

13

**Compras Públicas
e Innovación:
Coordinación
y Competencia**

Luis Gil Abinader*

*Investigador de la Cátedra OMC FLACSO Argentina

PROGRAMA DE CÁTEDRAS DE LA OMC | FLACSO

**Compras Públicas e Innovación:
Coordinación y Competencia**

Luis Gil Abinader



FLACSO
ARGENTINA

Publicado por
Cátedra OMC FLACSO Argentina
Ayacucho 555
(C1026AAC), Buenos Aires
Tel: (5411) 5238-9459
www.catedraomc.flacso.org.ar

La generación de conocimiento local en el marco del trabajo de la OMC es una de las prioridades de la Cátedra OMC FLACSO Argentina. La Cátedra aspira a posicionarse como un punto focal, favoreciendo el abordaje de los principales temas desde ángulos holísticos y al mismo tiempo proporcionando una línea de investigación flexible y creativa. En ese sentido, la Cátedra está orientando sus esfuerzos hacia investigaciones sobre los temas de mayor impacto y trascendencia para Latinoamérica en general, la Argentina en particular: medioambiente, comercio de commodities, governance, propiedad intelectual, trato especial y diferenciado, la Ronda de Doha, entre otros. Esta investigación es resultado de esos esfuerzos.

Para más información sobre la Cátedra, visite: catedraomc.flacso.org.ar

La Cátedra OMC FLACSO Argentina agradece sus comentarios sobre este documento. Si desea, puede enviarlos a catedraomc@flacso.org.ar.

Disponible en <http://catedraomc.flacso.org.ar/>

Las opiniones expresadas en éste artículo son responsabilidad exclusiva del autor y no necesariamente reflejan el punto de vista de la Cátedra OMC ni FLACSO Argentina.

COMPRAS PÚBLICAS E INNOVACIÓN: Coordinación y Competencia*

LUIS GIL ABINADER

Este documento analiza las compras gubernamentales como un instrumento de políticas públicas para promover la innovación. A tales fines, caracteriza el proceso de innovación como un fenómeno ubicuo, favorecido por las actividades de cooperación e interacción; examina el procedimiento de adquisición de un sistema de comunicaciones por parte del INTA, en Argentina, que verifica el empleo de mecanismos de coordinación e interacción; destaca las tensiones entre esas prácticas y las disposiciones del ACP de la OMC, el cual enfatiza en promover la competencia; y formula estrategias para negociaciones futuras.

This working paper analyses government procurement as an instrument to promote innovation. Therefore, characterizes the process of innovation as an ubiquitous phenomenon, favored by cooperation and interaction activities; examines the acquisition of a telecommunications system by the INTA, in Argentina, that confirms the use of this coordination and interaction mechanisms; addresses the tensions between those practices and the provisions of the GPA of the WTO, which emphasizes in promoting competition; and formulates strategies for future negotiations.

Palabras Claves: Innovación, Compras Públicas, Coordinación, Interacción, Competencia, ACP, OMC
Key Words: Innovation, Public Procurement, Coordination, Interaction, Competition, GPA, WTO

I. Compras Gubernamentales como instrumento de Política Pública

Las *compras públicas* son las operaciones de contratación y adquisición de bienes y servicios realizadas por el Estado, para cumplir con los objetivos que la sociedad le ha encomendado. El objeto de estas operaciones es diverso, cubriendo desde construcción de infraestructura vial hasta adquisición de equipos de salud o telecomunicaciones. Su grueso es también significativo, estimado entre el 10% y 15% del producto interno bruto mundial¹. Es por esos motivos que estas operaciones tienden a estar reguladas por leyes específicas, con el propósito de garantizar el buen funcionamiento del sector público, y en especial, la transparencia y la rendición de cuentas².

La promoción de la innovación es uno de los objetivos prioritarios de los Estados. El desarrollo y difusión de nuevos productos o servicios tiende a enfrentar cuellos de botellas en el mercado. Entre ellos: las asimetrías de información (p. ej., productores que no conocen las preferencias de los usuarios, usuarios que no están al tanto de nuevos desarrollos); falta de interacción entre el usuario y el productor; falta de voluntad para cambiar de tecnologías (debido a los costos, p. ej.); dependencias de senderos tecnológicos; y la falta de conciencia y articulación de políticas públicas.

Las políticas públicas, estructuradas en diseños institucionales adecuados, precisamente, pueden enfrentar estos obstáculos. El empuje estatal, mediante su sistema de compras gubernamentales, es en este contexto una herramienta indispensable. El sector público puede actuar como un primer solicitante, asumiendo parte del riesgo y la incertidumbre que implica innovar³. Los contratos gubernamentales ejercen un efecto palanca sobre las firmas con nuevas soluciones pero poco capital o potencial de entrar en aversión al riesgo⁴. Las compras gubernamentales pueden así sentar una plataforma de escala, impulsando productos y servicios que no han logrado difusión en el mercado, pero que pueden representar una herramienta importante de desarrollo para los sectores público y privado⁵. Colocando

* Documento presentado en la 3ra Jornada de Relaciones Internacionales, "Discutiendo las Bases del Diálogo Regional en la Dinámica de la Política Internacional", de FLACSO Argentina, celebradas del 25 al 26 de octubre 2012, en Buenos Aires, Argentina.

1. ANDERSON, Robert D., PELLETIER, Philippe, KODJO, Osei-Lah, MÜLLER, Anna Caroline, "Assessing the Value of Future Accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some New Data Sources, Provisional Estimates, and an Evaluative Framework for Individual WTO Members Considering Accession", World Trade Organization, Ginebra, 2011, P.9

2. ROZENWURCEL, Guillermo & FERNÁNDEZ, Mariana López, "Compras Públicas en América Latina y el Caribe ¿Internacionalizar o no internacionalizar? ¿Quién, cómo, cuándo?", Cátedra OMC FLACSO Argentina, Buenos Aires, 2012, P.2

3. KATTEL, Rainer & LEMBER, Veiko, "Public Procurement as an Industrial Policy Tool: an Option for Developing Countries?", Journal of Public Procurement, Vol.10, No.3, PP.368-404, Invierno 2010, P.377

4. CONNELL, David, "'Secrets' of the World's Largest Seed Capital Fund: How the United States Government Uses its Small Business Innovation Research (SBR) Programme and Procurement Budgets to Support Small Technology Firms", CBR, University of Cambridge, Cambridge, 2006, P.4

su sustancial empuje financiero detrás de las innovaciones en las etapas tempranas de adopción, el Estado puede acelerar la circulación de un producto innovador, acercándolo a la etapa de adopción masiva en el mercado privado⁶. Fija la dirección y eleva el umbral de los estándares técnico del mercado⁷. De esta forma, también mejora su capacidad de absorción tecnológica⁸ y genera derrames de conocimiento sobre la sociedad.

Pero esta diversidad de opciones constituye sólo una parte del menú de objetivos que se puede buscar con las compras públicas. Las compras gubernamentales también se han señalado como herramienta para reducir el gasto público y evitar la discriminación entre los proveedores del Estado. Los distintos objetivos pueden estar transitando trayectorias bifurcadas. Por estos motivos, “*un trade-off* [entre los distintos objetivos deseados] es muchas veces inevitable, dado que puede haber poca compatibilidad entre los objetivos variados a los cuales las compras públicas pueden potencialmente servir.”⁹ Mientras que para promover la innovación el Estado debe asumir un rol coordinador –que requieren una participación activa e interactiva y una serie de capacidades técnicas específicas¹⁰ –, los sistemas de compras públicas han sido originalmente diseñados para reducir la intervención del Estado y fomentar la competencia entre las firmas privadas.

El resto de este documento analizará la cooperación como promotor de la innovación y su relación con el esquema de competencia consagrado en los principios tradicionales de compras públicas.

II. Cooperación

La innovación es un proceso ubicuo y complejo que ocurre prácticamente en todos los lugares, durante lapsos indefinidos. Lejos de ser lineal, es un proceso caótico, matizado por múltiples factores, y donde el aprendizaje interactivo y la interacción usuario-productor es esencial¹¹. “[L]as firmas casi nunca innovan en aislamiento, sino que interactúan con otras organizaciones para obtener, desarrollar e intercambiar varios tipos de conocimiento, información y recursos.”¹² Para resolver los problemas técnicos, además de contar con las tecnologías y las habilidades necesarias, es fundamental entender el problema¹³. Pero las soluciones no necesariamente se desprenden directamente del problema. La atención del innovador oscila constantemente entre el problema y la solución; así, un entendimiento de ambos se desarrolla gradualmente¹⁴. Posteriormente, el consumidor evalúa los resultados del proceso de innovación respecto de sus necesidades, y vuelve a retroalimentar el proceso¹⁵. La comprensión entre el productor y las necesidades del usuario es entonces primordial. En especial en las etapas iniciales, correspondiente a la *fase fluida* del desarrollo tecnológico, caracterizada por altos niveles de incertidumbre comercial y técnica¹⁶.

Es en este contexto en el que, para promover la innovación, el diseño institucional de compras públicas debe favorecer la coordinación e interacción. Esta puede tener una configuración horizontal, con instituciones compactas e inter-conectadas, con el mandato expreso de insertar la innovación entre los objetivos de compras públicas. A ese péndulo institucional debe sumarse la coordinación vertical, también de importancia cardinal. Políticos, formuladores de políticas públicas, agencias compradoras y proveedores deben establecer vínculos estrechos. En especial, esa relación debe cimentarse en canales de comunicación en sentidos descendiente y ascendiente¹⁷.

Estos canales de comunicación habilitan interfaces de interacción entre las autoridades de compras públicas y el mercado¹⁸. Permiten reunir información sobre la disponibilidad de la solución deseada y la capacidad actual de desarrollar una. La interacción

5. BRENTON, James, DAWAR, Kamala & KUNTZE, Jan-Christoph, “*Issues and Tensions in Public Procurement of ‘Green Innovation’: A Cross-Country Study*”, The Graduate Institute, Center for Trade and Economic Integration, Ginebra, 2011, P.6

6. BRENTON, James, DAWAR, Kamala & KUNTZE, Jan-Christoph, Op. Cit., nota 5 supra, P.8

7. *Ibidem*

8. BODEWES, Hanneke, HARGESKOG, Sven-Eric, MÜLLER, Lysann, OTTOLANDER, Michiel, THEVISSSEN, Peter, VEYS, Christophe & WIDMARK, Nina, “*Exploring Public Procurement as a Strategic Innovation Policy Mix Instrument*”, EU Project Procurement of Innovation, Berlín, 2009, P.25

9. BRENTON, James, DAWAR, Kamala & KUNTZE, Jan-Christoph, Op. Cit., nota 5 supra, P.5

10. KATTEL, Rainer & LEMBER, Veiko, Op. Cit., nota 3 supra, P.387

11. EDLER, Jakob, PAPANAKOU, Mona, RUHLAND, Sascha, HAFNER, Sabine, RIGBY, John, GEORGHIOU, Luke, HOMMEN, Leif, EDQUIST, Charles, ROLFSTAM, Max, TSIPOURI, Lena, “*Innovation and Public Procurement Review of Issues at Stake*”, Fraunhofer Institute for Systems and Innovation Research, 2005, P.6

12. EDQUIST, Charles & ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, Jon Mikel, “*Public Procurement for Innovation (PPI) as Mission-oriented Innovation Policy*”, Research Policy, version del 7 de Abril, 2012, aceptado para publicación durante el 2012, P.4

13. CONNELL, David, Op. Cit., nota 4 supra, P.34

14. ROLFSTAM, Max, “*The Utilities Directive and How it Might Affect Innovation: the Case of Innovative Procurement of Maritime Radio Technology*”, Public Procurement Law Review, No. 6, 2007, P.440

15. CONNELL, David, Op. Cit., nota 4 supra, P.35

16. GAVRAS, Anastasios, HOMMEN, Leif, RUHLAND, ROLFSTAM, Max, VASILEIADIS, Nikos, MAVIS, Michalis, CARDOSO, Luis Sousa, TSIGOS, Dimitrios, “*Procurement as an Innovation Instrument*”, INNO-utilities, Octubre 2005, P.27

17. BODEWES, Hanneke, et al, Op. Cit., nota 8 supra, P.27

puede consistir en análisis exploratorios previos, acompañados de consultas directas con el mercado. De esta forma, las plataformas consultivas permiten entrelazar los objetivos de la demanda pública con las potencialidades de los suplidores disponibles. Los actores del mercado adquieren conocimientos sobre los intereses e intenciones de las autoridades licitadoras. Las autoridades determinan si existe concurrencia entre sus propias necesidades y la capacidad del mercado de satisfacerlas.

En todo caso, la agencia gubernamental debe formarse una idea sólida del tipo de innovación específica que busca desarrollar y una opinión informada sobre el estado actual y futuro del mercado¹⁹. En términos generales, la compra pública inicia con el anuncio de licitación, seguido de la presentación de ofertas de (potenciales) suplidores. ‘Traducir’ los problemas, necesidades y retos en requisitos funcionales –y plasmarlos en un pliego de condiciones– exige suficiente capacidad por parte de la organización compradora. Las especificaciones funcionales incluidas en las bases del concurso deben constituir soluciones a los retos, pero también ser alcanzables de cara al estado actual de la técnica. La ‘traducción’ de los requisitos funcionales en especificaciones técnicas requiere también un grado de sofisticación de los suplidores. “Ambas ‘traducciones’ determinarán juntas el futuro tecnológico y la trayectoria de los productos de la innovación.”²⁰

Las ofertas, su variedad y calidad, responden a las especificaciones técnicas establecidas en el pliego de condiciones. Si la autoridad compradora no otorga libertad a los licitantes para proveer soluciones innovadoras, esa licitación probablemente generaría un entusiasmo sub-óptimo en el mercado. Por tanto, es crucial “no definir esas especificaciones en forma demasiado rígida, sino dejar medios abiertos por los cuales las compañías puedan probar que alcanzarían los resultados deseados.”²¹ El pliego de condiciones, en definitiva, debe ser un documento dúctil y estratégico.

Un procedimiento demasiado formal y restrictivo, que obstruya la colaboración, constriñe al licitante a especificar puntualmente requisitos técnicos. De no satisfacerse, obligaría a dejar desierta la licitación²². Desistir del proyecto de innovación retrasaría a la institución en su agenda social, e incrementaría los desincentivos para incurrir en compras públicas de innovación frente a compras de soluciones ya conocidas. El pliego de condiciones debe constituir entonces una guía sobre los objetivos de adquisición deseados. Pero debe estar exenta de preferencias en torno a una solución frente a otras, y contener, en cambio, suficiente flexibilidad técnica. Si la solución no se puede desprender directamente del problema técnico planteado en el pliego de condiciones, el procedimiento debe permitir colaboración entre el comprador y los suplidores. Permitir cierto grado de negociación e interacción diádica para acercar el problema al estado de la técnica. Esto dejaría espacio al suplidor para explorar y desarrollar soluciones técnicas innovadoras²³.

III. Caso INTA (Argentina)

Los ejemplos de compras públicas conforme con estos preceptos, a fin de promover la innovación, no abundan en países de América Latina y el Caribe. En gran medida porque la promoción de la innovación mediante las compras públicas en general no se ha adoptado como un objetivo político en la región. De ahí que las agencias que implementan este tipo de prácticas resultan notorias.

Una de estas es el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), en Argentina. Esta institución cuenta con un “Manual de Procedimientos Institucionales de Contrataciones de Bienes y Servicios”, supeditado a la legislación argentina sobre compras gubernamentales. Este manual sigue a grandes rasgos el procedimiento convencional de compras públicas de bienes y servicios: requiere la publicación de un pliego de bases y condiciones, dotado de publicidad y difusión. A partir de este pliego, y dependiendo del tipo de licitación, se presentan las ofertas. Las ofertas recibidas son examinadas por una comisión de evaluación, que dictamina la selección del ganador.

La particularidad, empero, radica en la adopción de importantes flexibilidades durante el proceso. Una de estas, prevista en el artículo 33, es la puesta del pliego de condiciones a disposición del público, a los fines de formular “observaciones”. Según el texto del manual, “[l]a Unidad contratante podrá convocar a reuniones para recibir observaciones al proyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares o **promover el debate entre los interesados** acerca del contenido del mismo” [énfasis añadido]. El manual reconoce este procedimiento como una “negociación [o] intercambio de opiniones.” De cara al artículo 34 del manual, el contratante tendrá en cuenta “las opiniones vertidas por los interesados” a los fines de elaborar el Pliego de Bases y Condiciones Particulares Definitivo. Este trámite busca pues “obtener un mejor resultado de la contratación” al tiempo que preserva la “igualdad entre interesados[,] la competencia[,] transparencia y [l]a ética.”

En la práctica, se ha verificado el uso de esta herramienta para promover la innovación. Este ha sido el caso, por ejemplo, de la adquisición de un “Sistema de Comunicaciones de Datos e Internet a Unidades del INTA²⁴”. Este procedimiento tiene como objetivo contratar

18. BODEWES, Hanneke, et al, Op. Cit., nota 8 supra, P.19

19. BRENTON, James, DAWAR, Kamala & KUNTZE, Jan-Christoph, Op. Cit., nota 5 supra, P.11

20. EDQUIST, Charles & ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, Jon Mikel, Op. Cit., nota 12 supra, P.23

21. EUROPEAN COMMISSION, “Public Procurement for Research and Innovation”, Expert Group Report – Developing Procurement Practices Favorable to R&D and Innovation, Bélgica, Septiembre 2005, P.16

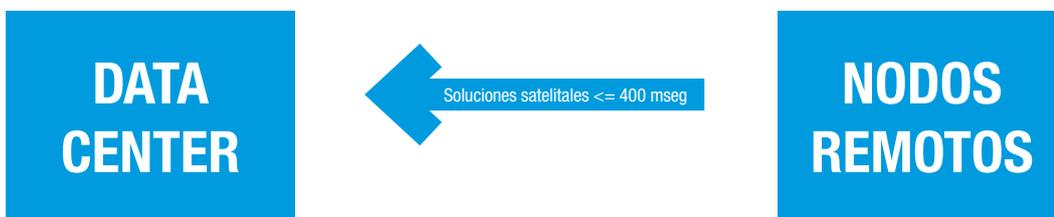
22. ROLFSTAM, Max, “Public Procurement of Innovation”, Lund University, Suecia, 2010, P.20

23. BODEWES, et al, Op. Cit., nota 8 supra, P.48

una red de telecomunicaciones para llevar a cabo la integración de los servicios de telecomunicaciones del INTA y la vinculación de los radares meteorológicos de clima y agua. Puntualmente, la infraestructura de red propuesta “permitirá la conectividad a Internet necesaria para las actividades diarias del INTA y la transferencia de información entre todos los nodos del sistema.” A tales fines, “interconectará las unidades del INTA y el data center [] con el centro de operaciones de la red”. El INTA “pretende que la tecnología de los enlaces tengan la mayor disponibilidad posible, el menor retardo de transporte (RTT), [] y menor tasa de descarte de paquetes (PLR).”

El pliego inicial, entonces, fijó como requisito, entre otros, un retardo máximo del transporte de la información en soluciones no satelitales menor o igual a 50 milisegundos (≤ 50 mseg); y, en las soluciones satelitales debía ser menor o igual a 400 milisegundos (≤ 400 mseg). En ambos casos, el retardo se mediría en un solo sentido entre la interface de terminación del lado del usuario y la interface LAN del router ubicado en la calle Chile No. 460 y Rivadavia No. 1439 de la Ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, el 24 de julio del 2012, durante el proceso de observaciones establecido en el manual del INTA, uno de los licitantes, “[c]onsiderando la naturaleza propia del funcionamiento de los enlaces satelitales”, consultó sobre la posibilidad de “cambiar el valor del retardo máximo a (≤ 500 mseg).”²⁵ En respuesta a esa solicitud, el INTA flexibilizó ese requisito para soluciones satelitales “con un retardo máximo round-trip entre el nodo remoto y el nodo Chile/Rivadavia ≤ 900 mseg.” La agencia además requería que los equipamientos puedan operar en temperaturas de 0° a 40° C y humedad relativa de 10 a 85%. No obstante, “considerando [que] el equipamiento funcionará indoor”, un licitante solicitó “flexibilizar ligeramente este requerimiento a: temperatura de operación [de] 5° a 40° C [y] humedad relativa [de] 10 a 80%.”

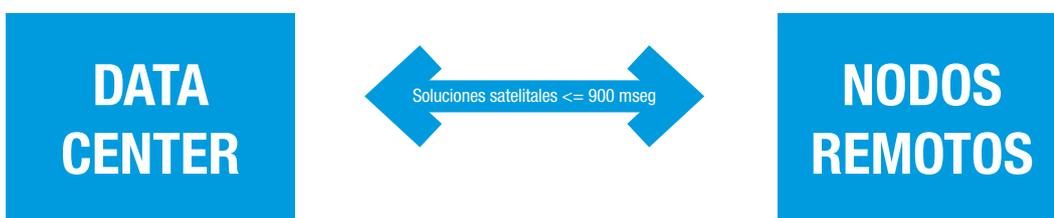
Gráfico I.A. Especificaciones Funcionales – Pliego Inicial.



Fuente: elaboración propia en base a la licitación pública No.804 del INTA

El INTA aceptó esa solicitud ²⁶. También reformuló el pliego de condiciones en tanto que acarreaba inconsistencias menores. Este fue el caso del plazo de mantenimiento de las ofertas, estipulado a 30 días en el apartado de “cláusulas particulares”, pero de 90 días en la página 22 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares. Tras ser notada por uno de los licitantes, esta incongruencia fue corregida, dejando el plazo de 90 días como el aplicable. Otra modificación similar fue realizada en torno al plazo para informar sobre la factibilidad técnica y el plazo para realizar mudanzas. Ante la solicitud de uno de los licitantes, fundada en el “profundo análisis requerido” para brindar ese tipo de informes, el INTA aceptó el cambio solicitado y flexibilizó el plazo de 10 a 15 días corridos.

Gráfico I.B. Especificaciones Funcionales – Pliego Modificado.



Fuente: elaboración propia en base a la licitación pública No.804 del INTA

24. Licitación Pública No.804 del INTA, (Expediente Interno 2761/12), abierta el 6 de Julio, 2012. Detalles disponibles en: <http://online.inta.gov.ar/desamercosoft/transparencia/online/index.php>

25. Licitación Pública No.804 del INTA, Op. Cit., nota 24 supra

26. Ibidem

En definitiva, las actividades descritas caracterizan la interacción usuario-productor recomendada para favorecer la innovación durante el proceso de compras públicas. En el presente caso, el INTA definió el problema específico de interconectar sus unidades y los radares meteorológicos de clima y agua con sistemas de telecomunicaciones. Fijó, a tales fines, las especificaciones técnicas deseadas. Pero, además, abrió un canal de cooperación e interacción con los licitantes presentados. Juntos, exploraron las soluciones disponibles, hasta el punto de acercar sus capacidades tecnológicas al problema. El objetivo fue alcanzar la concurrencia, para derivar en un producto innovador. Esto ocurrió con el requisito de retardo, la temperatura y la humedad.

IV. Competencia

La cooperación e interacción llevada a cabo por el INTA en el caso examinado fue habilitada por el proceso de “observación” y “negociación”, previsto en su manual de compras públicas. Pero este trámite no siempre es admitido en los procesos de compras gubernamentales. En especial, en los procesos de licitaciones tradicionales, mayormente influidos por la teoría de la competencia. De hecho, la teoría económica *mainstream* entiende las compras públicas como un “proceso anónimo de mercado.”²⁷ Desde esa perspectiva, los agentes responden con sus ofertas a las licitaciones organizadas en contextos individuales de competencia perfecta. El énfasis regulatorio consiste en restringir la participación estatal en el proceso de selección, dejando el escogimiento al fenómeno del mercado. De esta forma, la licitación encontraría al mejor ofertante. Y, ciertamente, cuando se trata de productos o servicios existentes o ‘en la góndola’ (lápices, p. ej.), y si la selección se basa exclusivamente en criterios de precios, –obviando, en cambio, objetivos de innovación o sustentabilidad– ese enfoque es quizás el más conveniente para identificar las ofertas más baratas.

Por esto, ese fue el enfoque dominante en el diseño del Acuerdo de Compras Públicas (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Su objetivo es liberalizar el mercado global de compras públicas, exponiéndolo a las reglas de libre comercio. Así, obliga a las Partes signatarias a aplicar los principios de apertura, transparencia y no discriminación a sus procedimientos de contratación pública de los bienes y servicios cubiertos²⁸. El Acuerdo aspira con esto remover la influencia y control del gobierno en sus compras, para someterlas a un esquema no discriminatorio²⁹. La idea es favorecer las adquisiciones de bienes y servicios en base a méritos competitivos transparentes.

ACP prevé, no obstante, un trámite de “negociación” durante el procedimiento de compras públicas. Este es el previsto en el artículo XIV.1 del Acuerdo de Compras Públicas de 1995; XII.1 del nuevo texto revisado y tentativamente acordado. Sin embargo, el ACP exige, para hacer uso de esa herramienta, que en el anuncio de licitación se haya “manifestado expresamente su intención de hacerlo”. Esto sugiere que, por diseño, la opción de negociación habilitada por el artículo XIV.1.a) fue concebida como una excepción, no una regla. Sin la posibilidad de emplearlo espontáneamente, el uso de este mecanismo está restringido a las ocasiones limitadas en las que el licitante pronostique la necesidad de promover la interacción. El otro extremo, manifestar la posibilidad de negociación en todas o en la mayoría de las licitaciones, corre el riesgo de entenderse como un menoscabo o anulación sin infracción de las expectativas razonables de las Partes. La posibilidad de interponer este tipo de reclamos sin infracción en el marco específico de las compras gubernamentales, de hecho, fue admitida en el informe del grupo especial en Corea - *Contratación pública*, decisión confirmada por el Órgano de Solución de Disputas de la OMC³⁰.

El artículo XIV.1.b) del ACP consagra un segundo escenario en el cual se justificaría la negociación o interacción. Estos serían los casos en los cuales “de la evaluación efectuada se desprenda que **ninguna oferta** es claramente la más ventajosa según los criterios concretos de evaluación establecidos en los anuncios o en el pliego de condiciones []” [énfasis añadido]. Es decir, este artículo concede la opción de negociar cuando existan insuficiencias en las ofertas. Pero nada estipula viceversa, en torno a la licitación. Más bien parece partir de la premisa de que el pliego fue regularmente formulado. Entonces, no se desprende claramente si existe la posibilidad de negociar términos con los suplidores a fin de reducir la distancia entre el problema y el mercado.

Otra incertidumbre que deriva de este artículo es la determinación de la oferta “claramente más ventajosa”. En la compra del INTA analizada los potenciales suplidores solicitaron la flexibilización del pliego inicial en varios aspectos, tales como velocidad de retardo y temperatura en la que deberían operar los equipos. Es posible que algunos suplidores puedan satisfacer los requisitos de retardo, mientras que otros los de temperatura. Dado que el incremento de la velocidad de intercambio fue planteado como un objetivo central, resulta incierto si negociar con los suplidores para entender la concurrencia entre las soluciones disponibles y otros objetivos, como, p. ej., en temperatura de operación de los equipos, infringiría las obligaciones establecidas en el ACP.

27. EDLER, Jakob, et al, Op. Cit., nota 11 supra, P.9

28. KATTEL, Rainer & LEMBER, Veiko, Op. Cit., nota 3 supra, P.372

29. ARROWSMITH, Sue & ANDERSON, Robert D., “The WTO Regime on Government Procurement: Past Present and Future”, en ARROWSMITH, Sue (Ed.) & ANDERSON, Robert D. (Ed.), “The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform”, World Trade Organization/Cambridge University Press, Cambridge, 2011, P.24

30. COREA - REDIDAS QUE AFECTAN A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, WT/DS163/R, ¶ 7.118.

De ahí que, en ambos escenarios, la justificación de la “negociación” entre el usuario y el productor durante el procedimiento de compras públicas es un trámite formal y limitado, pero no espontáneo. Debido a la incertidumbre que deriva del texto indicado, respecto a su uso y alcance, el ACP puede restringir el margen de maniobrabilidad para implementar las prácticas descritas.

V. Estrategias para las Negociaciones Futuras

Los países en desarrollo, y en especial la región de América Latina y el Caribe, hasta ahora han optado por no firmar el ACP de la OMC³¹. El valor del mercado constituido por este Acuerdo, sin embargo, ha sido valorado en USD\$1.6 Trillones al año 2008³². Por este motivo, es razonable que examinar las ventajas y desventajas de acceder al ACP se encuentre en la agenda comercial de varios países de la región. En cada caso la adhesión será una decisión en función de múltiples factores. Los objetivos de innovación son sólo unos ellos. Por tanto, si se decide acceder, es aconsejable preservar los márgenes de maniobrabilidad para implementar las políticas públicas disponibles. Esto se puede intentar excluyendo del ámbito cubierto por el Acuerdo a las agencias gubernamentales más propensas a implementar políticas públicas de innovación. Sin embargo, esa alternativa presenta sus propios límites. En primer lugar, porque la negociación de exclusiones mediante los anexos del ACP puede ser un proceso complejo y matizado con incertidumbre. Esto se evidenció en el caso *Corea - Contratación pública*, en donde gran parte de la diferencia giró en torno a determinar cuáles compras estaban cubiertas y cuáles no. Y, en segundo lugar, porque la innovación, entendida como un proceso ubicuo, ocurre en todos los lugares y todo el tiempo.

De ahí que también resulta aconsejable acordar, durante el potencial proceso de negociación, interpretaciones mutuamente aceptables. Eso puede lograrse con la adopción de cartas-compromisos, por ejemplo. Esos instrumentos adoptarían modalidades como las siguientes:

a) “Ningún aspecto del presente Acuerdo de Contrataciones Públicas [y, en especial, el artículo XIV.1], deberá interpretarse en detrimento de la capacidad de las Partes de promover sus [objetivos y] políticas públicas de innovación, ciencia y tecnología”;

b) “Las Partes aceptan que el procedimiento de negociación previsto en el artículo XIV.1 es un procedimiento flexible[.] [, que sólo está sujeto a la formalidad de anticipar su uso.]”

c) “El Acuerdo no debe interpretarse en detrimento de la [coordinación] [interacción], [necesaria] a los fines de identificar las soluciones adecuadas y de promover la innovación.

31. Sin embargo, varios países han adoptado compromisos de compras públicas en los Acuerdos de Libre Comercio. Para una taxonomía de esos compromisos, ver: **ALLENDE, Juan Araya**, “*Las Compras Públicas en los Acuerdos Regionales de América Latina con Países Desarrollados*”, CEPAL, Santiago, Chile, 2006

32. **ANDERSON, Robert D., et al**, Op. Cit., nota 1 supra, P.9



FLACSO
ARGENTINA



www.wto.org
www.flacso.org.ar