

Reglas y disciplinas en los Acuerdos de Contrataciones Públicas

Norberto Iannelli

La negociación de reglas y disciplinas que se establecen en el cuerpo normativo de los acuerdos de contrataciones públicas tiene como finalidad asegurar la plena vigencia de los *principios de trato nacional y no discriminación* en todos los pasos y procedimientos que están presentes en los procesos de licitación efectuados por los gobiernos.

En ese contexto, el objetivo del presente trabajo es eminentemente práctico y por ende, intenta exponer de modo sintético los principales aspectos y elementos involucrados en la negociación y sobre los cuales, más allá de su aceptación o rechazo, se debería concentrar el análisis y la discusión de los negociadores. Para ello se pondrá especial atención en examinar la naturaleza de esos acuerdos y los aspectos metodológicos sobre cuestiones generales y específicas que pueden estar presentes. También se considerarán, en algunos casos, las opciones a tener en cuenta en una negociación a la luz de la diversidad de modelos y alternativas que han sido o pueden ser elaborados.

Naturaleza e importancia comercial de los acuerdos de contrataciones públicas

En términos apertura y liberalización comercial, el mercado de las contrataciones públicas se ha ido transformando en uno de los objetivos primordiales de las negociaciones comerciales desarrolladas durante las últimas décadas. Entre los motivos principales de esta tendencia se encuentra el interés económico en mercados cuya significación ha sido estimada por la Organización Mundial de Comercio (OMC) en un valor que oscila entre un 10 % y un 15 % del PIB de los países, lo cual estaría indicando un monto total cercano a los 1.000 billones de dólares estadounidenses.

Se debe tener en cuenta que desde la creación del GATT en 1947, las contrataciones públicas han estado al margen de las reglas y disciplinas multilaterales y

los compromisos de acceso a mercados.¹ Recién durante la Ronda Tokio se dieron los primeros pasos en este campo, dando origen en 1979 al Código de Compras Públicas. Este fue firmado por trece países y renegociado durante la Ronda Uruguay del GATT, transformándose en un Acuerdo Plurilateral de Contrataciones Públicas (GPA), adoptado originalmente por solo veintidós países, incluyendo los quince miembros de la Comunidad Europea.²

Este acuerdo coexistió en algunos casos, y a su vez impulsó a posteriori, especialmente a partir de la segunda mitad de la década de los noventa, negociaciones y suscripción de acuerdos de contrataciones públicas de carácter regional que involucraron a países en desarrollo (PED).

El NAFTA en su capítulo 10 incluyó compromisos sobre esta materia y en algunos aspectos fue más ambicioso que los alcanzados en el GPA. También firmaron un acuerdo México, Venezuela y Colombia (Grupo de los Tres), México y Bolivia y México y Costa Rica. A posteriori, en el Hemisferio varios países participaron en procesos de negociaciones comerciales que han incluido, aunque no necesariamente concluido, un capítulo sobre contrataciones públicas: MERCOSUR, ALCA, MERCOSUR-Unión Europea, Chile-Unión Europea, y más recientemente en el caso del CAFTA.

Vale destacar que durante la década de los noventa en los PED de la región se produjo un proceso convergente y afín a la negociación de esta clase de acuerdos. Básicamente, se vieron disminuidas las tendencias proteccionistas del pasado y dejaron de tener la prioridad de antaño –aunque no desaparecieron totalmente– el uso de las políticas de *compre nacional* como herramienta de desarrollo y promoción industrial.³ Al

¹ En el artículo III 8º del GATT fueron explícitamente excluidas de los principios de Trato Nacional y Nación Más Favorecida " la adquisición de productos destinados a satisfacer las necesidades de los organismos públicos y no para la reventa comercial o para servir a la producción de mercancías destinadas a la reventa comercial" fueron explícitamente excluidas de los principios de Trato Nacional y Nación Más Favorecida.

² Para un análisis más detallado de las razones por las cuales este Acuerdo no logró la adhesión de los PED puede consultarse Arrowsmith, Sue: "Toward an Agreement on Transparency in Government Procurement."PSIO.Ocasional Paper. WTO. 1997

³ En algunos países las políticas de *compre nacional* en sus más variadas modalidades han persistido junto a los denominados requisitos de desempeño, en particular en la adjudicación de obras públicas, a través del otorgamiento de preferencias a los proveedores que satisfacen la exigencia de contenido local, transferencia de tecnología, asociación con empresas domésticas, etc.

mismo tiempo, la necesidad de realizar ajustes fiscales, permitió transformar, en algunos casos en el marco de los procesos de reforma del Estado, las regulaciones destinadas a las adquisiciones públicas, creando condiciones de mayor apertura, competencia y transparencia.

Más allá de la variedad de acuerdos que se fueron alcanzando, debe decirse que en términos generales los mismos pueden comprender la negociación de dos aspectos sustantivos mutuamente relacionados, los cuales conforman el conjunto de compromisos asumidos por las partes.

En primer lugar, la negociación de un marco normativo en el cual se explicitan los principios de *Trato Nacional* y de *No Discriminación* para proveedores, bienes y servicios originarios de los países miembros del acuerdo y las reglas y disciplinas destinadas a asegurar su vigencia concreta a través de reglas y prescripciones que eviten su elusión.

Aún cuando formalmente no se explicita en el cuerpo normativo de los acuerdos, un tercer principio ha sido invocado en las negociaciones de la cobertura del acuerdo: el de *Reciprocidad*. En general, debe decirse que la presentación de las ofertas negociadoras se realiza con base a una cierta reciprocidad, la cual puede volverse aún más exigente cuando se trata de la apertura de sectores o subsectores específicos, normalmente sensibles para los países miembros. Por ejemplo, en las negociaciones entre EE.UU. y Canadá, el primero condicionó la apertura efectiva de las contrataciones públicas en el nivel de las entidades subcentrales hasta conseguir una oferta similar por parte de Canadá.

En segundo lugar, los acuerdos comprenden en sus *Anexos* la cobertura específica del mismo, donde constan los listados de entidades, bienes, servicios y obras públicas que quedan cubiertos por el acuerdo y cuyos contratos son regulados por los principios, reglas y disciplinas mencionados.

En consecuencia, un acuerdo de Contrataciones Públicas se propone superar barreras de acceso a mercados que provienen tanto de las regulaciones nacionales que limitan ese acceso a través de los diversos programas de “compre nacional” o de

aquellas que surgen de las normas que regulan el proceso de licitación en sus distintas etapas, desde la elaboración de los pliegos hasta la adjudicación de los contratos. Estas pueden dificultar y, en algunos casos, impedir la participación de proveedores foráneos a través de disposiciones de distinta naturaleza. Algunas de estas regulaciones tienen también que ver con los procedimientos de transparencia, en particular con el contenido de los pliegos de licitación, los plazos de publicidad, de presentación de ofertas, los criterios de adjudicación de los contratos, el acceso a los mecanismos de reclamaciones, etc.

Algunas variantes se pueden observar en los acuerdos suscritos hasta la fecha y las propuestas de negociación que se han registrado en distintos foros. En este sentido, existen acuerdos con compromisos de acceso a mercado pero con aplicación de las legislaciones nacionales, es decir, sin disciplinas comunes (Grupo de los Tres) o la posibilidad de negociar solamente disposiciones de transparencia, tal como se ha propuesto en la OMC, sin listados de entidades, bienes y servicios.

Metodología de Negociación: aspectos generales

El supuesto del que se parte a continuación es que se trata de la negociación de un acuerdo integral, es decir, que comprende compromisos sobre reglas y procedimientos que regulan el acceso a mercado según la cobertura pactada por los países involucrados, tal como el que se puede encontrar en el actual borrador del ALCA, en el capítulo 10 del NAFTA o en el GPA.

En términos generales, la negociación del marco normativo exige varios pasos, cuyo seguimiento puede resultar útil no solo para acordar la extensión y profundidad de las reglas y disciplinas que se incluirán en el mismo sino también, para organizar la discusión y la negociación en sí misma.

En primer lugar, resulta conveniente elaborar una guía temática que contenga los elementos que los países consideren necesarios en orden a definir el alcance, las reglas y disciplinas del acuerdo. A modo de ejemplo se presenta un listado no exhaustivo de cuestiones básicas, divididas de acuerdo a la naturaleza de las mismas, con base a las cuales se debe iniciar la negociación.

Cuestiones relativas al alcance y aplicación del acuerdo

- a. Definición del concepto de contrataciones públicas
- b. Alcance de los principios de Trato Nacional y cláusula de No Discriminación.
- c. Normas de Origen y eventual denegación de beneficios en materia de servicios.
- d. Excepciones Generales

Cuestiones relativas a la Transparencia

- a Reglas sobre especificaciones técnicas
- b Reglas sobre valoración de los contratos
- c Modalidades de licitación y reglas para las licitaciones selectivas y restringidas
- d Registro y calificación de los proveedores.
- e Reglas para la elaboración de los pliegos de licitación.
- f Reglas para la publicación de las contrataciones, presentación de ofertas y adjudicación de los contratos.
- g Requisitos de desempeño o compensaciones.
- h Negociaciones.

Cuestiones institucionales y relativas a la aplicación del acuerdo

- a Impugnaciones y Reclamaciones
- b Solución de Controversias
- c Sistema de información estadística e informaciones
- d Enmiendas y Modificaciones
- e Trato Especial y Diferenciado
- g Instituciones
- h Glosario de Términos.

En segundo lugar, y una vez acordado el temario tentativo –el cual puede ir sufriendo modificaciones a lo largo de la negociación—se debe comenzar a aportar propuestas de aspectos a considerar en cada uno de ellos o de textos y entrar de lleno

a la discusión técnica, procurando luego la búsqueda de consensos bajo la formalidad de redacción de artículos específicos.

En tercer lugar, importa tener en cuenta que el cierre de la negociación del marco normativo debe hacerse definitivamente una vez que esté acordada la cobertura específica del acuerdo, es decir los listados anexos que expresarán el nivel de acceso a mercado alcanzado. De esta manera, se asegura no solo la consistencia de todo el acuerdo sino, además, el balance y equilibrio que las partes puedan buscar en la negociación. Por ejemplo el nivel de los umbrales del valor de los contratos puede estar relacionado con el nivel de las entidades que se ofrezca, su carácter central o subcentral y los bienes y servicios incluidos o excluidos según se usen listas positivas o negativas.

Metodología de la negociación: aspectos específicos

El concepto de contrataciones públicas

Desde un punto de vista lógico, la negociación del marco normativo debería partir del concepto de Contrataciones Públicas. No obstante, desde un punto de vista cronológico no éste es un tema que por sus eventuales implicancias despierta un rápido consenso y, en consecuencia, su definición puede quedar postergada para el cierre de la negociación, cuando la cobertura del acuerdo queda finalmente delimitada en los listados anexos que forman parte del acuerdo. En algunos casos, incluso, bien puede no existir una definición en el acuerdo y por ende de modo implícito o explícito se da por aceptada la definición contenida en los ordenamientos jurídicos nacionales. El riesgo en este caso es que los conceptos sean muy diferentes y dependiendo de la precisión de las reglas negociadas para determinar el alcance y la cobertura del acuerdo, se puedan originar ulteriores dificultades y eventuales controversias.

La discusión del concepto lleva muchas veces a la negociación del propio nombre del acuerdo, incluyéndose en el abanico de opciones, además del aquí utilizado, los términos Compras Públicas, Compras Gubernamentales, Compras del

Estado, Adquisiciones Públicas, etc.⁴ Esto es así porque muchas veces existe el temor de estar sugiriendo, a través del término escogido, un determinado alcance del acuerdo.

Para abordar la discusión del concepto y del término a utilizar, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que las contrataciones públicas para ser tales implican dos condiciones: a) *que exista una erogación financiera del Estado para la adquisición de bienes y servicios no destinados a la comercialización* y b) *que se apliquen los reglamentos públicos destinados para tal efecto*. Estas dos condiciones están presentes en todos los contratos efectuados por el Estado. No obstante, existen casos que han generado una legítima discusión sobre su inclusión o no en un acuerdo de contrataciones públicas, en particular a partir de los procesos de privatización de empresas públicas, sean o no de provisión de servicios públicos, en los cuales el operador privado, por imposición de los contratos firmados con los gobiernos, debe someterse a determinadas reglas –por ejemplo, otorgar preferencias a los proveedores locales de determinados bienes y servicios--. En consecuencia, se trata de contratos que utilizan fondos privados pero que se someten a regulaciones gubernamentales que introducen barreras de acceso a los proveedores extranjeros.

En segundo lugar, otro elemento a tener en cuenta es el creciente interés, en particular por parte de los países desarrollados, por incorporar en la negociación de estos acuerdos a las *concesiones de obra pública*. Hecho que se concretó con la firma del TLC entre EE.UU. y Chile.

Esta discusión introduce, a su vez, en caso de aceptarse la inclusión de las mismas, la necesidad de los negociadores de especificar si se trata del contrato inicial de licitación que realiza el Estado para dar en concesión, por ejemplo, un servicio o la explotación de un recurso, o si también se extiende a las futuras contrataciones que realicen los concesionarios.

En tercer lugar, en términos de cobertura, la negociación involucra una definición sobre nivel institucional de las entidades que comprende el acuerdo (centrales,

⁴ En este trabajo se adopta la denominación Contrataciones Públicas porque se la considera la más comprensiva ya que permite incluir las distintas modalidades de adquisición consideradas en los acuerdos internacionales, entre otras, las operaciones de alquiler, con o sin opción a compra, la prestación directa o la concesión de servicios, no necesariamente de obras o servicios públicos.

subcentrales, etc.), si se optará por un listado positivo, negativo o mixto, y en caso de ser positivo, si habrá una futura incorporación de las mismas a través de sucesivas rondas de negociación. Como método de negociación, en materia de bienes donde el número y la heterogeneidad son importantes, no es recomendable utilizar listas positivas. Es discutible en el caso de los servicios y de las obras públicas. La ventaja de las listas negativas es que facilita el proceso al no tener que hacer los países un análisis exhaustivo de los mercados de las contrapartes, a excepción del significado económico o de otra naturaleza de los servicios u obras que figuran en las listas negativas. No obstante, debe reconocerse que las opciones están influenciadas por las estrategias de negociación, en particular cuando se enfrentan ejercicios en distintos foros, sean de carácter bilateral, regional o multilateral. Tal es el caso si se desea preservar una preferencia bilateral o regional no trasladable a otros socios o en el nivel multilateral, si fuera el caso, al menos por un determinado período de tiempo. Ciertamente, si el acuerdo de contrataciones públicas se inscribe en el marco de un TLC, se debería en teoría satisfacer el objetivo de una liberalización sustancial. Una opción de negociación basada en listas positivas debería, en consecuencia, desarrollarse en paralelo al compromiso de efectuar sucesivas rondas de negociación a ser completadas en un período de tiempo determinado o una apertura gradual, con plazos diferentes según las entidades, bienes, servicios y obras públicas.

La discusión de la cobertura lleva a la cuestión sobre eventuales limitaciones a la misma, sea por *excepciones generales* al acuerdo, sea por razones de seguridad, salud pública, orden público, medio ambiente, protección de la propiedad intelectual, etc., sea por contratos que quedarán excluidos en razón de su monto si es que se han negociado *umbrales de valor* para tal fin.

Al respecto, en la negociación de este punto específico deben ser considerados al menos dos aspectos. Uno de ellos es la existencia de diferentes regímenes político-institucionales, dado que a diferencia de los estados federales, los países que poseen un régimen unitario no pueden ofertar imponiendo limitaciones de orden estadual, provincial, regional o municipal. En estos casos, el alcance del acuerdo se extiende necesariamente a todo el territorio nacional. El otro aspecto se refiere a los estudios técnicos que los países deben elaborar para decidir, incluso, sobre la aceptación de su existencia. En tal sentido, debe ser evaluado entre otros elementos, el nivel de apertura

ya existente en los propios mercados y la realidad productiva y exportadora de cada país en términos ofensivos y defensivos, es decir, en función de la sensibilidades sectoriales en el mercado doméstico y de la competitividad en los mercados externos, en el nivel central y subcentral.

Finalmente, *el alcance y la aplicación* del acuerdo se especifica detallándose en algunos casos las modalidades de contratación que incluye (compras de contado o a plazo, alquileres, alquileres con opción a compra, arrendamiento, etc.) y también aquellas adquisiciones que puedan quedar excluidas, como ser las donaciones, las obras de arte, ciertos servicios públicos (p.e. seguridad social, ejecución de leyes, educación pública), etc. Asimismo, en esa especificación normalmente se reconoce la incorporación de excepciones generales, normalmente asociadas a adquisiciones fundadas en cuestiones de emergencia, desastres naturales, materiales para la defensa y seguridad nacional, para la protección de la salud y la moral de la población, etc., junto a la prescripción de no utilizar estos motivos para eludir los compromisos del acuerdo.

Los principios: Trato Nacional y no discriminación

Son los dos principios básicos sobre los cuales se basan los acuerdos comerciales y en este caso el de contrataciones públicas. Esto implica otorgarle a los proveedores, bienes y servicios de las partes el mismo trato que a los nacionales y un trato no menos favorable que el que se le da a los de cualquiera otra parte, sin discriminar al proveedor establecido en razón de ser una empresa de propiedad nacional o extranjera, ni a los bienes por su carácter foráneo, contemplando para éstos las normas de origen que se aplican en las operaciones comerciales normales.

En materia de servicios, se puede tener como referencia el Artículo 10 del NAFTA, a través del cual se han impuesto condiciones específicas bajo la *cláusula de denegación de beneficios* para aquellos casos en los cuales el control o la propiedad de las mismas no pertenezca a nacionales de los países firmantes y, al mismo tiempo, no realicen actividades comerciales sustanciales en los territorios de los países miembros del acuerdo. Esta cláusula no está incluida, sin embargo, en el reciente acuerdo de EE.UU. con Chile. En caso de aceptarse una cláusula semejante la negociación debería

ser completada con alguna referencia respecto al momento de su aplicación. En otros términos, para asegurar la transparencia del proceso licitatorio, ningún país debería aplicar esta cláusula a posteriori de la adjudicación del contrato.

En cuanto al *principio de no discriminación*, su negociación involucra obviamente aspectos específicos acerca del nivel de preferencia que mutuamente se quieren brindar los socios del acuerdo. En otros términos, a través de este principio se puede negociar si el acceso otorgado se extenderá de modo multilateral a todos los países firmantes o si estará basado en listados bilaterales. Ciertamente esta discusión lleva también a considerar si las preferencias existentes en los acuerdos regionales se brindarán a las demás partes de un nuevo acuerdo o si por el contrario, esas preferencias regionales subsistirán a lo largo de un tiempo a negociar.

Reglas para la valoración de los contratos

Cuando los acuerdos contienen disciplinas para contratos limitados a determinados umbrales, cabe la necesidad de establecer reglas para evitar la elusión de los compromisos alcanzados. Esas reglas tienen que ver, básicamente, con:

- a) la necesidad de impedir la división de los contratos con el fin de ubicarlos por debajo de valores de los umbrales pactados y
- b) con el método escogido para establecer dichos valores, es decir, qué remuneraciones se deben tener en cuenta para la determinación del monto de la oferta (p.e. comisiones, honorarios, precio de contado o financiado y en tal caso los intereses respectivos, etc). En este contexto, se debe observar que las licitaciones pueden involucrar más de un contrato y en consecuencia se pueden establecer reglas para la valoración de la totalidad de los mismos.

La negociación de las reglas de transparencia

Los acuerdos no se limitan a proclamar la aplicación del trato nacional y la vigencia de un proceso competitivo para una cobertura a ser negociada sino que además, procuran establecer reglas que aseguren esa aplicación. Un conjunto de esas reglas se las denomina *reglas de transparencia*, las cuales comprenden, entre otras,

cuestiones vinculadas a la publicidad y difusión de normas y licitaciones, la fijación de plazos y procedimientos, los criterios a los que deben ajustarse las distintas modalidades de licitación, el régimen de calificación de proveedores, la presentación, recepción y apertura de las ofertas, las especificaciones técnicas de los productos y servicios detallados en los pliegos de licitación, los criterios de adjudicación de los contratos, las instituciones y los mecanismos de resolución de reclamaciones o impugnaciones necesarios para las reclamaciones efectuadas por los proveedores.

Modalidades de Licitación

Los países practican distintas modalidades de licitación, entendiéndose por tales, la licitación pública, la selectiva o privada y la restringida o compra directa. Para ello, las legislaciones nacionales establecen distintos criterios de aplicación. No obstante, dado que algunos de ellos sobre todo en su faz operativa pueden transformarse en barreras al comercio, todas esas modalidades deben estar sujetas a reglas y disciplinas que aseguren el trato nacional.

Tanto las legislaciones nacionales como los acuerdos internacionales siguen el principio general de la competencia para asegurar calidad y precios razonables. Solo ante circunstancias especiales es admitida la contratación directa o restringida⁵. Las razones pueden ser varias y están habitualmente estipuladas en los ordenamientos jurídicos nacionales (un contrato de bajo monto, adquisiciones para el área de defensa y seguridad, proveedor único, cuando se ha declarado una licitación desierta y agotados los pasos exigidos por las normas nacionales, etc).

En todos los casos, los acuerdos internacionales deben explicitar bajo qué condiciones se debe practicar esta modalidad de adquisición a fin de no desvirtuar la aplicación del trato nacional ni la ejecución de un proceso realmente competitivo. Lo mismo debe suceder con las licitaciones selectivas o privadas. Más adelante se señalan algunas de las dificultades vinculadas con la publicidad y participación de proveedores extranjeros que pueden surgir de no establecerse algunas disciplinas al respecto.

⁵ Cuando se realiza una contratación directa, en algunos países la legislación impone, no obstante, la exigencia de solicitar y evaluar un número mínimo ofertas.

Publicidad

Las cuestiones vinculadas a la publicidad abarcan tanto la difusión de las leyes y reglamentos como las acciones destinadas a poner en conocimiento de los proveedores todo lo necesario para poder participar en el proceso de una licitación. En este contexto, se deben considerar los distintos aspectos que se detallan a continuación.

Invitación a participar en relación con un contrato previsto.

Los anuncios de contratos previstos pueden tener distinta finalidad en el sentido de que pueden destinarse a difundir una intención de adquisición futura y relevar información sobre quiénes pueden resultar interesados –los que luego serán invitados a presentar sus ofertas-- o estar destinados a anunciar y difundir los detalles de una licitación específica.

Este es un tema que metodológicamente involucra varios elementos que deben ser tenidos en cuenta durante la negociación. Un conjunto de ellos se relaciona con la información mínima requerida en los avisos de una licitación a fin de asegurar el conocimiento acabado de lo requerido y por ende, la participación de los proveedores nacionales y extranjeros. En este sentido, un tema clave es el de las oportunidades brindadas para tomar conocimiento con suficiente anticipación de la licitación. En segundo orden, los plazos brindados para la presentación de las ofertas y para efectuar, si corresponde, el proceso de calificación o precalificación requerido, es decir, las condiciones legales, económicas y financieras exigidas a los proveedores y el tipo de adquisición (compra, alquiler o cualquier otra modalidad).

Otro conjunto de aspectos está vinculado con los medios de difusión de los avisos, sean estos gráficos o electrónicos. Especialmente, se deben considerar cuáles son los medios más adecuados para invitar a participar en las licitaciones selectivas o privadas con el fin de asegurar la participación de la mayor cantidad de proveedores posible.

Plazos para responder a la invitación

A fin de asegurar un trato equitativo para responder a una invitación a licitar, es conveniente establecer como regla un plazo determinado e igual para todos los participantes, nacionales y extranjeros, en función de la modalidad de licitación de que se trate. De esta manera se trata también de armonizar los diferentes plazos que estipulan las legislaciones nacionales y se asegura un tiempo razonable para la elaboración y presentación de las ofertas. Al mismo tiempo, se debe considerar que esos plazos se pueden flexibilizar atendiendo a diferentes situaciones, por ejemplo, si hubo previamente una publicidad de intención de compra de esos productos y/o servicios, si se refieren a contratos vinculados con otros que se vienen ejecutando, si existen razones de urgencia debidamente justificadas, etc., y también el medio que se utilice. Si el medio escogido es electrónico, podría pensarse en plazos menores a los requeridos para presentaciones escritas efectuadas directamente en la entidad licitante o por correo.

Contenido del pliego de condiciones de la licitación

El contenido del pliego de licitación es un elemento clave en el proceso de adquisiciones ya que sobre los criterios allí explicitados se realizará la evaluación y adjudicación de los contratos. En tal sentido, se deben establecer ciertas reglas destinadas a asegurar la inclusión en el pliego de datos claros sobre esos criterios, acerca del calendario previsto y el lugar donde presentar las ofertas y dónde y bajo qué condiciones se hará la apertura de las mismas, tratando de facilitar el proceso de preparación y entrega de la documentación requerida. Además, importa precisar cuestiones relativas al idioma en que se confeccionarán las presentaciones, la descripción de los productos y servicios que se demandarán, la forma de pago, el origen de los fondos, el modelo de contrato, las condiciones exigidas a los proveedores, etc.

Otra regla a definir en el pliego es la relativa a los medios escogidos para presentar las ofertas (por escrito, en sobre cerrado o lacrado, por medio electrónico, por correo, etc.) y esta tema amerita el análisis del estado legislativo y tecnológico de cada uno de los países.

Especificaciones Técnicas

Todo proceso de adquisición de un producto o servicio debe suponer la descripción en los pliegos de licitación de las cualidades técnicas exigidas en función del uso que se va realizar del producto o del servicio demandado. En ocasiones esta descripción puede dar lugar a la anulación de un proceso realmente competitivo si las normas o estándares exigidos se preparan para el beneficio de un proveedor o una marca determinada y no, por ejemplo, en función de las propiedades exigidas del producto o servicio requerido. En consecuencia, es necesario negociar reglas que lleven a la aplicación, en la medida de lo posible, de normas técnicas internacionales o normas nacionales reconocidas.

Registro y calificación de Proveedores

La mayoría de los países poseen un registro de proveedores, sea para bienes y servicios o para la construcción de obras públicas. La naturaleza de los mismos varía. En algunos casos, especialmente cuando se trata de adquisiciones de bienes y servicios, esos registros tienen un mero carácter informativo para las agencias del Estado y no son obligatorios. La calificación por lo tanto se realiza en la etapa de evaluación de las ofertas. En otros, especialmente cuando se trata de la construcción de obras públicas, el registro opera como una *habilitación o precalificación* previa y obligatoria que debe cumplir el proveedor para realizar contratos con el gobierno en la medida en que satisface los requisitos *legales y económicos* exigidos por la legislación nacional. Esta precalificación se completa con la calificación *técnica* que se realiza al momento de la evaluación de las ofertas. En particular, en estos casos, las disciplinas que se negocien deben ser cuidadosamente analizadas para evitar cualquier discriminación en el proceso de inscripción y precalificación y no desviarse del objetivo, cual es el de asegurar que los proveedores tengan la capacidad legal, económica y técnica para cumplir con el objeto de la licitación. Por otra parte, es de especial importancia tener en cuenta que en algunos países pueden existir registros distintos para licitaciones nacionales y licitaciones internacionales. Si la inscripción a los proveedores externos no es facilitada en los registros de licitaciones nacionales, se puede invalidar el trato nacional y afectar, sobre todo, la participación de las empresas extranjeras en las licitaciones privadas o selectivas. Para evitar esta situación, es necesario un análisis y discusión sobre la necesaria modificación de los sistemas

nacionales de registro y de precalificación en términos de los requisitos y la documentación exigida para cumplir con estos procedimientos.

Asimismo, en el proceso de calificación importa asentar el compromiso de otorgar el plazo suficiente para que los proveedores extranjeros puedan cumplir con las condiciones impuestas, que las mismas no sean menos favorables que las establecidas para los proveedores nacionales y sea atendida, sobre todo desde el punto de vista de la capacidad técnica, tanto su actividad comercial local como la actividad global de la empresa foránea.

Presentación, recepción, apertura de las ofertas y adjudicación de los contratos

Las reglas para la presentación y recepción de las ofertas deben establecerse en el pliego de licitación, junto con las modalidades y plazos que aseguren un proceso realmente competitivo entre los proveedores del acuerdo.

Al mismo tiempo y tal como se mencionó, negociar reglas que figuren en el pliego no solo asegura transparencia en el proceso sino que, además, permite asentar las bases para atender eventuales reclamaciones entre los privados y la entidad licitante y si corresponde, entre los Estados, a través de los mecanismos de solución de diferencias que se pacten. Básicamente, la adjudicación debe estar de acuerdo con los criterios explicitados en el pliego, los cuales a su vez, se asocian con el precio y la calidad de los productos, servicios y obras públicas ofertadas y con la capacidad del proveedor de ejecutar el contrato. Al mismo tiempo, se deben considerar la existencia de mecanismos que puedan aplicar los países para atender casos de ofertas con precios anormalmente más bajos en orden a asegurar la inexistencia de una acción fraudulenta, dumping o subsidio. También, se debe analizar la formulación de reglas de información pública sobre las adjudicaciones realizadas por las entidades con una información básica del proceso ejecutado y en particular, a pedido de los participantes que no resultaron adjudicatarios, las razones de su exclusión. Sin embargo, en todos los casos en que se brinde información, como regla general es conveniente establecer en el acuerdo la obligación de las entidades públicas de salvaguardar los intereses de las empresas en lo que pueda resultar información confidencial de las mismas.

Requisitos de Desempeño

Los requisitos de desempeño o prohibición de compensaciones (*offsets*) son un aspecto importante en el proceso de negociación y de notable interés para los PED. En algunas legislaciones nacionales existen exigencias para los proveedores extranjeros, en especial en las licitaciones de obras públicas, en orden a favorecer el desarrollo local y la producción doméstica, la transferencia de tecnología, el comercio compensado, etc. La solicitud de compensaciones puede estar presente en cualquiera de los pasos de un proceso de licitación.

En algunos acuerdos, como NAFTA, o más recientemente en el TLC EE.UU.-Chile--, éstas están prohibidas en todas las etapas del proceso, pero en el GPA se acepta para los PED la posibilidad de introducirlas en la etapa de calificación o habilitación de los proveedores, pero no como criterio de adjudicación. De esta manera, al excluirlas en la etapa de la adjudicación se desea preservar el carácter competitivo del proceso licitatorio.

Negociaciones

En ciertas licitaciones es posible la inclusión de una cláusula sobre aceptación de negociaciones entre la entidad y los proveedores cuando una oferta no es claramente mejor que la otra. De aceptarse en el acuerdo una cláusula de esta naturaleza, se hace necesario establecer reglas sobre la confidencialidad que debe guardar el proceso, la aplicación de los criterios de evaluación y adjudicación establecidos en el pliego y la eliminación de oferentes en función de los mismos. Por otra parte, la eventual utilización de este procedimiento debería ya estar contemplado en el propio contenido del pliego.

Impugnaciones y reclamaciones

Es uno de los temas claves en relación con las reglas de transparencia porque hace además a la confianza en las instituciones y en las normas vigentes. De hecho, en el plano internacional, a partir del Código de Compras Públicas de 1979, las reglas contenidas en relación con este tema en el GPA y en los acuerdos firmados a posteriori

por EE.UU. y la Unión Europea se han visto reforzadas en torno a varias cuestiones que en términos metodológicos deben ser consideradas. En primer lugar, se exige la consideración de incluir en el acuerdo el compromiso de establecer y mantener una autoridad administrativa o judicial independiente, sin interés particular en las adquisiciones de las entidades contratantes, encargada de examinar las reclamaciones de los proveedores donde éstos puedan apelar las decisiones sobre una licitación en particular. En segundo lugar, otorgarle a los proveedores el tiempo suficiente para presentar su reclamo y la posibilidad de una suspensión del proceso, si esto no es contrario al interés público por la naturaleza de los productos o servicios demandados, hasta tanto la situación se resuelva jurídicamente. En tercer lugar, los países deben discutir no solo mecanismos y procedimientos que permitan un uso correcto del derecho de apelación ante órganos independientes sino, además, que eviten que los proveedores se puedan ver perjudicados en futuras licitaciones de las entidades ante las cuales ejercieron el derecho de reclamar.

Solución de Diferencias

A diferencia de los compromisos mencionados para la atención de las reclamaciones, los mecanismos de solución de controversias tienen que ver con las disputas entre los Estados miembros del acuerdo internacional. La discusión en este punto es si se necesitan mecanismos especiales, diferentes a los que puedan existir en general para un acuerdo de libre comercio.

En principio conviene tener en cuenta que la materia de controversia sería el posible incumplimiento de un Estado de los compromisos asumidos en el acuerdo y para ello, deberían seguirse los procedimientos establecidos en el capítulo de solución de controversias de un acuerdo de libre comercio. No obstante, interesa observar que en el GPA se establecen ciertas especificaciones que procuran modificar algunos plazos y procedimientos del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC en orden a agilizar el proceso, asegurando plazos compatibles con la naturaleza de la materia en litigio, garantizar la capacidad técnica de los miembros de los grupos especiales, etc.

Enmiendas y Modificaciones

Los acuerdos deben contemplar cláusulas que permitan realizar enmiendas y modificaciones a los mismos. Básicamente, éstas están relacionadas con la cobertura de entidades, productos, servicios y obras públicas que forman parte de los anexos. En este contexto deben considerarse las enmiendas menores o formales, como cambios de nombre de las entidades públicas, obviamente sin permitir la modificación de la estructura institucional con el fin de eludir los compromisos del acuerdo.

Es posible también que los compromisos de acceso pactados se vean alterados por la privatización de alguna entidad que un gobierno puede decidir a posteriori de la vigencia del acuerdo. En este caso, aún cuando la entidad haya quedado totalmente fuera del control del estado, puede considerarse la posibilidad que los restantes países evalúen cómo afectará el equilibrio del acuerdo y por ende, la posibilidad de exigir alguna compensación.

Sistemas de Información estadística

La información estadística sobre las contrataciones que realizan los estados tiene una doble utilidad. Por un lado, permite tener conocimiento sobre las dimensiones de los mercados y por otro, una vez entrado en vigor el acuerdo, tener un instrumento de control sobre el cumplimiento de los compromisos asumidos.

Las reglas específicas a negociar deben considerar:

- a) el contenido y nivel de desagregación de la información que cada país debe estar en condiciones de brindar y
- b) la adopción de sistemas específicos de clasificación de bienes, servicios y obras públicas similares o compatibles entre los países miembros del acuerdo.

Esto exige que en cada uno de los países, además de la adopción del sistema de clasificación mencionado, el diseño y la instalación de un sistema informático que conecte a cada una de las agencias del gobierno con un punto focal donde se remita la información de todas las contrataciones que se realizan, especificando básicamente

algunas de las siguientes variables: *nombre de la agencia, modalidad de licitación, origen de la empresa, productos o servicios adquiridos u obras ejecutadas, monto del contrato, duración del mismo, modalidad de pago, etc.*

El cumplimiento de estas reglas debe tener en cuenta la necesidad de satisfacer los objetivos buscados de la manera menos onerosa posible en cuanto a recursos y procedimientos. Se debe considerar que en la mayoría de los países del hemisferio los sistemas son precarios e incompletos. En buena medida esto es así porque al no haberse desarrollado, en sentido estricto, sistemas especiales de información para las contrataciones públicas, las estadísticas existentes provienen de la información agregada que brindan los sistemas de clasificación de bienes y servicios utilizados en la elaboración de los presupuestos nacionales.

Es evidente que día a día se incrementa el uso de nuevas tecnologías en todos los órdenes, incluido el de la gestión de gobierno en el campo de las contrataciones públicas. En tal sentido, el desarrollo y uso por parte de los países de un software similar para las adquisiciones de los gobiernos, una red integrada de difusión de información sobre oportunidades de negocios, la creación de una base de datos, entre otros temas, deberían ser sometidos al análisis de un grupo de expertos de los países involucrados. Del mismo modo, acciones de cooperación técnica en este campo para los países con mayores dificultades ameritarían particular atención durante la negociación del acuerdo.

Instituciones

En materia institucional se debe analizar la conveniencia de crear un comité de contrataciones públicas encargado de la supervisión y la evaluación de la aplicación del acuerdo. También se debería evaluar, en caso de aceptarse su creación, la naturaleza del mismo y su carácter permanente o transitorio.

Trato Especial y Diferenciado (TED)

De acuerdo a la experiencia acumulada en el sistema multilateral y en particular, lo establecido, al menos de modo meramente declarativo en el GPA, las negociaciones

entre países desarrollados y países en desarrollo o economías pequeñas incluyen un capítulo destinado al TED.

La amplitud del TED puede resultar variar significativamente en función de los numerosos factores que están presentes en una negociación. Entre otros elementos, puede comprender la inclusión de:

- a) prerrogativas especiales en término de acceso a los mercados de países más desarrollados, estableciéndose preferencias especiales en determinados sectores o productos, accediendo a contratos sin limitaciones en términos de umbrales, etc.
- b) apertura del mercado doméstico más lenta y umbrales de valor más altos para ciertas licitaciones. Eventuales reservas.
- c) mecanismos para atender situaciones de emergencia y a sectores sensibles,
- d) tiempos diferentes de implementación de procedimientos, normas e instituciones,

Consideraciones finales

La negociación del marco normativo de un acuerdo de contrataciones públicas puede tener mayor o menor amplitud o profundidad. En ese contexto no existe un único modelo y pueden concebirse, en consecuencia, distintas opciones. Un marco con abundantes prescripciones como el NAFTA y el GPA tiende a evitar la posibilidad de que sea eludida, a través de determinados procedimientos nacionales, la vigencia real de los objetivos y principios vinculados a la liberalización de los mercados de contrataciones públicas. Al mismo tiempo, debe existir la prudencia necesaria para no desarrollar un acuerdo tan detallado que sea de difícil administración, que genere costos innecesarios y sobre todo, que no sea compatible con las capacidades y recursos financieros e institucionales de los países. De ahí que hoy existan acuerdos con menor número de reglas, los cuales pueden responder también a determinadas realidades nacionales de los países involucrados.

En consecuencia, los elementos y aspectos desarrollados en el presente documento solo han intentado plantear, a la luz de acuerdos y experiencias existentes todo aquello que, en razón de su importancia, debería estar metodológicamente presente en el análisis y la discusión de cualquier negociación de contrataciones públicas. Su inclusión o no en el texto del acuerdo dependerá, en definitiva, de la opción final que los países realicen en el marco de un modelo específico escogido.

Finalmente, se debe tener en cuenta que las disposiciones contenidas en un acuerdo internacional de esta naturaleza no reemplazan sino que complementan las existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales. No obstante, pueden exigir la adaptación de algunas de ellas, en particular las de carácter operativo y administrativo, a fin de ajustarlas a los compromisos acordados sobre plazos y procedimientos y las de carácter institucional, como ser la incorporación de nuevas instancias y mecanismos para atender eventuales reclamaciones de los proveedores.

BIBLIOGRAFÍA

Arrowsmith, Sue: *"Toward an Agreement on Transparency in Government Procurement"*. PSIO, Occasional Paper WTO, Series N 9, 1997.

Barrios Baron, Cecilia: *"Compras del Sector Público. Opciones de negociación para la República Argentina"*. ISEN.1997

Claro de la Maza, Jorge and Cambior, Roberto: *"Government Procurement and Free Trade in the Americas"*. BID.1998

Hoekman, Bernard and Mavroidis, Petros: *"The World Trade Organizations Agreement on Government Procurement"*. World Bank. 1995

Hoekman, Bernard and Mavroidis, Petros: *"Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement"*. The University of Michigan Press. 1997.

Iannelli, Norberto: *"La República Argentina y las negociaciones internacionales en materia de Contrataciones Públicas"*. Boletín Informativo Techint. N 299.1999

Wallace, Don and Sahaydaclony, Simeon: *"Opening Government Procurement Markets. Multilateral, Regional and National Approaches"*. Mimeografía.1998