
Título: Las perspectivas de la compra pública por innovación en la República Argentina

Autor: Flores, Álvaro B.

Publicado en: LA LEY 07/04/2022, 1

Cita: TR LALEY AR/DOC/1190/2022

Sumario: I. La trascendencia de la innovación en la contratación pública.— II. El concepto de innovación.— III. Las diversas manifestaciones de la contratación por innovación. Los matices del procedimiento de selección.— IV. La situación en Argentina.— V. Reflexiones finales.

(*)

I. La trascendencia de la innovación en la contratación pública

Los ribetes actuales de la contratación pública, y el dinamismo que la caracteriza, fundamentalmente por la mutación constante de las necesidades públicas, obligan a los operadores del sistema a adaptarse a diferentes coyunturas, a fin de cumplir con los cometidos que hacen a la esencia del funcionamiento del Estado.

En este sentido, la contratación pública se ha transformado en una verdadera herramienta que permite canalizar diversas políticas públicas, contribuyendo a la solución de las situaciones que puedan aparecer y configurarse en el seno de la comunidad. Históricamente, cuando menos en lo que respecta a usos civiles o pacíficos, el Estado ha quedado siempre rezagado en la incorporación de nuevas tecnologías o preceptos novedosos que pueda ofrecer el mercado. Probablemente, la rigidez que ha caracterizado a las contrataciones celebradas por las dependencias estatales puede ser una de las posibles explicaciones al fenómeno señalado. Por ello la iniciativa privada, amén de ser fomentada en este ámbito, ha tenido resultados dispares en la contratación pública.

Para acercar, o mejor dicho, acompañar al vertiginoso avance que se corrobora en el marco de la era tecnológica, los ordenamientos jurídicos han pregonado brindar respuesta a la problemática apuntada, creando las condiciones propicias para la eficiencia y optimización de la compra pública. Apunta, en otras palabras, a generar una concepción estratégica del poder de compra estatal, superando los paradigmas clásicos sobre los cuales nuestra disciplina se apuntocó desde antaño.

En este contexto es donde comienza a explicarse la incidencia que ha cobrado la

innovación en la contratación pública. De acuerdo con ello, los regímenes contractuales han iniciado una tendencia proclive a incentivar los desarrollos del sector privado, en aras de interpretar las demandas que emerjan desde el Estado. Este escenario ha obligado a repensar el modo en el cual se estructuran los procedimientos de selección tradicionales y se desenvuelve la ejecución de los contratos.

Por ello, cuando la demanda pública se orienta a la búsqueda de soluciones y productos innovadores, ha demostrado tener una gran eficacia, y es por lo que, al menos de un tiempo a esta parte, se está abriendo paso en el diseño de las políticas públicas de innovación, de la mano de la contratación pública [\(1\)](#). Así las cosas, en segmentos donde se encuentra ínsita la cuestión tecnológica (ref. telecomunicaciones, energía, industria farmacéutica), o en los llamados "servicios on the spot" (como pueden darse en materia de sanidad, seguridad o medio ambiente), donde la necesidad de competir obliga al replanteo constante de costos y al incremento de la productividad, se genera un escenario propicio para las compras públicas innovativas.

Por estas razones, esta modalidad de contratación, como intentaremos poner de manifiesto, implica la superación de la presunción del ente público como cliente de producto final. Esta concepción apareció en los Estados Unidos, en donde creaciones tales como Internet o el descubrimiento del genoma humano han tenido su origen en procesos contractuales públicos definidos por la colaboración entre Administración y empresas para crear o encontrar algo inexistente o ignorado. Asimismo, países como Japón, Canadá o Australia también han venido experimentando en la contratación de productos futuros.

A partir de estas reflexiones intentaremos abordar cuáles podrían ser las perspectivas de la compra o contratación por innovación en la República Argentina, en donde todavía esta modalidad no ha tenido anclaje en su ordenamiento jurídico. Para ello, examinaremos brevemente las enseñanzas que nos traen las regulaciones de la Unión Europea y, sobre todo, la experiencia española, para posteriormente reflexionar acerca de los proyectos regulatorios que han aparecido en Argentina y sus posibilidades de suceso de acuerdo con las premisas a referenciar.

II. El concepto de innovación

Un adecuado encuadre del tema propuesto nos obliga a comenzar por los alcances que habrá de tener el concepto o la noción del término "innovación". Como bien lo ha señalado

Valcarcel Fernández [\(2\)](#), tradicionalmente se ha señalado que el concepto ordinario de innovación aparece estrechamente vinculado al desarrollo industrial, al impulso de la economía, de los mercados y de la tecnología, el cual —actualmente— también se extiende a otras de las principales preocupaciones de la compra pública, como lo representan las cuestiones ambientales y sociales. La innovación implica la creación o modificación de un producto y su introducción en un mercado [\(3\)](#).

A partir de estas consideraciones es posible explicar la tendencia recogida actualmente por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, el cual, si bien no desconocía la implicancia creciente que revestía esta temática, con la Directiva 2014/24/UE consolidó el posicionamiento de la compra por innovación en el sector público. En efecto, el considerando 47 de la Directiva estatuye que "...los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación, por ser considerada uno de los principales motores del crecimiento futuro".

Específicamente, el art. 2.1 apart. 22 de la Directiva (en el cual se vierten las definiciones) consagra que la innovación deberá ser considerada como la introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros, con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

Con meridiana claridad [\(4\)](#) se ha sostenido que el concepto de innovación que plasma la Directiva impone el cumplimiento coetáneo de un requisito ontológico, el cual se corrobora con la creación de recursos nuevos o con la reasignación más eficiente de los ya existentes, y de uno de tipo teleológico, atento a que el cometido innovativo podrá tener tal condición en caso de que su existencia contribuya al fomento de la sostenibilidad o a la mejora del bienestar social a largo plazo.

Bajo el amparo de las premisas señaladas puede explicarse la relevancia que viene teniendo la temática que nos convoca en el viejo continente y, por añadidura, el grado de desarrollo que ha alcanzado. Debido a ello, el diseño que presenta la contratación por innovación en Europa, adaptado a las realidades vernáculas, será una fuente de ineludible

consulta para la inminente implantación de la modalidad en Argentina.

III. Las diversas manifestaciones de la contratación por innovación. Los matices del procedimiento de selección

III.1. Los tipos de compras públicas por innovación

Siguiendo los lineamientos anteriormente destacados, es momento de reseñar de qué manera se ha ido plasmando la contratación por innovación y como esta ha ido transformando el formato consuetudinario de la compra pública.

Si bien las contrataciones tradicionales u ordinarias pueden establecer dentro de sus parámetros aspectos que promuevan la innovación en los términos anteriormente explicados [Ej.: establecer un esquema de ponderación que premie los compromisos que pueda llegar a asumir el contratista al momento de ejecutar el contrato; admitir ofertas "variantes" [\(5\)](#)]; el cometido de nuestro trabajo nos conduce a examinar aquellos tipos que han implicado una mutación en la concepción sobre la cual se ha estructurado desde antaño la contratación pública. Por este motivo, sin perjuicio del tratamiento divergente que han tenido en los respectivos ordenamientos jurídicos, es menester concentrarnos en las particularidades que ofrece la "compra precomercial" y la "compra por innovación", puesto que ambas podrían tener cabida, ex lege ferenda, en la normativa argentina.

Conforme lo ha explicado Valcarcel Fernández [\(6\)](#), en la Compra Pública Precomercial (CPP) el sector público promueve la investigación de soluciones a futuras necesidades, buscando soluciones innovadoras que no existen en el mercado. Por estas razones, las labores de investigación y desarrollo conllevan una extensión temporal que podría considerarse como dilatada; y, debido a esta característica, al promoverse una investigación para el desarrollo de soluciones inexistentes en un horizonte temporal no excesivamente inmediato, las CPP han sido excluidas del espectro o de la regulación de la contratación pública, tal como puede colegirse del art. 8 de la Ley de Contratos del Sector Público de España (LCSP) [\(7\)](#) y del art. 14 de la Directiva 2014/24/UE [\(8\)](#).

Sin perjuicio de ello, y no obstante tratarse en última instancia de un mecanismo de fomento [\(9\)](#), la CPP se encontrará alcanzada por los principios rectores de la contratación pública, aunque, por su propia esencia, estará sujeta a algunos matices. Así las cosas, la peculiaridad de la contratación precomercial en el ámbito de las I+D se halla en establecer el principio de reparto de riesgos y beneficios respecto a tecnologías, bienes o servicios cuya

existencia y/o valor económico están todavía por definir, dado que, o bien, son meras ideas, o bien, falta todo su desarrollo comercial [\(10\)](#).

Por el mero hecho de conocer la necesidad requerida sin contar con el suficiente grado de detalle (puesto a que de lo contrario se relativizaría la utilización de tal modalidad), y ante la ausencia de una regulación específica sobre las CPP —con las salvedades que enseguida haremos—, los pliegos y demás instrumentos contractuales son cruciales para el éxito de tal modalidad, fundamentalmente, a la hora de distribuir los riesgos y beneficios.

La CPP exclusivamente abarca la exploración y el diseño de soluciones, la creación de prototipos y, en última instancia, la fabricación original de un volumen limitado de primeros productos o servicios a modo de serie de prueba. Amén de lo expuesto, como bien lo sugiere su denominación, no incluye al desarrollo comercial, como lo representa la producción o el suministro de las innovaciones alcanzadas en grandes volúmenes. En otras palabras, no se le estaría asegurando al contratista un "mercado" para ubicar sus productos.

Al hallarse por fuera de la regulación de contrataciones públicas, el procedimiento de las CPP se sustenta en las previsiones establecidas en la Comunicación de la Comisión de Comunidades Europeas [\(11\)](#) "La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles" y en la Guía 2.0 para la Compra Pública de Innovación [\(12\)](#).

Se trata en esencia, y tal como lo abordaremos en breve, de un procedimiento estructurado por fases, en donde se resalta la posibilidad de negociar los términos de la contratación con los potenciales contratistas. En una primera instancia se preseleccionan aquellas empresas que cuentan con la capacidad suficiente para afrontar las exigencias planteadas por el Ente contratante, las cuales posteriormente tendrán la misión de elaborar un prototipo, en función de las descripciones realizadas en la convocatoria y el plexo normativo. Posteriormente serán examinados y testeados los prototipos presentados, a fin de que alcancen un estado apto para llegar a ser comercializables. Vale destacar que, en cada una de las etapas, los participantes serán remunerados por la entidad contratante. En suma, el diseño de las fases eliminatorias permite ir comprobando progresivamente la eficacia y eficiencia de las soluciones propuestas por las diferentes empresas [\(13\)](#).

En Argentina, las CPP podrían tener asidero para que la industria local pueda desarrollar productos homologados a ser demandados por personas públicas, atento a que, a partir de

esta modalidad, podría relevarse al sector privado de realizar la inversión inicial sobre la prestación que constituye el objeto contractual. A modo de ejemplo, podría erigirse como una herramienta interesante para ser incorporada en las contrataciones que llevan adelante las empresas públicas del sector ferroviario en Argentina.

Por otra parte, hallamos a las Compras por Innovación Puras (CIP) o también llamadas Compra Pública de Tecnología Innovadora (CPTI) [\(14\)](#), a través de las cuales se adquiere un bien o servicio (o ejecuta una obra) que no existe como tal en el momento de celebrar la contratación, pero que, por sus características, puede desarrollarse en un período de tiempo razonable, prescindiendo de una fase de investigación y desarrollo. Por ende, además de las diferencias en cuestiones de índole temporal con respecto a las CPP, el alcance de las CIP se extiende más allá de la conclusión del objeto de la prestación, contemplándose obligaciones una vez que, por ejemplo, los bienes hayan sido fabricados o la obra fuere ejecutada. Por tal circunstancia, en las CIP se podrá establecer un derecho de compra, por parte del Estado, de aquellos bienes que fueran finalmente producidos en el marco del procedimiento a seguir.

Las CIP, en el ámbito comunitario y español, se encuentran expresamente alcanzadas por las previsiones de la normativa de contrataciones públicas. En este sentido, el objeto de la compra es la adquisición de innovación, de tecnología "nueva" o "significativamente mejorada", de acuerdo con la terminología de la Directiva de la UE, que cumpla los requisitos demandados por el comprador. Como bien lo ha explicado la doctrina, las entidades contratantes actúan como «cliente de lanzamiento» para adquirir o distribuir bienes o servicios respecto de los que ya hay al menos un prototipo y que, o bien, no han llegado al mercado, o bien, acaban de llegar y aún no están disponibles de forma comercial a gran escala [\(15\)](#).

Las contrataciones por innovación, en especial las CPI, pueden involucrar diversos tipos de prestaciones, pudiendo incluir la adquisición de bienes, servicios, la ejecución de obras, o incluso contratos con prestaciones múltiples, como lo pueden ser en el derecho español y europeo los contratos mixtos [\(16\)](#).

Como denominador común, en cualquiera de las especies de compra por innovación, uno de los principales aspectos a dilucidar en las condiciones que se negocien es el atinente a los derechos de propiedad intelectual sobre el objeto prestacional del contrato [\(17\)](#).

Acerca de esta cuestión, si en cualquier supuesto los derechos intelectuales [\(18\)](#) de la prestación creada debieran transmitirse —por mandato contractual— al Estado, este podría ser un factor que reste atractivo a la contratación por innovación. Es por ello que, para fomentar la concurrencia y competencia, se ha optado por prever que el contratista conserve la propiedad intelectual de la innovación, estableciendo un derecho de uso especial o privilegiado para el Estado. Como puede verse, este punto es fundamental para potenciar la concurrencia en estos procedimientos.

Las transformaciones que promueve la compra por innovación también acarrearán la necesidad para los operadores del sistema de familiarizarse con nuevas terminologías, inherentes a la propia dinámica que aquella reviste. En virtud de ello, al no poder precisar los detalles y pormenores de la necesidad involucrada (la cual sí debería hallarse definida), la documentación técnica que la describe ha sido denominada como "pliego de especificaciones funcionales". Allí se expresan las necesidades que desean cubrirse en términos de rendimiento y funcionalidad [\(19\)](#). Por lo demás, los procedimientos que involucren contrataciones por innovación deben dejar a un lado los vetustos criterios que asimilan la oferta más conveniente [\(20\)](#) con la más barata o económica, los cuales se verifican usualmente en las prácticas contractuales de Argentina.

III.2. El procedimiento de asociación por innovación

La CPI, la cual es íntegramente regulada por el marco normativo de contratación pública, ha recibido expreso tratamiento en la LCSP del año 2017 (arts. 177 a 181). A tales efectos se estableció el denominado procedimiento de asociación por innovación, el cual, en esencia, representa una especie de procedimiento negociado. Se trata de un procedimiento que pretende favorecer a las empresas más innovadoras y va destinado, como destaca la exposición de motivos de la LCSP, a aquellos casos en que sea necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración, es decir, de supuestos en que las soluciones disponibles en el mercado no satisfacen las necesidades del órgano de contratación.

Así las cosas, el art. 177 define a la asociación para la innovación como un procedimiento cuya finalidad es el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costos máximos acordados entre los órganos de contratación

y los participantes.

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares de cada licitación (y en las respectivas especificaciones funcionales), el órgano de contratación deberá determinar cuál es la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. También se deberán indicar los elementos de la descripción que constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir los licitadores o participantes. Por su parte, se definirán las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial que, como se señalase, es un aspecto esencial en esta modalidad. La información facilitada deberá ser lo suficientemente precisa como para que los empresarios puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la solución requerida y decidir si solicitan participar en el procedimiento.

Dentro de este procedimiento se pueden distinguir cuatro [4] momentos claramente diferenciados:

a) la selección de candidatos;

b) la negociación con los licitadores;

c) la asociación con los socios;

d) la adquisición del producto resultante, y/o la prestación de los servicios y/o la realización de las obras.

La asociación para la innovación deberá fijar unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados. Salvo que se disponga de otro modo, los órganos de contratación negociarán con los candidatos seleccionados las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido. No obstante, no serán susceptibles de negociación los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación.

Sobre la base de esos objetivos, el órgano de contratación podrá decidir, al final de cada fase, resolver la asociación para la innovación (a través de la adjudicación que corresponda) o, en el caso de una asociación para la innovación con varios socios, reducir el número de socios mediante la celebración de contratos individuales, siempre que el órgano de contratación haya indicado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que puede hacer uso de estas posibilidades y las condiciones para ello [\(21\)](#).

Una vez concluidas las fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación analizará si sus resultados alcanzan los niveles de rendimiento y costes acordados y resolverá lo procedente sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes. Al respecto podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo. En el caso de que la adquisición de las obras, servicios o suministros conlleve la realización de prestaciones sucesivas, aquella solo se podrá llevar a cabo durante un período máximo de cuatro años a partir de la recepción de la resolución sobre la adquisición de la obra, servicio o suministro.

En lo que atañe al régimen jurídico a aplicar, debe distinguirse lo siguiente:

a) La fase de investigación y desarrollo se regirá por las normas que se establezcan reglamentariamente, así como por las prescripciones contenidas en los correspondientes pliegos y, supletoriamente, por las normas del contrato de servicios.

b) La fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados de este procedimiento, quedará regulada por las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate.

IV. La situación en Argentina

IV.1. La ausencia de regulación sobre la materia. Sus consecuencias

En Argentina no existe una regulación específica que aborde la contratación por innovación, en cualquiera de sus facetas. A nivel nacional [\(22\)](#), ni el dec. delegado 1023/2001 (Régimen de Contrataciones del Estado) ni la ley 13.064 (Contrato de Obra Pública), entre otros, hacen alusión alguna respecto de la posibilidad de incorporar cuestiones en materia de innovación.

Desde luego, el ordenamiento jurídico vigente sobre contrataciones no veda o excluye la posibilidad de incluir a esta modalidad dentro de la concepción ordinaria o tradicional, aunque su inserción se encontrará supeditada al modo en el cual las jurisdicciones y entidades contratantes lleven adelante la confección de los pliegos. Sin perjuicio de lo expresado anteriormente, la reglamentación actual prevé el criterio de adjudicación a la "oferta más conveniente" (conf. art. 15 del dec. delegado 1023/2001), lo cual indica que no será solamente el precio lo que determinará la propuesta a elegir. Esta premisa podría

erigirse como un elemento que podría abrir paso a las compras por innovación, desde los carriles ordinarios.

En otro orden de ideas, la ley 27.328 de Contratos de Participación Pública Privada abre la posibilidad dentro de su ámbito objetivo de incluir cuestiones orientadas a la investigación y desarrollo. No obstante, amén de la inaplicabilidad fáctica temporal de la normativa por la delicada situación macroeconómica de Argentina, este régimen adopta un ropaje similar —desde el punto de vista procedimental— al de la contratación clásica.

La ley 25.467, por la cual se establece el marco general para estructurar, impulsar y promover las actividades de ciencia, tecnología e innovación, a fin de contribuir a incrementar el patrimonio cultural, educativo, social y económico de la Nación, propendiendo al bien común, al fortalecimiento de la identidad nacional, a la generación de trabajos y a la sustentabilidad del medio ambiente, incluye mecanismos de colaboración público-privada a través de los cuales se podrían canalizar proyectos de innovación [\(23\)](#). A su vez, la ley 27.614 (de financiamiento del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación) establece que para promover un aumento de la participación del sector privado en la inversión de ciencia, tecnología e innovación (art. 22, incs, c) y d), de la ley 25.467) como complementaria de la inversión pública, se podrán sancionar normativas específicas.

Como puede observarse, son muy escasas las referencias que hoy en día prevé el ordenamiento jurídico argentino para tratar las compras por innovación, las cuales requieren de un tratamiento pormenorizado para que gocen de virtualidad.

Sobre el particular puede decirse que Argentina se encuentra en una posición retrasada con respecto a lo que acontece en otros países de Latinoamérica [\(24\)](#). Con distintos grados de desarrollo, hallamos normativa que regula específicamente a las compras por innovación en Brasil [\(25\)](#), Colombia [\(26\)](#), Chile, Ecuador, El Salvador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

Sin embargo, como lo hemos ido resaltando, la regulación de la contratación pública tradicional no de adecua a las particularidades que debe revestir la compra por innovación. Por estas razones, su implantación en Argentina deberá apuntar al desarrollo de una normativa específica (o complementaria de las regulaciones actuales), en las cual se prevea el procedimiento y los principios rectores, que amén de participar de una naturaleza común con cualquier contrato público, indefectiblemente ha de necesitar un tratamiento

especializado para que la contratación por innovación se erija como una alternativa confiable.

IV.2. La compra pública por innovación en el proyecto de Ley de Compre Nacional. Sus objeciones

El atraso antes señalado respecto de la regulación de la compra por innovación ha generado que la temática comience a aparecer en la agenda de las reformas que involucran a la contratación pública. En esta inteligencia el examen de admisibilidad de la compra por innovación ha quedado emparentado, de momento, con el diseño del poder de compra estatal [\(27\)](#), a partir del cual el Estado establece los lineamientos mediante los cuales direcciona sus preferencias en el mercado, tanto de tipo objetivo como subjetivo.

Bajo tales premisas, no resulta sorprendente que la compra por innovación pretenda ser incorporada en la legislación de compre nacional, por la cual —en gran medida— se vierte la política pública de compras y contrataciones del Estado. Si bien la normativa vigente (conf. ley 27.437 y sus normas complementarias), amén de sus deficiencias, es relativamente reciente (2018), ha comenzado a postularse su necesidad de reforma.

En el pasado mes de septiembre, el Poder Ejecutivo Nacional presentó formalmente el proyecto de ley para modificar (o mejor dicho, derogar) la actual Ley de Compre Nacional, el cual se encuentra incluido para ser tratado en la convocatoria a sesiones extraordinarias realizada por el dec. 51/2022 [\(28\)](#). En el seno de dicho proyecto [\(29\)](#) aparece un título exclusivamente dedicado a la "Compras Públicas para la Innovación" (Título III).

De tal manera, el documento procura la creación del "Programa Nacional de Compras Públicas para la Innovación", el cual tendrá por objeto promover la incorporación gradual de desarrollos y soluciones innovadoras en las adquisiciones que realicen los sujetos alcanzados por la ley, con el fin de modernizar y mejorar la calidad de los bienes y servicios prestados por el Estado y responder a las nuevas demandas de la sociedad (ref. art. 41).

El proyecto indica que serán consideradas "compras públicas para la innovación" (art. 42) aquellas adquisiciones de bienes y/o servicios que cumplan con, al menos, uno de los siguientes aspectos, conforme el alcance y precisiones que al efecto se establezcan en las normas reglamentarias y complementarias que se dicten al efecto:

- a) Compras de resultados parciales de procesos de investigación, desarrollo tecnológico e

innovación;

b) Compras de resultados finales de procesos de investigación, desarrollo tecnológico e innovación que todavía no hayan sido comercializados a gran escala.

Sin mencionarlo de manera expresa, el proyecto parecería incluir las dos variantes de contratación pública por innovación desarrolladas más arriba, es decir, las CPP y la CPI.

Se establece que la Agencia Nacional de Promoción de la Investigación, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación, organismo descentralizado en la órbita del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, será la Unidad Ejecutora del Programa Nacional de Compras Públicas para la Innovación, la cual contará con las siguientes sus funciones:

a) Promover las compras innovadoras por parte del sector público, como mecanismo destinado a impulsar la innovación en la matriz productiva nacional.

b) Ofrecer formación a las áreas de compras de los sujetos alcanzados por el presente programa.

c) Asistir en la elaboración de especificaciones funcionales y requerimientos técnicos.

d) En caso de ser requerido, respecto de las ofertas recibidas, verificar el cumplimiento de especificaciones funcionales y características técnicas.

e) Ofrecer financiamiento y otros instrumentos de promoción para facilitar el desarrollo de soluciones requeridas en el marco del presente programa.

f) Realizar informes sobre el nivel de evolución e impacto del presente programa.

g) Pronunciarse a requerimiento de los organismos contratantes sobre si existen méritos suficientes para realizar la contratación en el marco del presente capítulo.

h) Intervenir en la etapa de observaciones a los proyectos de pliegos que se realicen en este tipo de procedimientos.

i) Intervenir en la elaboración de los pliegos de bases y condiciones particulares relacionados a contrataciones que pudieran realizarse en el marco del presente capítulo.

j) Intervenir en la evaluación de las ofertas relacionadas a contrataciones que pudieran realizarse en el marco del presente capítulo.

Un somero análisis de la propuesta que ha elevado el Gobierno de turno permite colegir ciertas deficiencias que impedirían el desarrollo de la compra pública por innovación.

Empezando por las limitaciones respecto a su ámbito objetivo, aquellas no podrían aplicarse a contrataciones de obra, como sí lo prevé expresamente el régimen comunitario y español.

El proyecto no establece ningún tipo de alusión al procedimiento de selección aplicable, lo cual permite colegir que la compra por innovación habría de regirse por los postulados del régimen general de contrataciones. Por tal motivo, cualquier intento de desarrollo de la contratación por innovación sin prever un procedimiento que se adapte a su naturaleza (como lo sería uno de tipo negociado, como existe en Europa y España) compromete severamente el éxito que pueda llegar a tener su inserción en Argentina.

Si bien parecería que la reglamentación podría abarcar esta cuestión, lo cierto es que, en aras de una mayor seguridad jurídica, resultaría más propicio consagrar los lineamientos procedimentales por ley.

En otro orden de ideas, las atribuciones de la Autoridad de Aplicación parecerían seguir la tendencia que recoge la creación de Agencias especializadas [\(30\)](#) para canalizar este tipo de contrataciones y, en rigor, el desarrollo de la política en la materia. Sobre este punto nos permitimos realizar una objeción, atento a que la intervención que contempla la normativa en torno a la preparación de pliegos y análisis de ofertas (y en alguna medida, la propia definición de la necesidad) cercena considerablemente la autonomía de los órganos contratantes, quienes suelen estar más capacitados para perfilar el objeto de la contratación.

En función del ámbito de aplicación subjetivo de la ley (la cual abarca —entre otras— a las jurisdicciones y entidades incluidas en el art. 8 inc. a y b de la ley 24.156), la aglutinación íntegra de la compra por innovación por parte de la Agencia generará una pérdida en la autonomía que poseen, en este rubro, las entidades empresariales públicas [\(31\)](#). Más allá del aporte que pueda realizar tanto la Agencia misma como el Sistema Integrado de Ciencia y Tecnología, sin lugar a duda los pormenores de los mercados involucrados y de sus necesidades suelen ser conocidos por los entes contratantes, máxime cuando se trata de empresas o sociedades con participación estatal mayoritaria (sea cual fuere su especie). La problemática común de la contratación pública en este tipo de entidades reside en las particularidades inherentes al mercado, generalmente oligopólicos, o hasta con escenarios de monopsomio, tal como puede configurarse en el sector ferroviario, aeronáutico, energético y/o nuclear. Quizá, por estas razones, no resultaría del todo aconsejable que la

Agencia acapare íntegramente la compra por innovación.

Por otra parte, teniendo en cuenta el "recrudescimiento" de recaudos administrativo-burocráticos, este aspecto podría suponer un factor de desaliento para la contratación por innovación.

Más allá de las vicisitudes apuntadas, desde nuestra perspectiva, además de determinar los lineamientos de la política de innovación, la Agencia podría cumplir un rol determinante en materia de capacitaciones y en la emisión de Guías o Manuales para la implementación de la modalidad que hemos intentado repasar.

V. Reflexiones finales

Los alcances que reviste la contratación por innovación —cuyo repaso sintético hemos realizado— y, sobre todo, el arraigo y desarrollo que ha experimentado tanto en Europa como en España, constituyen una guía de suma utilidad para examinar las posibilidades que habrá de tener esta modalidad en Argentina. La única ventaja de encontrarse rezagada respecto a las regulaciones imperantes a nivel mundial y regional consistirá en aprovechar los aprendizajes generados a partir de los errores o vicisitudes que pudieran haberse configurado.

Si bien podría considerarse como un avance la intención de incorporar expresamente a las compras por innovación, lo cierto es que el proyecto a ser considerado por el Congreso no satisface, a nuestro juicio, las exigencias que este tipo de modalidad requiere. Por tal motivo, aspiramos a que, al momento de ser tratado, puedan corregirse las deficiencias señaladas y, con ello, contribuir al éxito de este tipo de contrataciones.

La consideración de las particularidades de la contratación por innovación en términos regulatorios (definición de procedimientos, principios aplicables, distribución de riesgos, entre otros) se inserta en un momento en el cual el fenómeno de la contratación pública comienza a replantearse algunos de sus postulados [\(32\)](#), buscando un equilibrio entre las exigencias de eficiencia y transparencia que tiñen a cualquier especie contractual.

Por último debemos resaltar que la innovación, como tal, es la que permitirá definir con mayor eficiencia las necesidades que sucesivamente aparezcan y, al mismo tiempo, contribuirá a reforzar el incentivo por la iniciativa privada, la cual se erige como un estandarte para el desarrollo de cualquier nación.

(A) Procurador, abogado, escribano y especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Especialista en Contratos Administrativos (ECAE - PTN). Magister en Contratación Pública (Universidad Castilla-La Mancha, España). Docente de grado y posgrado (UNLP, ECAE-PTN, INAP, ONC, UB y Univ. Austral).

(1) VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia, "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación", *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 153, Sección Reflexiones, Editorial Wolters Kluwer, enero-febrero 2018.

(2) *Ibíd.*

(3) <https://dle.rae.es/innovaci%C3%B3n>. (última consulta: 15 de febrero de 2022).

(4) CERQUEIRA GOMES, Pedro, "The Innovative Innovation Partnerships Under the 2014 Public Procurement Directive", *Public Procurement Law Review (PPLR)*, 2014, Issue 4, p. 211 y ss., citado en VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *ob. cit.*

(5) El art. 57 del dec. regl. 1030/2016 define a la oferta variante como a aquella que, modificando las especificaciones técnicas de la prestación previstas en el pliego de bases y condiciones particulares, ofrece una solución con una mejora que no sería posible en caso de su cumplimiento estricto. Sobre esta temática, ver MONTI, Laura, "Ofertas condicionadas y ofertas alternativas", en la obra colectiva *Cuestiones de Contratos Administrativos, en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*", Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007.

(6) VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *ob. cit.*

(7) Art. 8. Negocios y contratos excluidos en el ámbito de la Investigación, el Desarrollo y la Innovación. Quedan excluidos de la presente Ley los contratos de investigación y desarrollo, excepto aquellos que además de estar incluidos en los códigos CPV 73000000-2 (servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos); 73100000-3 (servicio de investigación y desarrollo experimental); 73110000-6 (servicios de investigación); 73111000-3 (servicios de laboratorio de investigación); 73112000-0 (servicios de investigación marina); 73120000-9 (servicios de desarrollo experimental); 73300000-5 (diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo); 73420000-2 (estudio de previabilidad y demostración tecnológica) y 73430000-5 (ensayo y evaluación), cumplan las dos condiciones siguientes: a) Que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad. b) Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.

(8) Art. 14. Servicios de investigación y desarrollo. La presente Directiva se aplicará únicamente a los contratos de servicios públicos de investigación y desarrollo incluidos en los códigos CPV 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 y 73430000-5, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes: a) que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, y b) que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.

(9) Vid., FLORES, Álvaro B. "Aproximaciones acerca de la Actividad de Fomento", Revista Argentina de Derecho Público, IJ Editores, Núm. 4, marzo de 2019.

(10) LÓPEZ MIÑO, Antonio, "La contratación precomercial en el Derecho de la Unión Europea. El reparto de riesgos y beneficios y la cuestión de las ayudas de Estado", Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado <http://revista.jacobeabea.edu.mx/> Nº 2, junio 2012, ps. 73-96

(11) SEC (2007) 1668 /* COM/2007/0799 final.

(12) Sobre este tema, ampliar en <http://www.obcp.es/noticias/la-guia-20-para-la-compra-publica-de-innovacion-ya-esta-disponible>. (última consulta: 5 de noviembre de 2021).

(13) VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia, ob. cit.

(14) *Ibíd*em, p. 6

(15) *Ibíd*em, p. 7.

(16) Con relación a esta temática, ampliar en LAZO VICTORIA, Ximena, "Los contratos mixtos", Revista de Administración Pública, ISSN: 0034-7639, núm. 179, Madrid, mayo-agosto (2009), ps. 143-165; MORÓN URBINA, Juan, "Los presentes y necesarios (aunque ignorados) contratos administrativos mixtos en la Ley de Contrataciones del Estado", Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, Núm. 18, abril 2017 (IJ-CCLXIV-581).

(17) Ampliar en LÓPEZ MIÑO, Antonio, "La contratación precomercial en el Derecho de la Unión Europea. El reparto de riesgos y beneficios y la cuestión de las ayudas de Estado", Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado <http://revista.jacobeabea.edu.mx/> Nº 2, junio 2012, p. 88.

(18) En relación con esta temática, ver SÁENZ, Diego, SCHOTZ, Gustavo, "La propiedad intelectual de la Administración Pública en Argentina", en Derechos Intelectuales 26, Tomo II, ISSN 2539-2344, Año 2021, p. 18 y ss.

(19) VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia, "La compra pública de innovación (CPI) como elemento de estrategia en las políticas públicas", TR LALEY AR/DOC/3675/2017.

(20) Vid. GAMBIER, Beltrán, "El concepto oferta más conveniente en el procedimiento licitatorio", LA LEY, 1988-D, 744; MURATORIO, Jorge, "Los criterios de adjudicación de ofertas en la contratación pública", LA LEY 22/06/2021, 1.

(21) MESA VILLA, Manuel, "El procedimiento de asociación para la innovación. Regulación y experiencia en España", Revista de Contrataciones Públicas, IJ Editores, Argentina, Núm. 5 - julio 2021.

(22) Debe recordarse que la República Argentina es un Estado Federal (conf. art. 1 de la Constitución Nacional), integrado por el gobierno nacional, los gobiernos provinciales (y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y los municipios. Cada una de estas unidades territoriales goza de autonomía (arts, 5, 121, 122, 123 de la CN) y, en lo que aquí interesa, tiene la potestad de darse su propia normativa de contrataciones

(23) El art. 19 de la ley 25.467 establece que los organismos e instituciones públicas que componen el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación —sin perjuicio de lo establecido en su normativa de creación— podrán: a) Disponer, con autorización y control del ministerio respectivo y los organismos competentes, de los fondos extrapresupuestarios originados en contratos celebrados con entidades públicas o privadas, empresas o personas físicas, por la realización de trabajos de carácter científico, asesoramiento técnico, cursos, derechos de propiedad intelectual o industrial y donaciones, siempre que dichos fondos sean destinados a la ejecución de programas y proyectos científicos o tecnológicos específicos, o a la realización de los trabajos mencionados anteriormente; b) Constituir Unidades de Vinculación Tecnológica en el marco de la ley 23.877; c) Participar en el capital de sociedades mercantiles o empresas conjuntas, de empresas de base tecnológica o que tengan como objetivo la realización de actividades de investigación científica o desarrollo tecnológico, en la medida que no afecten el patrimonio del Estado y sean aprobados por el Poder Ejecutivo nacional. El dec. regl. 257/2009 puso en cabeza del Ministerio de Ciencia y Tecnología la facultad de aprobar la participación de los organismos e instituciones públicas que componen el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en el capital de sociedades mercantiles o empresas conjuntas, de empresas de base tecnológica o que tengan como objetivo la realización de actividades de investigación científica o desarrollo tecnológico consagrada por el art. 19 inc. c) de la ley 25.467. Cabe destacar que el dec.

633/2020 derogó la limitación que originalmente había establecido la norma, la cual establecía que la participación solo podrá ser aprobada en sociedades anónimas con participación estatal minoritaria.

(24) Ampliar en COMOTTO, Sabrina, "Compras públicas para la innovación: propuestas de políticas para la Argentina", ISBN 978-987-4193-32-2, disponible en <http://www.ciecti.org.ar/it12-compras-publicas-para-la-innovacion-propuestas-de-politicas-para-la-argentina/> (última consulta: 5 de noviembre de 2021).

(25) Leyes 10.973 y 14.133/2021. Con relación a esta última norma, ampliar en GENRO, Guilherme, "Algunos apuntes sobre la "nueva" Ley brasileña de Licitaciones y Contratos Administrativos", Revista de Contrataciones Públicas, IJ Editores, Argentina - Núm. 5 - julio 2021.

(26) Ej.: Ley 80/93.

(27) COMOTTO, Sabrina "Compras públicas para la innovación: propuestas de políticas para la Argentina", ISBN 978-987-4193-32-2, disponible en <http://www.ciecti.org.ar/it12-compras-publicas-para-la-innovacion-propuestas-de-politicas-para-la-argentina/> (última consulta: 5 de noviembre de 2021).

(28) B.O. 26/01/2022.

(29) IF-2021-80788381-APN-DGD#MDP.

(30) Compra pública de innovación en América Latina, Banco Interamericano de Desarrollo, disponible en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Compra-p%C3%BAblica-de-innovaci%C3%B3n-en-Am%C3%A9rica-Latina-Recomendaciones-para-su-despliegue-en-Uruguay.pdf>. (última consulta: 15 de febrero de 2022).

(31) Sobre esta temática, ver FLORES, Álvaro B., "La contratación pública en el sector ferroviario argentino", Revista de la Facultad de Derecho de México, t. LXXI, Número 281, septiembre-diciembre 2021. DOI: <http://10.22201/fder.24488933e.2021.281-2.81076>.; "El régimen de contrataciones en las formas empresariales del Estado", publicado en la Revista de Contrataciones Públicas, IJ Editores, Núm. 1, julio 2019.

(32) Con relación a estas cuestiones, ver GIMENO FELIÚ, José María, "Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacuna)", en GIMENO FELIÚ, José M. (dir.) - GUERRERO MANSO, Carmen (coord.) "Observatorio de los contratos públicos 2020", año 2021, ISBN 9788413910352, ps.

23-49.