesario explicar las posibilidades de apartarse de algún procedimiento previsto en el método elegido para contratar con arreglo a un acuerdo marco, en atención a las peculiaridades del procedimiento del acuerdo marco. Esas posibilidades variarán de un caso a otro, según la clase de acuerdo marco cerrado que se vaya a concertar (por ejemplo, un acuerdo con o sin segunda etapa competitiva, o un acuerdo concertado con uno o varios proveedores o contratistas). En consecuencia, podrá darse una lista ilustrativa y no exhaustiva de esas posibilidades.

3. En el contexto de un acuerdo marco cerrado concertado con varios proveedores, debe impartirse orientación a la entidad adjudicadora para determinar la conveniencia de establecer o no un número mínimo o máximo de proveedores o contratistas que pasaran a ser parte en el acuerdo, o las dos clases de límites, y, en caso afirmativo, qué aspectos tener en cuenta. Por ejemplo, puede necesitarse un número mínimo para garantizar el suministro; cuando se prevé una segunda etapa competitiva debe haber suficientes proveedores o contratistas como para que exista una competitividad efectiva. Cabe establecer un número máximo, por ejemplo, si la entidad adjudicadora considera que habrá más proveedores o contratistas idóneos que presenten ofertas conformes de los que puedan admitirse. Esa situación puede ser fiel reflejo de la capacidad administrativa de la entidad adjudicadora para gestionar la contratación, dado que un número elevado de participantes puede restar eficiencia administrativa al procedimiento. Otra razón para limitar el número de concursantes puede ser la de dar a cada uno de ellos una oportunidad realista de que se le adjudique un contrato con arreglo al acuerdo marco y, de esa forma, alentarlos a que ofrezca el mejor precio y la mejor calidad posibles. Deberán regularse las situaciones en que no se alcance el límite mínimo establecido exigiendo a la entidad

adjudicadora que consigne en el pliego de condiciones las medidas que adoptará en ese caso, que podrían abarcar la cancelación de la contratación o la concertación del acuerdo marco con menos proveedores o contratistas.

4. Puede exigirse la aprobación externa de la contratación con arreglo a un acuerdo marco cerrado; si se utilizan acuerdos entre ministerios y organismos públicos, puede considerarse apropiado establecer mecanismos de aprobación previa. De ser así, el reglamento de la contratación pública debe exigir esa aprobación y prever el mecanismo correspondiente. Otra posibilidad es que el Estado promulgante incorpore el requisito de aprobación previa en el propio régimen de la contratación pública y pida que en el reglamento se detalle su mecanismo de funcionamiento.

5. Debe impartirse orientación a la entidad adjudicadora con respecto a la necesidad de concertar acuerdos por separado, en algunos casos, con distintos proveedores o contratistas que sean parte en el acuerdo marco. Debe establecerse la regla supletoria de que cada proveedor o contratista estará sujeto a las mismas condiciones del acuerdo marco. Las excepciones a esa regla se limitan a variaciones de las condiciones de poca entidad que conciernen únicamente a las disposiciones que hayan justificado la celebración de los acuerdos por separado. En el reglamento se deberían dar ejemplos de posibles justificaciones para concertar esa clase de acuerdos, entre ellos la necesidad de proteger derechos inmateriales o de propiedad intelectual, o de tener en cuenta distintas condiciones en materia de licencias, o el caso de proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas correspondientes solo a una parte del contrato. El reglamento debe exigir que se consignent por escrito las razones para concertar acuerdos por separado y las modificaciones que se hayan introducido en cada uno de esos acuerdos.

#### *Duración del acuerdo*

6. El reglamento de la contratación pública debe establecer la duración máxima del acuerdo marco cerrado. La experiencia práctica en los países que utilizan esa clase de acuerdos indica que las ventajas potenciales de ese método suelen apreciarse cuando su duración es suficiente como para que se pueda realizar una serie de adquisiciones durante un período de tres a cinco años. Si pasa más tiempo, la competitividad puede verse socavada y es posible que las condiciones del acuerdo ya no reflejen las condiciones reales del mercado.

7. Debe explicarse que cabría variar la duración de los acuerdos, dentro del margen establecido, según las circunstancias de la contratación, es decir, teniendo en cuenta, en particular, los productos que fueran objeto de esta, el mercado de que se tratara y las necesidades de la entidad adjudicadora. Habida cuenta de que algunos mercados pueden evolucionar más rápidamente -en especial aquellos en que suele haber adelantos tecnológicos, como los de tecnología de la información y las telecomunicaciones- o de que las necesidades de la entidad adjudicadora pueden no seguir siendo las mismas a lo largo de un período prolongado, el plazo conveniente para cada contrato tal vez sea mucho más breve que el plazo máximo establecido en el reglamento de la contratación pública. En el caso de algunos productos muy cambiantes, el período apropiado puede medirse en meses. Si se trata de productos, mercados y necesidades estables, el acuerdo marco puede ser de larga duración con objeto de posibilitar una serie de adquisiciones y, de esa forma, obtener los mayores beneficios posibles de esa técnica.

8. En consecuencia, debería impartirse orientación a la entidad adjudicadora para que pudiera determinar la duración máxima de un acuerdo marco en particular dentro del plazo máximo establecido en el reglamento o, de lo contrario, deberían establecerse en el propio reglamento diferentes plazos máximos en relación con las diversas clases de contratos. La orientación también debería abarcar toda limitación externa de la duración de los acuerdos marco (como los requisitos presupuestarios del Estado).
9. Además, debe explicarse que la duración máxima establecida por la entidad adjudicadora para un acuerdo marco en particular dentro del plazo máximo establecido en el reglamento comprende toda posible prórroga del plazo del acuerdo establecido inicialmente. Toda suspensión de la vigencia de un acuerdo marco a que diera lugar un procedimiento de recurso prorrogaría el acuerdo durante el período de suspensión, pero la duración global de este no cambiaría.
10. El reglamento debe prever los casos en que los Estados promulgantes deseen prorrogar los acuerdos marco en circunstancias excepcionales y debe circunscribir esas circunstancias y garantizar que esas prórrogas sean breves y de alcance limitado. Por ejemplo, tal vez no se justifique proceder a una nueva contratación en casos de desastre natural o de restricción de las fuentes de abastecimiento, si el público puede beneficiarse de las condiciones del acuerdo marco en vigor.
11. El reglamento debe establecer controles internos a fin de evitar abusos en lo que concierne a la concesión de prórrogas y excepciones con respecto al plazo establecido inicialmente, en particular si se trata de adjudicar un contrato prolongado o importante cuando está por vencer el plazo del acuerdo marco.

#### *Estimaciones*

12. El reglamento de la contratación pública debería impartir orientación a la entidad adjudicadora para decidir si el precio del contrato debe establecerse o no en la primera etapa. Por ejemplo, si el objeto del contrato adjudicable está expuesto a fluctuaciones cambiarias o de precios, o si puede variar la combinación de proveedores de servicios, puede resultar contraproducente tratar de fijar el precio del contrato desde el principio. Una de las críticas que se suelen hacer a los acuerdos marco cerrados es que en esos casos existe la tendencia de fijar los precios a tarifas horarias en general relativamente elevadas. Por el contrario, debería recomendarse que, cuando procediera, el precio del contrato se fijara por tareas o proyectos.
13. Las condiciones del acuerdo marco pueden limitar la flexibilidad comercial si en ellas se garantiza la adquisición de unas cantidades mínimas, o si el acuerdo marco funciona como acuerdo de adquisición exclusivo, aunque esa flexibilidad debería ponderarse teniendo en cuenta los mejores precios ofrecidos por los proveedores o contratistas. En consecuencia, el reglamento debe exigir que: a) en el pliego de condiciones se mencionen cantidades estimadas (no preceptivas), de manera que el acuerdo marco pueda facilitar ofertas realistas basadas en una clara comprensión del alcance de las necesidades de la entidad adjudicadora y que esta pueda adquirir productos al margen del acuerdo marco si varían las condiciones, y b) se mencionen cantidades preceptivas mínimas o máximas. Puede haber mercados en los que una solución parezca mejor que la otra; al respecto, el



mecanismo de vigilancia puede impartir orientación o puede dar ejemplos prácticos en los que la entidad adjudicadora ha de elegir entre una y otra opción.

14. Debe explicarse que, si se conocen los valores máximos o mínimos globales que se aplicarán en el acuerdo marco, estos deberían figurar en el propio acuerdo; de lo contrario, se establecerá una estimación. Otra posibilidad es que, si el acuerdo marco va a ser utilizado por varias entidades adjudicadoras, cada una de ellas establezca diferentes valores máximos en función de la naturaleza o del carácter potencialmente obsoleto de los bienes que se vayan a adquirir; en esos casos, deberán figurar los valores correspondientes a cada entidad adjudicadora. Los valores máximos o los valores anuales podrán limitarse mediante procedimientos presupuestarios en los distintos Estados; al respecto, el reglamento debería establecer otras fuentes de reglamentación.

15. Debe exigirse que en el acuerdo marco se consignen todas las estimaciones que se conozcan, así como las limitaciones impuestas a estas, o que se formule una declaración en el sentido de que no es posible proporcionar estimaciones precisas (por ejemplo, cuando se trate de una contratación de emergencia). Facilitar las estimaciones más exactas de que se disponga, cuando no es posible contraer compromisos firmes, promoverá la participación.

#### *Modificaciones permitidas durante la vigencia del acuerdo marco*

16. En el contexto del inciso 59.1 d) iii) y del artículo 63, el reglamento debe prohibir que en el acuerdo marco se prevea un margen tan amplio de modificaciones que se permitiría introducir en los criterios de evaluación y su ponderación relativa como para invalidar, en la práctica, las salvaguardias previstas en el artículo 63 de la Ley Modelo. Esas salvaguardias restringen el margen permitido de modificaciones de las condiciones de la contratación durante la vigencia del acuerdo marco con objeto de garantizar que no se modifique la descripción del objeto de la contratación y que las demás modificaciones se realicen en forma transparente y previsible.

17. En el reglamento deberían establecerse mecanismos para vigilar la aplicación de esas salvaguardias. La flexibilidad para modificar los criterios de evaluación y su ponderación relativa dentro de los parámetros y márgenes establecidos en el acuerdo marco no debería utilizarse como excusa para no planificar debidamente la contratación, ni debería distorsionar las decisiones de adjudicación para facilitar la tarea administrativa, ni promover la utilización de mandatos amplios que no estuviesen basados en una determinación cuidadosa de las necesidades, ni facilitar irregularidades en la contratación para favorecer a determinados proveedores o contratistas. Estas últimas observaciones pueden adquirir aún más importancia si se subcontrata a un organismo de adquisiciones centralizadas que cobre comisión y que podría utilizar los acuerdos marco para generar ingresos. Los procesos de supervisión pueden contribuir a evitar que los criterios de evaluación relativamente flexibles utilizados en los acuerdos marco oculten otros criterios inapropiados basados en acuerdos o vínculos entre las entidades adjudicadoras y los proveedores o contratistas, así como a descubrir abusos en lo que respecta a predeterminar los resultados de la segunda etapa competitiva que invalidarían la competencia en la primera etapa. En el caso de compras reiteradas, esos riesgos aumentan. La transparencia con que se aplique el margen de flexibilidad y la utilización de un margen determinado y comunicado previamente facilitan esa supervisión.

### *Funcionamiento y vigilancia del acuerdo marco cerrado*

18. Debería explicarse que en el acuerdo marco la base para la adjudicación del contrato (la oferta de menor precio o más ventajosa) por lo general, aunque no necesariamente, será la misma que la de la primera etapa. Por ejemplo, la entidad adjudicadora puede decidir que, entre los proveedores o contratistas que hayan obtenido la mejor puntuación en la primera etapa (escogidos teniendo en cuenta la oferta más ventajosa), sea apropiada la oferta conforme de menor precio que reúna las condiciones exactas de la invitación a participar en la segunda etapa. Si se prevén variaciones y diferentes opciones, el reglamento debe exigir que todas ellas se consignen en el acuerdo marco.

19. Debería hacerse hincapié en las ventajas que ofrecen los procedimientos informatizados de gestión de los acuerdos marco cerrados para lograr una mayor eficiencia y transparencia (por ejemplo, las condiciones pueden publicarse utilizando un hiperenlace, en tanto que una invitación en papel a participar en la segunda etapa competitiva puede ser engorrosa). Debería exigirse que la entidad adjudicadora consignara en el acuerdo marco toda la información especialmente relacionada con la gestión en línea de este, entre otras cosas los requisitos para conectarse al sitio web, los programas informáticos y las características técnicas especiales y, si procede, la capacidad especial.

20. En el reglamento debería explicarse la manera de obtener los máximos beneficios y de evitar los peligros latentes de los acuerdos marco. En particular, habría que abordar los problemas que han surgido en la práctica en muchos países al utilizar acuerdos marco cerrados, a saber, que los precios tienden a mantenerse fijos, en lugar de variar con el mercado, y que las entidades adjudicadoras, para evitar tener que iniciar un nuevo procedimiento de contratación, tienden a contratar mediante un acuerdo marco existente, aun cuando las condiciones de este no atiendan del todo a sus necesidades o no reflejen las condiciones imperantes en el mercado. Así pues, esas entidades tal vez no prestan suficiente atención al precio ni a la calidad al expedir una orden de compra. Pueden centrarse excesivamente en las especificaciones, en lugar de fijarse en el precio.

21. A fin de hacer frente a esos problemas, el reglamento debería exigir que las entidades adjudicadoras determinaran con regularidad, durante la vigencia de un acuerdo marco cerrado, si este sigue resultando rentable y sigue dando acceso a la mejor oferta que el mercado pueda ofrecer en esos momentos (por ejemplo, si sus precios y condiciones siguen estando actualizados y siguen siendo competitivos). También se debería tener en cuenta la totalidad de las compras previstas con arreglo al acuerdo marco para determinar si los beneficios son mayores que los costos. Dos formas de determinar si la solución técnica o el producto propuesto sigue siendo el mejor que ofrece el mercado son la investigación del mercado y la publicación del alcance del acuerdo marco. Si el acuerdo ha dejado de ofrecer condiciones comerciales ventajosas para la entidad adjudicadora, esta debería emprender un nuevo proceso de contratación (ya sea aplicando uno de los métodos clásicos o mediante un nuevo procedimiento de acuerdo marco). Debería desaconsejarse expresamente la adjudicación de un contrato prolongado o importante hacia el final de la validez del acuerdo marco, ya que eso aumenta el riesgo de adquirir productos obsoletos o a precios exorbitantes.

22. En acuerdos marco celebrados con varios proveedores, cada uno de ellos deseará conocer el alcance de sus obligaciones al principio, y después periódicamente durante la vigencia del acuerdo (por ejemplo, después de efectuarse una compra con arreglo al acuerdo marco). Por consiguiente, el reglamento debería exigir que las entidades adjudicadoras informaran a los proveedores o contratistas periódicamente, o a solicitud de estos, acerca del alcance de sus obligaciones.

**Establecimiento de un acuerdo marco abierto y requisitos para concertarlo (artículos 60 y 61)**

1. En el reglamento se puede recomendar que la invitación a ser parte en un acuerdo marco abierto se ponga permanentemente a disposición de los interesados en el sitio web en el que se gestione el acuerdo. También podría exigirse que toda la información relativa a la gestión de este se ofreciera de continuo en el sitio web. Pueden enumerarse los datos mínimos que deberían figurar, entre ellos, los siguientes:

a) El nombre y la dirección de todas las entidades adjudicadoras que puedan utilizar el acuerdo marco (si este admite que haya varios posibles adquirentes en la segunda etapa);

b) El organismo que se encargará de establecer y gestionar el acuerdo marco, si hay más de un adquirente;

c) Las prerrogativas del organismo de adquisiciones centralizadas, si lo hubiera (por ejemplo, si está autorizado a emprender las contrataciones previstas en su propio nombre (como adquirente principal), sin que sea necesario, por ende, publicar detalles de las entidades que son sus propios clientes; sin embargo, si el organismo actúa como representante, esos detalles deben darse a conocer);

d) Un número máximo de proveedores o contratistas que puedan ser parte en el acuerdo marco, si lo hubiera, y los procedimientos y criterios para escoger ese número máximo de partes. En el reglamento debe hacerse hincapié en que establecerlo puede justificarse debido a limitaciones de capacidad del sistema de comunicaciones, no por otro motivo. Deben precisarse las técnicas que puede utilizar la entidad adjudicadora para escoger ese número máximo de partes sin hacer discriminación, por ejemplo, por orden de presentación de las ofertas, por sorteo, por rotación, o al azar en un mercado de productos básicos, y para alertar a los proveedores o contratistas acerca de la posibilidad de que se impugne su decisión;

e) La duración del acuerdo marco. En este contexto, el reglamento puede exigir que la duración de un acuerdo marco abierto no sea excesiva y que se determine teniendo en cuenta el carácter del objeto de la contratación a fin de admitir nuevas soluciones y nueva tecnología y evitar la obsolescencia. Además, los proveedores o contratistas pueden mostrarse renuentes a participar en un acuerdo de duración ilimitada;

f) Los requisitos que deben reunir los proveedores o contratistas para ser parte en el acuerdo;

g) Todas las demás condiciones del acuerdo marco;

h) La lista de proveedores o contratistas que son parte en el acuerdo marco (en el reglamento puede explicarse que publicar así la lista podría constituir el

cumplimiento efectivo del requisito de anunciar públicamente la concertación del acuerdo marco, previsto en el artículo 23.1 de la Ley Modelo);

i) Los nombres de los proveedores o contratistas a quienes se adjudicaron contratos con arreglo al acuerdo marco y los precios de los contratos adjudicados (en el reglamento puede explicarse que publicar esa información podría constituir el cumplimiento efectivo del requisito de anunciar públicamente los contratos adjudicados con arreglo al acuerdo marco, previsto en el artículo 23 de la Ley Modelo);

j) Los anuncios y todas las condiciones de la segunda etapa competitiva;

k) La copia de la invitación a participar en la segunda etapa competitiva.

2. En el contexto del párrafo 5 del artículo 60, en el reglamento debe hacerse hincapié en la importancia que reviste examinar rápidamente las solicitudes para pasar a ser parte en el acuerdo marco abierto. Al gestionar un acuerdo marco abierto debe evaluarse cuidadosamente la interacción entre los plazos para presentar las propuestas definitivas, el tiempo necesario para evaluar las propuestas indicativas y la frecuencia y magnitud de la segunda etapa competitiva. Debe destacarse la utilidad de llevar a cabo esas segundas etapas con relativa frecuencia y de que estas sean de una magnitud razonable para aprovechar las ventajas que puede ofrecer un mercado competitivo y dinámico.

#### **Artículo 62. Segunda etapa de un procedimiento para la adjudicación de contratos con arreglo a un acuerdo marco**

1. En el reglamento de la contratación pública se debe explicar la manera en que funcionará en la práctica la opción de invitar a la segunda etapa competitiva únicamente a las partes en el acuerdo marco que en ese momento puedan presentar una oferta que responda a las necesidades pertinentes de la entidad adjudicadora en relación con el objeto de la contratación, sin por eso vulnerar los principios de transparencia y de trato justo y equitativo de los proveedores o contratistas. Debe hacerse hincapié en que el propósito de la disposición es aumentar la eficiencia, no restringir la competitividad. Debe establecerse la presunción de que todos los proveedores o contratistas que sean parte en el acuerdo pueden responder a las necesidades de la entidad adjudicadora en relación con el objeto de la contratación, a menos que en el acuerdo marco o en sus propuestas iniciales o indicativas se prevea lo contrario. En consecuencia, el reglamento debería exigir que la entidad adjudicadora interpretara la frase “que, en ese momento, puedan presentar una oferta que responda a las necesidades” en un sentido muy estricto, a la luz de las condiciones del acuerdo marco y de las propuestas iniciales o indicativas. Pueden darse ejemplos en los que quede justificado invitar a un grupo limitado de proveedores o contratistas que en ese momento puedan presentar una oferta que responda a las necesidades de la entidad adjudicadora en relación con el objeto de la contratación. Por ejemplo, el acuerdo marco puede autorizar a los proveedores o contratistas a que entreguen hasta determinadas cantidades (en cada segunda etapa competitiva o en general), o en las propuestas iniciales o indicativas puede establecerse que determinados proveedores o contratistas no pueden cumplir ciertas exigencias de combinaciones especiales o ciertos requisitos de calidad.

2. La salvaguardia importante contra el abuso o el uso erróneo de esa opción, por ejemplo, si se recurre a ella para favorecer a determinados proveedores o

contratistas en detrimento de otros, es la exigencia de que la entidad adjudicadora dé aviso de la segunda etapa competitiva a todas las partes en el acuerdo marco simultáneamente al enviar la invitación a participar en ella. Esa clase de aviso hará posible que todo proveedor o contratista excluido impugne la decisión de la entidad adjudicadora de no invitarlo. El reglamento puede establecer el período mínimo que ha de transcurrir tras el aviso para que pueda comenzar la segunda etapa.

3. En el reglamento deben destacarse las consecuencias desfavorables de que se ponga en tela de juicio la eficiencia que se procura lograr con los procedimientos de acuerdo marco: las excepciones a la regla supletoria de invitar a todos los proveedores o contratistas a la segunda etapa competitiva deben considerarse con cuidado y deben aplicarse cuando se vean verdaderamente justificadas, con objeto de evitar que la entidad adjudicadora tenga que enfrentarse a muchos proveedores o contratistas agraviados que impugnen la evaluación que haya hecho de su capacidad para responder a sus necesidades en un momento dado. El reglamento debe exigir que en el expediente del proceso de contratación la entidad adjudicadora explique las razones para excluir de la segunda etapa competitiva a alguna de las partes en el acuerdo.

4. El reglamento debería prever la manera de invitar a la segunda etapa competitiva y de dar aviso de ella, por ejemplo, que tanto la invitación como el aviso deben efectuarse por escrito y ser expedidos simultáneamente y en forma automática por el sistema a cada uno de los proveedores o contratistas de que se trate. Si bien no hay un requisito que obligue a publicar una notificación general de la segunda etapa competitiva, publicar un aviso en la página de dominio público del sitio web en que se gestiona el acuerdo marco daría ese resultado, y el reglamento puede exigir a las entidades adjudicadoras que así lo hagan.

5. En el apartado 4 b) se dispone el contenido de la invitación a la segunda etapa competitiva. El reglamento debe precisar todo otro requisito relacionado con la preparación y presentación de las propuestas y los demás aspectos de la segunda etapa competitiva que no se enumeran en el apartado 4 b) del artículo y que la entidad adjudicadora debe consignar en la invitación a presentar propuestas en la segunda etapa competitiva. Si esos requisitos figuraran en otras normas aplicables del Estado promulgante, el reglamento debería remitirse a ellas. También debe aclararse si los proveedores o contratistas pueden modificar en la segunda etapa las propuestas presentadas en la primera (sus propuestas iniciales) de una manera que resulte menos favorable para la entidad adjudicadora (por ejemplo, aumentando los precios si varían las condiciones del mercado).

6. Como se indicó anteriormente en el contexto de los acuerdos marco cerrados, en el reglamento ha de explicarse el funcionamiento del margen permitido de perfeccionamiento de las condiciones de la contratación en la segunda etapa competitiva, entre otras cosas, la ponderación relativa de los criterios y subcriterios de evaluación. La flexibilidad para proceder a ese perfeccionamiento está limitada por la aplicación del artículo 63, según el cual no está permitido modificar la descripción del objeto de la contratación y solo podrán introducirse otros cambios en la medida en que lo permita el acuerdo marco. La necesidad de introducir cambios en los productos o de efectuar modificaciones de carácter técnico debería estar mencionada en el propio acuerdo marco, en el que también deberían expresarse las necesidades de la contratación de una manera suficientemente flexible y funcional (con arreglo a los parámetros del artículo 10) como para admitir esas

modificaciones. Otras condiciones que pueden perfeccionarse son, por ejemplo, las combinaciones de componentes (en el contexto de la descripción general), las garantías y los plazos de entrega. La orientación proporcionada a las entidades adjudicadoras en relación con ese aspecto de los acuerdos marco debería basarse en la necesidad de conciliar la flexibilidad necesaria para establecer una relación óptima entre calidad y precio con la necesidad de que exista suficiente transparencia y de que se impongan limitaciones a efectos de prevenir abusos.

7. En relación con el inciso 4 b) iv), en el reglamento debe destacarse la importancia de establecer un plazo adecuado para la presentación de las propuestas con objeto de preservar la eficiencia sin menoscabar los intereses legítimos de los proveedores o contratistas que sean parte en el acuerdo marco. Por ejemplo, en los acuerdos marco abiertos el plazo puede expresarse en horas, en un día, o un período análogo. De lo contrario, quedaría comprometida la eficiencia administrativa del procedimiento y las entidades adjudicadoras no podrían aprovechar las ventajas que ofrece esa técnica. El período que transcurra entre la publicación de la invitación a presentar propuestas para la segunda etapa competitiva y la fecha límite estipulada para su presentación deberá determinarse teniendo en cuenta el plazo que se considere suficiente para preparar las propuestas en las circunstancias del caso (cuanto más sencillo sea el objeto de la contratación, más breve será la duración posible). Otra consideración que ha de tenerse en cuenta es la manera de prever un plazo mínimo suficiente como para que se puedan impugnar las condiciones de la convocatoria. Puede explicarse que el requisito temporal estará supeditado en todo momento a las necesidades razonables de la entidad adjudicadora, como se dispone expresamente en el artículo 14.2 de la Ley Modelo, necesidades estas que, en ciertas circunstancias, pueden prevalecer sobre toda otra consideración, por ejemplo, en casos de extrema urgencia tras producirse una catástrofe.

8. Debe explicarse la aplicación de una moratoria en el contexto de las diversas clases de acuerdos marco y observarse que se justificará que esta tenga una duración menor en el contexto de un acuerdo marco abierto, ya que en esos casos por lo general se adquieren productos estándar sencillos. Deberían explicarse las razones para no exigir que se decretara una moratoria en el contexto de un contrato adjudicado con arreglo a un acuerdo marco cerrado sin segunda etapa competitiva.

### **Artículo 63. Modificaciones durante la vigencia del acuerdo marco**

Como se indicó anteriormente en el contexto de los acuerdos marco cerrados y del artículo 62, en el reglamento deben explicarse los límites impuestos a la posibilidad de introducir modificaciones en las condiciones de la contratación durante la vigencia de un acuerdo marco. También deberían explicarse las circunstancias en que sería apropiado formular la descripción del objeto de la contratación de manera funcional o basándose en el producto, mencionando un número mínimo de requisitos técnicos, cuando procediera, con miras a poder modificar posteriormente el objeto de la contratación o los aspectos técnicos. La conveniencia de aplicar ese criterio dependerá del carácter de la propia contratación. El riesgo de que se cometan abusos existe de todas formas, es decir, tanto si se permite consignar especificaciones genéricas amplias como si se permite introducir modificaciones; por motivos de eficiencia administrativa, el acuerdo marco puede seguir empleándose más de lo previsto, lo que puede dar lugar a adjudicaciones poco transparentes y poco competitivas. Por otra parte, esa falta de transparencia y de

competitividad también puede comprometer considerablemente la rentabilidad de los contratos adjudicados. Por consiguiente, en el reglamento deberían preverse esos riesgos en forma bastante detallada y disponerse medidas apropiadas para mitigarlos.

## **X. Temas que deberán tratarse en el reglamento de la contratación pública en el contexto del Capítulo VIII de la Ley Modelo (Procedimientos de recurso), expuestos en el orden de los artículos correspondientes**

### **Generalidades**

1. Está previsto que las disposiciones de este capítulo se complementen con reglamentos y normas de procedimiento detalladas que garanticen la eficacia, rapidez y economía de los mecanismos de recurso. Dependiendo de la tradición jurídica del Estado promulgante, esas disposiciones complementarias se incluirán en el reglamento de la contratación pública o en las reglamentaciones aplicables de otras ramas del derecho.

2. Asimismo, hay otras ramas del derecho y otros organismos del Estado promulgante que pueden influir en el mecanismo de recurso previsto en el capítulo VIII, por ejemplo, si un recurso se basa en denuncias de fraude o corrupción, o de quebrantamiento del régimen de la libre competencia. En consecuencia, el reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables deberían exigir que se diera a conocer públicamente la información relativa a esa clase de denuncias, a efectos de poner sobre aviso a las autoridades competentes para que pudieran adoptar medidas apropiadas.

3. En esos instrumentos deben analizarse todas las cuestiones que pueden influir en la posibilidad de conciliar debidamente los intereses de los proveedores o contratistas con las necesidades de la entidad adjudicadora, entre ellas el grupo de personas que tengan derecho a impugnar los actos o las decisiones de la entidad adjudicadora (como se indica más adelante, en relación con el artículo 64) y las consideraciones relativas a las circunstancias en las que esa suspensión puede o no ser conveniente y en que debería levantarse la prohibición prevista en el artículo 65, como en el caso de desastres naturales, situaciones de emergencia y situaciones en que de otra forma se pudiera causar un daño desproporcionado a la entidad adjudicadora o a algún otro interesado. En ese contexto, en el reglamento de la contratación pública debe explicarse con detalle la interacción de todos los límites cronológicos pertinentes en relación con los procedimientos de recurso (entre otras cosas, la duración de la moratoria, la expiración del plazo de presentación, el período al cabo del cual caducará la prohibición prevista en el artículo 65, la duración de la suspensión y los plazos para adoptar decisiones al respecto y para las notificaciones).

4. En el reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables debería recomendarse que no se entablaran recursos paralelos y establecerse una secuencia clara de las solicitudes que puedan presentarse a las instancias administrativas y judiciales de revisión del Estado promulgante. Si se

desea, pueden incluirse disposiciones relativas a la secuencia de las solicitudes, la que puede depender de las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados promulgantes. Algunos Estados son más flexibles y no exigen que el proveedor o contratista agote todas las posibilidades que le ofrece el mecanismo de recurso ante la entidad adjudicadora para poder recurrir ante el órgano independiente o el tribunal. De modo análogo, puede permitirse al proveedor o contratista agraviado que no esté satisfecho con la decisión adoptada por la entidad adjudicadora en relación con el recurso interpuesto que apele contra esa decisión ante el órgano independiente o el tribunal. Si la solicitud se presentó directamente al órgano independiente, el recurso de apelación contra su decisión puede entablarse ante cualquier autoridad competente dentro de ese órgano, de existir esa opción, o ante el tribunal. No obstante, algunos Estados pueden exigir que se agoten todas las medidas, o algunas de ellas, antes de dirigirse al tribunal. El reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables pueden exigir que el proveedor o contratista que se sienta perjudicado primero presente una solicitud de reconsideración a la entidad adjudicadora y, después, en caso de apelar contra una decisión relativa a ese recurso, lo haga ante la estructura del órgano independiente, antes de recurrir ante el tribunal. Otra posibilidad es que se permita pasar por alto a la entidad adjudicadora, pero se exija agotar todos los recursos de que se disponga dentro de la estructura del órgano independiente antes de recurrir ante el tribunal. Al respecto, el reglamento de la contratación pública debe respetar las obligaciones internacionales del Estado promulgante, entre ellas las emanadas de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)<sup>32</sup> y del Acuerdo de la OMC sobre Contratación Pública, que pueden exigirle que garantice la posibilidad de apelar efectivamente ante un órgano independiente y que se pueda proceder a la revisión judicial de las decisiones de todo órgano de revisión que no sea un tribunal.

#### **Artículo 64. Derecho de recurso y apelación**

1. El reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables deben impartir o exigir que se imparta orientación detallada sobre la aplicación de las disposiciones del artículo 64 en consonancia con el ordenamiento jurídico y la estructura administrativa del Estado promulgante. En particular, deben precisar el grupo de personas que tienen derecho a recurrir contra cualquier acto o decisión de la entidad adjudicadora en el curso del proceso de contratación de que se trate. A diferencia de otros regímenes, la Ley Modelo otorga ese derecho únicamente a los proveedores y contratistas (esta expresión abarca a los proveedores o contratistas potenciales previstos en la definición del artículo 2, por ejemplo, los que hayan sido excluidos en la etapa de precalificación o de preselección), y no al público en general ni a los subcontratistas. Eso se debe a que ese derecho nace a raíz de una alegación del proveedor o contratista de que ha sufrido una pérdida o un daño de resultados del incumplimiento de la ley sobre la contratación pública por parte de la

---

<sup>32</sup> Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2349. La Convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 58/4. De conformidad con el artículo 68.1 de la Convención, esta entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. El texto de la Convención puede consultarse también en [www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163\\_S.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf) (consultado en mayo de 2013).



entidad adjudicadora. Esas limitaciones tienen por objeto garantizar que los recursos guarden relación con los actos o decisiones de la entidad adjudicadora en un determinado proceso de contratación y evitar que este se vea menoscabado excesivamente por recursos basados en cuestiones políticas o especulativas, o en transgresiones nominales, y también reflejan el hecho de que el mecanismo de recurso no es el único método de supervisión de que se dispone.

2. En el reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables también debe tenerse en cuenta la posibilidad de que un proveedor o contratista interponga un recurso, o la competencia de diversos organismos públicos para conocer del recurso, invocando otras normas aplicables del derecho interno del Estado promulgante, entre ellas las que establecen los requisitos que debe cumplir un proveedor o contratista para interponer un recurso u obtener reparación.

3. Todo recurso interpuesto ante el tribunal -por lo general denominado revisión judicial- queda al margen del régimen del reglamento de la contratación pública, pero tiene consecuencias para este. En consecuencia, sería conveniente que el reglamento u otras reglamentaciones aplicables se remitieran a otras normas jurídicas aplicables del Estado promulgante que establecieran la autoridad competente y las actuaciones judiciales pertinentes, de manera que tanto las entidades adjudicadoras como los proveedores y contratistas tuvieran un panorama completo de los recursos de que disponen. Eso se aplica, en particular, al mecanismo de apelación, que en la Ley Modelo únicamente está previsto por la vía judicial y con arreglo a la ley del foro competente. El reglamento u otras reglamentaciones aplicables deben disponer que se oriente a los usuarios del régimen de la contratación pública en cuanto a la posibilidad de que ese mecanismo se aplique por la vía judicial o en alguna otra instancia en los Estados promulgantes y a la manera en que funciona.

#### **Artículo 65. Efectos de un recurso**

1. En el reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables debería explicarse a las entidades adjudicadoras el alcance de la prohibición prevista en el artículo, en particular las diferencias entre esa prohibición y la suspensión que puede aplicar la entidad adjudicadora u ordenar un órgano independiente, un tribunal u otra autoridad competente. Si bien el artículo prohíbe la entrada en vigor de un contrato en vías de adjudicación hasta que se haya dirimido el recurso o la apelación, también puede ser necesario suspender el proceso de contratación. La suspensión del proceso es una medida de mayor alcance que la prohibición prevista en el artículo, dado que paraliza todo el procedimiento.

2. En alguno de esos instrumentos debería explicarse lo que se entiende por “ninguna medida que dé vigencia a un contrato en vías de adjudicación o a un acuerdo marco en vías de negociación” y que la prohibición no es absoluta (pueden invocarse razones de interés público urgente para levantarla). Toda “medida que dé vigencia a un contrato en vías de adjudicación o a un acuerdo marco en vías de negociación” abarcaría, por ejemplo, despachar una notificación de aceptación al proveedor o contratista ganador o, si eso se previera, toda medida encaminada a firmar un contrato escrito o a recibir la aprobación de otro organismo para que entrara en vigor el contrato adjudicable (o el acuerdo marco).

3. También debe explicarse la expresión “participantes en las actuaciones del recurso interpuesto” por oposición a los “participantes en el proceso de contratación”. La primera expresión abarca, en primer lugar, a la entidad adjudicadora y al o los proveedores o contratistas que hayan entablado el recurso (y, de ser pertinente, a toda autoridad pública cuyos intereses se vieran o pudieran verse afectados por la solicitud, por ejemplo, la autoridad que dé la aprobación). Por lo general se trata de un grupo más restringido que el de los participantes en el proceso de contratación, si bien, en virtud del derecho que confiere el artículo 68, puede haber más proveedores o contratistas que intenten sumarse a las partes litigantes, o entablar su propio recurso, si alegan haber sufrido una pérdida o un daño de resultas de las mismas circunstancias. En ese contexto, los “participantes en las actuaciones” pueden formar un grupo variado, lo que depende del momento en que se entable el recurso y del objeto de este. Todo proveedor o contratista que participe en el proceso de contratación con el que se relacione el recurso puede tomar parte en el ejercicio del recurso. También pueden participar otras autoridades públicas. Al respecto, por “autoridad pública” se entiende toda entidad comprendida en la definición de “entidad adjudicadora” prevista en el artículo 2, por ejemplo, las entidades que están facultadas para gestionar o utilizar un acuerdo marco, sin perjuicio del requisito previsto en el artículo 68.1 de que sus intereses puedan verse afectados por dicho recurso. Al respecto, cabe observar que la parte en un acuerdo marco cuyos intereses se vean o puedan verse afectados por el recurso será, muy probablemente, la principal entidad adjudicadora, y no otras entidades que hayan pasado a ser parte en el acuerdo marco al comienzo del proceso de contratación. Esa expresión también comprendería a toda autoridad que aprobara el contrato adjudicado en el contexto del proceso de contratación correspondiente (véanse, por ejemplo, los artículos 22.7, 30.2 y 30.5 e), en que se regula la función de la autoridad que ha de dar la aprobación).

4. En el reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables debe aclararse si un órgano independiente puede adoptar la decisión de levantar la prohibición sin que lo solicite la entidad adjudicadora. Esa opción puede ser apropiada en los Estados en que se utilice un método más indagatorio que contradictorio, pero puede serlo menos en otros.

#### **Artículo 66. Recurso de reconsideración presentado ante la entidad adjudicadora**

1. En el reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables pueden figurar disposiciones encaminadas a resolver las controversias con prontitud promoviendo el empleo del otro mecanismo de recurso previsto en este artículo. También puede exhortarse a difundir ampliamente y a explicar al público los beneficios del mecanismo de reconsideración por la entidad adjudicadora y la forma en que funciona para que se pueda utilizar con eficacia. Además, deberían establecerse mecanismos de vigilancia y seguimiento con objeto de observar la respuesta a los recursos presentados y comprobar si estos son tratados debidamente y si se obtienen los beneficios que ofrecen.

2. En alguno de esos instrumentos deben analizarse las diferencias entre la notificación con aclaraciones examinada anteriormente en el contexto del artículo 22 y una solicitud formal de reconsideración presentada ante la entidad adjudicadora. Para evitar confusión, deberían destacarse las principales diferencias entre los dos

procedimientos en lo que respecta a los objetivos, las formas de aplicarlos y los posibles resultados.

3. En alguno de los instrumentos también debe hacerse hincapié en que no es posible presentar un recurso de reconsideración a la entidad adjudicadora si el contrato adjudicado ha entrado en vigor; por el contrario, después del período de formación del contrato el recurso estará comprendido en el ámbito de competencia del órgano de revisión independiente o judicial, es decir, el órgano independiente o el tribunal. Además, debería explicarse que, si se entabla un recurso ante un órgano independiente o un tribunal, cesa la competencia de la entidad adjudicadora con respecto al recurso anterior. No obstante, la entidad adjudicadora puede seguir adelante con la medida correctiva en el proceso de contratación correspondiente, siempre y cuando esa medida no contravenga una orden del órgano independiente o del tribunal, u otras disposiciones de derecho interno. Si el recurso interpuesto ante un órgano independiente o un tribunal es de alcance limitado, sus consecuencias exactas para el recurso anterior presentado a la entidad adjudicadora estarán reguladas por el derecho interno, y el reglamento deberá remitirse debidamente a las normas aplicables.

4. En lo que respecta a los plazos para presentar recursos de reconsideración, en el reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables deberían explicarse los siguientes aspectos:

a) Que por “condiciones de la convocatoria, de la precalificación o de la preselección” se entenderá toda cuestión suscitada por el proceso de contratación antes de que venza el plazo para la presentación de solicitudes de precalificación o preselección o de ofertas, por ejemplo, la elección de un método de contratación o de un método de convocatoria cuando exista la opción entre la convocatoria abierta y la directa y la limitación de la participación en el proceso de contratación de conformidad con el artículo 8. Así pues, quedan excluidas las cuestiones planteadas en el curso de la precalificación o la preselección, previstas en la segunda parte del apartado 2 a) del artículo, o durante el examen y la evaluación de las ofertas, previstas en el apartado 2 b) del artículo;

b) La frase “antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas” en el contexto del apartado 2 a), y puede establecerse el plazo máximo absoluto para presentar recursos, a fin de evitar que se presenten recursos obstructivos (y tal vez caprichosos) justo antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas. El objetivo debería ser que los recursos relacionados con las condiciones de la convocatoria, la precalificación o la preselección y con las decisiones adoptadas por la entidad adjudicadora en las etapas de precalificación o preselección se presentaran lo antes posible;

c) Cuándo se consideraría que un recurso no se presentó a tiempo y debe ser desestimado por la entidad adjudicadora. Por ejemplo, cuando se ha decretado una moratoria y se necesita la aprobación de otra autoridad para que entre en vigor el contrato adjudicado (o el acuerdo marco celebrado), un recurso interpuesto tras cumplirse el período de la moratoria, pero antes de aprobarse el contrato, estará fuera de plazo; y

d) Que el plazo opcional previsto en el apartado 2 b) es aplicable a todas las situaciones en que no se haya decretado una moratoria (por ejemplo, por haberse invocado una excepción legítima o por razones de ilegalidad).

5. El reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables pueden establecer o exigir que se establezcan las normas procesales que regirían los recursos de reconsideración. En esas normas pueden abordarse los siguientes aspectos:

a) El material probatorio que ha de presentar el solicitante para fundamentar las razones por las que, a su juicio, se justifique la reconsideración o medida correctiva solicitada. La forma de hacerlo diferirá según el caso, y es necesario conceder flexibilidad al respecto. Sin embargo, la regla supletoria debería ser que la solicitud de reconsideración se presentara acompañada de todo el material probatorio de que se dispusiera; presentarlo más tarde puede frustrar el propósito de exigir a la entidad adjudicadora que la atienda con prontitud;

b) Los plazos para notificar a todos los interesados, así como la manera de hacerlo y los medios necesarios. El objetivo es garantizar que se informe a todos los interesados, entre ellos los participantes en el proceso de contratación (aunque no hayan facilitado sus señas), de que se ha presentado el recurso. En un contexto electrónico, por ejemplo, lo mejor sería publicar ese aviso en el mismo sitio web en que se publicó el del inicio de la contratación; en consecuencia, el reglamento debería alentar o exigir a la entidad adjudicadora que así lo hiciera;

c) El orden en que la entidad adjudicadora habrá de examinar las diversas cuestiones y adoptar decisiones al respecto (por ejemplo, si se presentó el recurso dentro del plazo fijado; si el autor del recurso está legitimado para presentarlo; si se observan errores manifiestos en los fundamentos de hecho o de derecho del recurso o en la comprensión de la reglamentación, o, en los casos en que el recurso carezca de fundamento u obedezca a un capricho, si el carácter del recurso y el momento en que se presentó, así como los hechos y circunstancias de la contratación correspondiente, justifican la suspensión del procedimiento y, de ser así, durante cuánto tiempo, así como las medidas correctivas que deben adoptarse;

d) La forma, el modo y el lugar en que se dejará constancia de todas las decisiones adoptadas por la entidad adjudicadora durante el procedimiento de recurso de reconsideración y su contenido mínimo (por ejemplo, que las decisiones consten por escrito y que se indiquen la o las medidas adoptadas y las razones para hacerlo, lo que no solo coadyuvará a la comprensión del proceso y, de esa forma, a prevenir controversias ulteriores, sino que también facilitará todo recurso administrativo o judicial que se desee presentar posteriormente, y que todo eso forme parte del expediente del proceso de adjudicación). Al respecto, cabe observar que, si bien en algunos regímenes de la contratación el hecho de que la entidad adjudicadora no se pronuncie respecto de un recurso puede interpretarse como desestimación de este, en la Ley Modelo se exige que la desestimación conste por escrito. Por lo tanto, en el reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables debe aclararse el efecto de que la entidad adjudicadora no se pronuncie sobre un recurso dentro de los plazos establecidos por la ley para adoptar medidas y decisiones al respecto (lo que abarca las notificaciones previstas en el párrafo 3 del artículo), en particular, que el hecho de que no haya un pronunciamiento o de que no se adopten medidas puede dar lugar a un recurso de revisión ante un tribunal u otra autoridad competente del Estado promulgante;

e) En el contexto del artículo 67.8, la manera en que la entidad adjudicadora facilitará acceso efectivo al órgano independiente a todos los documentos que obren

en su poder y que sean pertinentes para el proceso de adjudicación objeto de la revisión, así como los medios para hacerlo, todo lo cual debe cumplir el requisito impuesto por la ley de acceso rápido después de recibir la notificación del recurso. Eso puede resultar más fácil si se utilizan medios informatizados;

f) Los derechos de las personas que se sumen al proceso de reconsideración, entre otros el derecho de presentar una solicitud para que se levante una suspensión decretada;

g) La manera de tratar la información reservada, entre otras cosas en el contexto de la adopción de decisiones y el despacho de notificaciones, así como del acceso al expediente por parte de los litigantes y del órgano independiente. Al respecto, en el reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables puede explicarse, en particular, el propósito de las disposiciones que exigen dar aviso del contenido del recurso: eso permite a la entidad adjudicadora evitar que se revele información potencialmente reservada sin tener que expurgar el texto.

6. En el reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables deben explicarse los efectos jurídicos de la desestimación del recurso, en particular que esta constituye un pronunciamiento acerca de la solicitud y, como tal, puede ser impugnada; si no lo es, da lugar a que se levante la prohibición de la entrada en vigor del contrato adjudicado o del acuerdo marco tras haber vencido el plazo previsto en el artículo 65 para entablar un recurso o apelar contra la decisión.

7. En alguno de esos instrumentos debe impartirse orientación a las entidades adjudicadoras con respecto a las medidas correctivas que pueden adoptar: por ejemplo, rectificar el curso de la contratación para compatibilizarlo con el régimen legal o reglamentario de la contratación pública o con toda otra norma aplicable; si se ha aceptado una oferta y se demuestra que debería haberse aceptado otra, abstenerse de dar el aviso de aceptación al proveedor o contratista aceptado inicialmente y aceptar, en su lugar, la otra oferta, o cancelar el proceso de contratación y abrir otro.

8. A fin de reducir lo más posible los riesgos de abuso de la facultad discrecional de la entidad adjudicadora con respecto a la imposición de una suspensión, en alguno de esos instrumentos se deben dar ejemplos de circunstancias en que sería necesario imponerla. Otro criterio sería reglamentar el ejercicio de la facultad discrecional de la entidad adjudicadora para decidir acerca de la suspensión del proceso de adjudicación. Esa medida puede ser particularmente apropiada si la entidad adjudicadora carece de experiencia en materia de procedimientos de recurso, si en el proceso de adjudicación en cuestión las decisiones han sido adoptadas por otro organismo, o si se desea promover la resolución rápida de las controversias fomentando la presentación de recursos a la entidad adjudicadora en primer lugar. Si se prefiere ese criterio, en el reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables deberían incluirse disposiciones más prescriptivas, teniendo en cuenta la necesidad de conciliar el derecho del proveedor o contratista a que se examine su recurso o apelación con la necesidad de la entidad adjudicadora de concluir un contrato (o acuerdo marco) de una manera económica y eficiente, sin demoras ni perturbaciones indebidas en el proceso de adjudicación.

#### **Artículo 67. Recurso de revisión ante un órgano independiente**

1. En el reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables de los Estados promulgantes que deseen establecer un mecanismo de revisión independiente deberá determinarse el órgano adecuado al que se encomendará esa función, ya sea una entidad existente o una nueva entidad creada con ese fin. Puede ser, por ejemplo, un órgano supervisor de la contratación pública en general o algún otro órgano pertinente cuya competencia se extienda a otros asuntos (por ejemplo, el órgano que ejerza control y supervisión financieros de las operaciones del Estado y de la administración pública en general (aunque el alcance de la revisión no debe limitarse a tal control y supervisión)), o una instancia administrativa especial cuya competencia sea, exclusivamente, resolver las controversias en el ámbito de la contratación pública.

2. Alguno de esos instrumentos debería regular la composición y el funcionamiento de ese órgano; debería destacarse la importancia que revisten la independencia y los conocimientos especializados de las personas que actúen en él. Se debe asignar importancia especial a las pruebas, la confidencialidad y la celebración de audiencias a fin de asegurarse de que todas las partes que intervengan en los procedimientos sean plenamente conscientes de sus derechos y obligaciones al respecto, garantizar la coordinación de todos los procedimientos y posibilitar una apelación eficaz y eficiente de una decisión de un órgano independiente. Se podría permitir que representantes de la sociedad civil y otros agentes observaran el desarrollo de los procedimientos de recurso y disponer los medios necesarios para hacerlo, en consonancia con la tradición jurídica del Estado promulgante interesado.

3. Se necesitarán normas procesales sólidas para asegurarse de que en las actuaciones las cuestiones controvertidas se examinen con la profundidad necesaria y en su debido momento. El reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables deben establecer o exigir la formulación de normas procesales y directrices relativas al funcionamiento del órgano independiente que abarquen los siguientes aspectos:

a) La forma en que deben presentarse los recursos, entre ellos los que tengan por objeto permitir que el proceso de adjudicación siga su curso debido a consideraciones de interés público urgentes (por ejemplo, si es presentado por la entidad adjudicadora ex parte, o inter partes);

b) Las cuestiones relativas a las pruebas y el examen de estas, entre otras cosas, normas y procedimientos claros en lo que respecta a los elementos y las pruebas que debería presentar la entidad adjudicadora para fundamentar las razones de interés público urgente de su solicitud;

c) La manera de llevar a cabo el proceso de revisión (por ejemplo, si se han de celebrar audiencias públicas);

d) Cuestiones relativas a los observadores;

e) Los medios para que el órgano independiente dé aviso rápidamente a todos los interesados y el modo y lugar de publicación de las notificaciones y los medios para hacerlo, si así lo exige la ley;

f) La facultad de la entidad adjudicadora para hacer averiguaciones si debe adoptar la decisión sobre la suspensión antes de que el órgano independiente haya

podido examinar los documentos relativos al proceso de contratación, entre ellos el expediente completo de esta;

g) Los derechos de las entidades cuyos intereses puedan verse afectados por el recurso (entre ellas, otras entidades públicas), lo que abarca intervenir en el procedimiento de recurso o solicitar que se levante una suspensión decretada;

h) Las medidas correctivas que puede ordenar de inmediato el órgano independiente en los casos que den lugar a la suspensión automática del proceso de adjudicación prevista en el párrafo 4 del artículo, entre ellas, ordenar a la entidad adjudicadora que prorrogue el plazo para la presentación de ofertas o que corrija las condiciones de la convocatoria, la precalificación o la preselección;

i) La competencia para conocer de los recursos presentados al órgano independiente fuera de plazo (en el apartado 2 c) del artículo se otorga al órgano independiente la facultad para desestimar el recurso aunque se haya establecido que está motivado por razones de interés público importantes; tampoco se prohíbe al órgano independiente que admita a trámite los recursos presentados fuera de plazo, aun cuando no existan razones de interés público importantes). En las normas se pueden dar ejemplos de circunstancias que pueden justificar la admisión de un recurso habiendo ya expirado la moratoria, por ejemplo, en caso de que se hayan descubierto irregularidades fraudulentas o actos de corrupción;

j) La manera de facilitar el acceso a toda la documentación relativa al proceso de contratación que obre en poder de la entidad adjudicadora (en forma tangible o virtual), previendo, por ejemplo, que los documentos pertinentes se vayan facilitando gradualmente (se podría presentar una lista de todos los documentos al órgano independiente para que este pudiera determinar los documentos relacionados con el procedimiento de contratación pertinente). Se debería tratar de evitar que se trastornaran excesivamente los procesos de contratación y de revisión proporcionando medios seguros y eficientes para transmitir esos documentos y haciendo notar la conveniencia de utilizar instrumentos informatizados para facilitar la tarea. Al respecto, en las normas deben preverse los procedimientos necesarios para levantar las restricciones que pesen sobre la divulgación de información confidencial, previstas en los artículos 24 y 25.4 de la Ley Modelo, en particular, determinar si el órgano independiente es el órgano competente del Estado promulgante para levantar esas restricciones, o si debe solicitar la orden para levantarlas a un tribunal u otro órgano competente del Estado promulgante;

k) Las normas para regular el acceso de todos los participantes en las actuaciones del recurso al expediente de este (que, con arreglo al artículo 67.8, comprende el expediente del proceso de contratación), entre otras cosas, por ejemplo, la exigencia de que demuestren su interés en los documentos a los cuales solicitan acceso; esa medida tiene por objeto permitir que el órgano independiente ejerza un control eficaz del procedimiento y evitar que los proveedores o contratistas lleven a cabo búsquedas exhaustivas en los documentos en el caso de que descubran cuestiones de importancia;

l) La manera de tratar la información reservada, entre otras cosas en el contexto de la adopción de decisiones y el despacho de notificaciones y en lo que respecta a dar acceso al expediente a los participantes en las actuaciones.

4. En el contexto del apartado 9 i), en el reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables del Estado promulgante se deberían abordar las cuestiones relacionadas con la cuantificación de las pérdidas sufridas en el proceso de contratación. Al respecto, debe tenerse en cuenta el trato que se da en el derecho interno a las pérdidas puramente económicas, de manera de lograr uniformidad en la determinación de las indemnizaciones en todo el Estado de que se trate (incluso el grado en que la indemnización dependa de que el solicitante pruebe que habría ganado el contrato en cuestión si no hubiera sido por el incumplimiento de las normas por parte de la entidad adjudicadora). La posibilidad de recibir una indemnización puede aumentar el riesgo de promover recursos especulativos y de perturbar el proceso de adjudicación. También puede aumentar el riesgo de abuso si la facultad para otorgar indemnizaciones se ha conferido a una entidad pequeña o a unas pocas personas. Por consiguiente, las reglamentaciones aplicables pueden exigir que se supervise la gestión del régimen de indemnización en los procedimientos de recurso, especialmente si se trata de un sistema cuasi judicial incipiente. Eso debería complementarse con un examen periódico del mecanismo de recurso en su totalidad para cerciorarse de que esté funcionando eficazmente en lo que respecta a permitir y alentar, cuando proceda, a los proveedores o contratistas a recurrir a él.

**Artículo 68. Derechos reconocidos, en todo recurso interpuesto, a los demás participantes en el proceso objeto del recurso**

1. En el reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables debería explicarse que el párrafo 1 tiene por objeto dar la posibilidad a todos los proveedores o contratistas “que participen en el proceso de contratación” de participar en las actuaciones abiertas a raíz del recurso, siempre y cuando participaran en el proceso en cuestión en el momento de interponerse el recurso. Así pues, se excluye a todo el que haya sido eliminado en la etapa de precalificación u otra etapa similar del proceso, salvo que esa medida constituya un acto o decisión de la entidad adjudicadora con la que guarde relación el recurso. Eso está basado, como se indicó anteriormente en el contexto del artículo 64, en la noción de que se reconoce el derecho a participar en las actuaciones a todo proveedor o contratista, u otro posible participante, que pruebe que sus intereses pueden verse afectados por el recurso interpuesto. También debería preverse la posibilidad de que otros interesados participaran en el procedimiento de recurso, ya que la entidad adjudicadora está interesada en que toda queja se ventile y se le dé a conocer la información correspondiente lo antes posible. El reglamento de la contratación pública u otras reglamentaciones aplicables pueden establecer una nomenclatura adecuada para identificar con más precisión a los diversos participantes.



2. En las normas aplicables a la gestión de las actuaciones por la entidad adjudicadora y el órgano independiente, respectivamente, examinadas anteriormente en el contexto de los artículos 66 y 67, debería preverse el respeto del principio de las garantías procesales durante el procedimiento de recurso y establecerse los derechos de todos los participantes en las actuaciones correspondientes, diferenciando los derechos más amplios del autor de la solicitud y de la entidad adjudicadora de los de otros interesados, y los derechos de esos dos grupos de los de toda otra persona que pueda estar presente durante las audiencias públicas (como los representantes de la prensa). Todo eso tiene por objeto lograr que las actuaciones puedan seguir su curso con la debida fluidez y que los proveedores o contratistas puedan participar efectivamente.

**Artículo 69. Confidencialidad de las actuaciones abiertas en la sustanciación de un recurso**

Las cuestiones que deben reglamentarse son las mencionadas anteriormente en el contexto de los artículos 24, 25.4, 66 y 67.

---