

México, Distrito Federal, a veintitrés de enero de dos mil quince.- Visto el expediente al rubro citado, el Pleno de esta Comisión Federal de Competencia Económica (“COMISIÓN” o “COFECE”), en sesión celebrada el mismo día, con fundamento en los artículos 28, párrafos décimo cuarto y vigésimo, fracciones I y III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“CPEUM”); 1, 2, 4, 10, 12, fracción XII de la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”);¹ 149, fracción V, de las Disposiciones Regulatorias de la LFCE (“DR”);² y 1, 4 fracción I, 5, fracciones I, VIII y XXXIX, y 8, último párrafo, del Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica (“ESTATUTO”);³ resolvió de acuerdo a los antecedentes, consideraciones de derecho y análisis de los aspectos en materia de competencia que a continuación se expresan:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO. El quince de agosto de dos mil catorce, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) emitió las bases de la licitación para otorgar un contrato mixto de obra pública para la construcción, suministro, puesta en marcha, operación y mantenimiento de una vía férrea, material rodante, equipos, sistemas y demás componentes del proyecto de tren de alta velocidad México-Querétaro (“BASES 2014”).

El tres de noviembre de dos mil catorce, la convocante declaró ganador al consorcio integrado por empresas propiedad del gobierno de la República Popular China y cuatro sociedades mexicanas, único interesado que se mantuvo en el proceso.

El día primero de diciembre del mismo año se comunicó al consorcio ganador que la SCT no suscribiría el contrato.⁴

SEGUNDO. El siete de enero de dos mil quince, la Dirección General de Transporte Ferroviario y Multimodal de la SCT presentó en la oficialía de partes de la COFECE una solicitud de opinión en términos del artículo 12, fracción XII, de la LFCE, respecto del documento denominado “*PRE CONVOCATORIA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL ABIERTA QUE CONTIENE LAS BASES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL ABIERTA NO. PO-----2015 PARA EL OTORGAMIENTO DE UN CONTRATO MIXTO DE OBRA PÚBLICA INTEGRAL PARA ELABORAR EL PROYECTO EJECUTIVO DEFINITIVO, LA CONSTRUCCIÓN, SUMINISTRO, PUESTA EN MARCHA Y PRUEBAS EXTENDIDAS DE: (i) UNA VÍA FÉRREA; (ii) MATERIAL RODANTE; (iii) EQUIPOS Y SISTEMAS Y DEMÁS COMPONENTES DEL PROYECTO DEL TREN DE ALTA VELOCIDAD MÉXICO D.F.- SANTIAGO DE QUERÉTARO, QUERÉTARO*”, el cual fue presentado sin los anexos correspondientes (“SOLICITUD”). Este documento corresponde a un nuevo proceso de licitación con objeto de adjudicar un contrato similar al referido en el numeral anterior.

¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el veintitrés de mayo de dos mil catorce.

² Publicadas en el DOF el diez de noviembre de dos mil catorce.

³ Publicado en el DOF el ocho de julio de dos mil catorce.

⁴ Oficio No. 4.3.1444/2014, emitido por la Dirección General de Transporte Ferroviario y Multimodal de la SCT.

TERCERO. El catorce de enero del presente año, la SCT entregó en la oficialía de partes de la COMISIÓN, en alcance a su SOLICITUD, los proyectos de diversos documentos anexos de su escrito inicial.

CUARTO. En la misma fecha, la SCT publicó en su página de internet y en el sitio CompraNet, la versión definitiva de las pre-bases de la licitación citada en el antecedente **SEGUNDO**, sin incluir anexos, a la cual asignó el número PO-009000988-N1-2015 (“LICITACIÓN”). En virtud de que esta última versión de las pre-bases sustituye la entregada a la COFECE el siete de enero, el análisis de competencia que se presenta en esta Resolución se refiere a este último documento (“PRE-BASES”), identificándose al sistema de transporte objeto de la LICITACIÓN como PROYECTO.

QUINTO. El diecinueve de enero del presente año, la SCT presentó dos oficios ante la oficialía de partes de la COMISIÓN, acompañados de diversos documentos, en alcance a sus oficios previamente presentados ante esta autoridad sobre la LICITACIÓN.

SEXTO. El veinte de enero de dos mil quince, y considerando que el trámite cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 148 de las DR, la Secretaría Técnica procedió a emitir el acuerdo que tuvo por admitida la SOLICITUD y por integrado el expediente citado al rubro, conforme al artículo 149, fracciones I y IV, de las DR.

SÉPTIMO. En términos del artículo 149, fracción V, el plazo para emitir la opinión respectiva vence el tres de marzo de dos mil quince.

II. CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- De conformidad con el artículo 28 de la CPEUM; y 1, 2, 12, fracciones I y XII, y 18, antepenúltimo párrafo, de la LFCE, el Pleno de esta COMISIÓN emite la presente opinión, la cual debe publicarse.

SEGUNDA.- En términos del artículo 31 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM), las convocatorias en los procesos de licitación de obra pública y servicios relacionados con las mismas están obligadas a no establecer en las bases de estos procesos requisitos que tengan por objeto o efecto limitar el proceso de competencia y libre concurrencia, ni requisitos o condiciones imposibles de cumplir. Para efectos de lo anterior, este artículo señala que la convocante *“tomará en cuenta las recomendaciones previas que, en su caso, emita la Comisión Federal de Competencia, en términos de la Ley Federal de Competencia Económica”*.

TERCERA.- En virtud de que la SOLICITUD ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 148 de las DR, procede substanciar la presente solicitud en términos del artículo 149 de las DR.

III. CARACTERÍSTICAS DEL TREN DE ALTA VELOCIDAD MÉXICO-QUERÉTARO

De acuerdo con el documento que contiene el análisis costo-beneficio del PROYECTO, el tren de alta velocidad México-Querétaro tiene el objetivo de proporcionar un servicio de transporte de

pasajeros moderno, eficiente y rápido, que resuelva la problemática de movilidad en la región centro del país, específicamente entre las ciudades de México y Querétaro.

El tren tendrá una vía doble compartida con el Tren Suburbano en el tramo comprendido entre el Distrito Federal (DF) y Huehuetoca, Estado de México y en algunos tramos subsecuentes será paralela a las vías existentes por las que transitan trenes, que solamente proporcionan el servicio de transporte de carga. Esto con el fin de aprovechar los derechos de vía disponibles a la fecha. Este sistema de transporte tendrá: i) una vía con una longitud de 210 km; ii) velocidad promedio estimada de 120 km/h entre el DF y Huehuetoca, y de 200 km/h de Huehuetoca a Querétaro; y iii) dos estaciones terminales, una en el DF y otra en Querétaro.

La construcción y los gastos de todos los cruces de vía para los accesos a caminos, carreteras y poblados que atraviesen las vías del tren México- Querétaro correrán a cargo de la SCT.

IV. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS EN MATERIA DE COMPETENCIA

El análisis de la COFECE sobre los documentos de la LICITACIÓN tiene por objeto promover la mayor concurrencia posible de agentes económicos en el proceso y una competencia vigorosa que permitan garantizar las mejores condiciones para el Estado en la asignación del CONTRATO, observando los estándares técnicos y los niveles de calidad y seguridad necesarios.

En este sentido, esta autoridad emite opinión únicamente sobre los efectos que en materia de competencia y libre concurrencia tendrían las condiciones, requisitos y criterios de adjudicación incluidos en las PRE-BASES y demás documentos de la licitación de referencia. La presente no prejuzga sobre otros aspectos y objetivos de política pública que estos documentos pudieran tener, toda vez que no son competencia de esta autoridad.

A continuación se exponen una serie de sugerencias para promover y proteger el proceso de libre concurrencia y competencia en la LICITACIÓN:

1. Criterio de adjudicación

En cualquier licitación, los criterios para calificar una propuesta económica tienen un impacto fundamental en el nivel de concurrencia y competencia. Por ello es imprescindible asegurar que sean claros y transparentes, y que no contengan elementos que impongan barreras o distorsionen la concurrencia y la competencia en el proceso.

De acuerdo con el Anexo E-1 "Propuesta Económica" de las PRE-BASES, el CONTRATO se adjudicará al participante con *"la proposición solvente económica más conveniente para el Estado"*, definida como *"aquella que reúna la mayor puntuación o unidades porcentuales conforme a lo dispuesto en la "MATRIZ BASE DE PUNTOS" y el FORMATO CP y PRE"*.

El Formato CP corresponde a la "carta propuesta" que integra la oferta económica de cada licitante, y el formato PRE se refiere al presupuesto total de los trabajos.

Los puntos de cada oferta económica se calculan considerando el precio (costo) que los licitantes ofrecen por realizar el PROYECTO, a cuyo monto se le resta un componente denominado

“beneficio al Gobierno Federal”. Para determinar la puntuación de cada oferta económica se establece la siguiente fórmula:

$$PPA_j = 50 \left(\frac{PSPBM}{PP_j} \right)$$

Donde:

j = es cada una de las ofertas económicas que resulten solventes.

PPA_j = puntuación o unidades porcentuales a asignar a la proposición “ j ” por el precio ofertado.

$PSPBM$ = proposición solvente con el precio (costo) más bajo que haya sido ofrecido en la LICITACIÓN.

PP_j = precio de la proposición “ j ” menos el **beneficio al Gobierno Federal**.

50 = puntuación total que podrá obtener la oferta económica de un licitante.⁵

El concepto de beneficio corresponde, de acuerdo con el Anexo E-1, a “una oferta de financiamiento en firme [al Gobierno Federal] expedida o respaldada por una o más agencias de crédito a la exportación del país o países de donde los Licitantes prevean importar bienes para el Proyecto”. Esta oferta de financiamiento, a ser conseguida por los participantes, debe ser menor o igual al valor de la propuesta económica presentada por el licitante, en condiciones que presenten ventajas para el gobierno mexicano.

El beneficio se calcula como el valor presente neto del valor del crédito que acompañe la oferta económica, considerando su monto, la tasa de interés efectiva, comisiones, calendario de pagos y número de exhibiciones en las que se entreguen los recursos al Gobierno Federal.

Lo anterior, implica la obligación para los participantes en la LICITACIÓN de conseguir una oferta de financiamiento para el Gobierno Federal. Esta obligación sujeta a que esta oferta sea expedida o respaldada por instituciones promotoras de la exportación de los países de donde se importarían bienes para el PROYECTO.

Esta COMISIÓN considera que establecer que la fuente del crédito sean únicamente las instituciones de crédito a la exportación del país de donde se importen los insumos restringiría la libertad de los licitantes de acudir a diversas fuentes de financiamiento internacional, lo que podría desincentivar y limitar la concurrencia y la competencia en el proceso licitatorio.

Más aun, esta COMISIÓN considera que incluso permitiendo que los licitantes puedan acudir a fuentes de financiamiento internacional distintas a las instituciones promotoras de la exportación, el hecho de incluir la obligación de que los licitantes tengan que conseguir un crédito para el gobierno es una restricción que disminuirá el nivel de concurrencia en la LICITACIÓN.

Atar el precio ofrecido por la construcción del PROYECTO a la oferta de financiamiento para el Gobierno Federal como parte de un mismo elemento para evaluar la oferta económica, podría constituir una ventaja exclusiva a favor de aquellos licitantes que se encuentren vinculados con

⁵ Cabe hacer notar que de acuerdo a como está planteada la fórmula y definición de las variables, la puntuación de una oferta económica podría ser mayor a los 50 puntos. Esto es, el resultado final de PPA_j puede ser mayor a 50. Esto resulta porque los elementos que se incluyen en PP_j no son los mismos que se incluyen en $PSPBM$.

una fuente de financiamiento que cumpla con los criterios establecidos en los documentos de la LICITACIÓN.⁶

Para los posibles licitantes, las condiciones referidas implicarían la necesidad de conseguir con una institución ajena a ellos un crédito para un tercero, que sería el gobierno mexicano. Lo anterior se complica con el numeral 3.1.3.9 del Anexo E-1 de las PRE-BASES que señala que, en caso de que el Gobierno Federal y las instituciones financieras oferentes no celebren los instrumentos contractuales del crédito en los treinta días naturales a partir de que la convocante dé a conocer el fallo de la LICITACIÓN, se considerará que el licitante ganador ha incumplido.

Desde este punto de vista, una empresa eficiente en la construcción y operación de un tren de alta velocidad, pero que no esté vinculada a una fuente de financiamiento, se encontraría en desventaja y tendría bajas probabilidades de ganar, lo cual desincentivaría la participación de interesados, y con ello la concurrencia en la LICITACIÓN. Lo anterior disminuiría la presión competitiva por el PROYECTO, limitando la probabilidad de conseguir las mejores condiciones para el Estado.

En este sentido, esta COMISIÓN considera que si la convocante decide mantener como criterio de evaluación de la propuesta económica la oferta de financiamiento al Gobierno Federal, sería necesario que estableciera un precio de reserva apropiado para garantizar que el PROYECTO se realice con las mejores condiciones para el Estado. En este sentido, se sugiere que un tercero independiente del Gobierno Federal estime el costo más eficiente del PROYECTO con base en la experiencia de otros proyectos internacionales similares y que sea referente para determinar el precio de reserva de la convocante, que deberá mantenerse oculto para revelarse con posterioridad a la apertura de propuestas. El PROYECTO no se debería adjudicar si el costo para el Estado de realizar la obra, de operarla durante la transición establecida, y de las demás formalidades para que la convocante la reciba es mayor al precio de reserva.

2. Criterios para calificar solvencia

De acuerdo con la cláusula cuarta de las PRE-BASES y su Anexo E-1 y E-2, se otorgará un máximo de 50 (cincuenta) puntos para determinar la solvencia técnica y económica de las licitantes. Para estos efectos, se establece un sistema de puntos, determinado en la matriz base de puntos.

Por una parte, en este caso existen riesgos de discrecionalidad que pueden generar incertidumbre a los interesados y, en consecuencia, de reducir el número de participantes. Éstos se observan principalmente en los siguientes conceptos, relacionados con la calificación de la experiencia técnica, para los que la convocante juzga, sin referencias o parámetros objetivos, lo que es adecuado y necesario de cada propuesta:

- a) *“Materiales, maquinaria y equipo de instalación permanente”.*
- b) *“Maquinaria y equipo de construcción”.*

⁶ Cabe señalar que el criterio propuesto en la LICITACIÓN resulta atípico, ya que conforme a los *“Lineamientos para la aplicación del criterio de evaluación de proposiciones a través del mecanismo de puntos o porcentajes en los procedimientos de contratación”*, publicados en el DOF el nueve de septiembre de dos mil diez, el financiamiento es un rubro distinto al precio.

- c) *“El esquema estructural de la organización de los profesionales técnicos que se encargarán de la dirección y coordinación de los trabajos”.*
- d) *“Procedimientos constructivos y descripción de la planeación para la ejecución de los trabajos”.*
- e) *“Programas de capacitación de personal para el desarrollo de los trabajos licitados, que incluya el nivel profesional, conocimientos y habilidades de los capacitadores”.*

Asimismo, la cláusula quinta, fracción III de las PRE-BASES establece que cada licitante, *“por sí mismo o a través de sus Afiliadas, subsidiarias o personas morales de los miembros de un consorcio deberá acreditar [una] experiencia como mínimo de 5 años, siempre y cuando éstas sean parte en el convenio de proposición conjunta; así como su especialidad con la mayor longitud construida en trenes de alta velocidad, conforme a lo establecido en cada uno de los términos de referencia, mediante la presentación de copia de los contratos o bien la carátula de los mismos (...), de acuerdo con lo indicado en la ‘Matriz base de puntos’ en los siguientes componentes:”*

- *Longitud acumulada de montaje de vía de tren de alta velocidad (300 km/hr o mayor).*
- *Longitud acumulada de construcción de túneles ferroviarios.*
- *Longitud acumulada de construcción de viaductos y puentes especiales ferroviarios.*
- *Construcción de cantidad de estaciones/terminales, talleres y estacionamientos ferroviarios.*
- *Longitud acumulada de instalaciones electromecánicas (señalización, sistemas de seguridad, telecomunicación y electrificación).*
- *Fabricación de trenes de alta velocidad (300 km/hr o mayor).*
- *Longitud operada/recorrida por tren y número de pasajeros, así como el número de trenes mantenidos, para acreditar las pruebas extendidas de trenes de alta velocidad.*
- *Operación y mantenimiento en Trenes de Alta Velocidad, incluyendo subsistemas de seguridad y comunicación.”*

La inclusión de una multiplicidad de elementos técnicos y económicos a evaluar que estén relacionados entre ellos, podría dar ventaja a algunos participantes. Por ejemplo, la acumulación de longitudes o elementos de construcción que puede tener un interesado depende del tamaño y características demográficas y socioeconómicas de los mercados en los que haya desarrollado los proyectos similares.

En estas condiciones, la valoración de la experiencia en los términos establecidos en la LICITACIÓN podría tener el efecto de disminuir la calificación de interesados que tengan menores cantidades en algunas de las variables pero que cuenten con capacidad similar o superior que otros interesados con mayor acumulación en estas variables. En consecuencia, existe la posibilidad de que empresas con la suficiente capacidad técnica puedan quedar fuera de la LICITACIÓN.

Adicionalmente, las PRE-BASES y la matriz de puntos no incluyen escalas y parámetros que permitan prever con certidumbre la calificación que obtendrían las propuestas en sus distintas variables, lo que otorga discrecionalidad a la convocante e incertidumbre para el participante.

Por otro lado, la cláusula décima quinta de las PRE-BASES señala que la LICITACIÓN se declarará desierta si la convocante considera que los precios de insumos contenidos en todas las proposiciones no son aceptables, por ser *“notoriamente superiores a los que se desprendan de la investigación de mercado”*.

En los documentos de la LICITACIÓN no se observa parámetro alguno para determinar de manera motivada lo que se considerará como *“notoriamente superior”*, además debe tomarse en consideración que los precios de mercado que existan al momento de elaborar las propuestas podrían haber variado significativamente respecto de los captados en su momento en la investigación de mercado efectuada para decidir llevar a cabo el PROYECTO.

Asimismo, el numeral 12 de la cláusula décima cuarta de las PRE-BASES establece que los precios de los insumos contenidos en una propuesta pueden no ser aceptables para la convocante y por tanto, desechará la proposición respectiva *“porque los importes propuestos son inferiores a los que se desprendan de la investigación de mercado”*.

Para resolver las problemáticas antes señaladas, se estima necesario cambiar estos supuestos por la recomendación antes planteada relativa al precio de reserva.

En resumen, a fin de favorecer la concurrencia y la competencia esta autoridad recomienda que: **i)** se evite duplicidad y se reduzca el número de variables técnicas a ser consideradas para evaluar la solvencia de las propuestas de los licitantes y se limiten sólo a aquellas que estén directamente relacionadas con aspectos de capacidad técnica para realizar a cabalidad el PROYECTO; **ii)** definir para cada una de estas variables referencias justificadas, que sean los mínimos necesarios para acreditar la capacidad y hacerlas públicas; y **iii)** eliminar como causal para desechar propuestas, que el precio de los insumos sea inferior o superior al de la investigación de mercado y sustituirlo por el precio de reserva sugerido.

3. Metodología para determinar al ganador

La metodología para determinar al ganador puede distorsionar de manera importante la competencia por el PROYECTO. Bajo dicha metodología, algunos licitantes que presenten ofertas económicas con menores costos relativos serían menos competitivos si sus calificaciones en la parte técnica son relativamente más bajas (debido a indicadores de volumen antes mencionados) pero solventes, frente a licitantes con mayores calificaciones técnicas pero costos más elevados. Con este criterio podría resultar ganador un licitante que no sea el más eficiente en términos de costos ni conveniente al Estado.

En este sentido, dada la complejidad del PROYECTO, esta autoridad recomienda modificar la manera de evaluar las propuestas técnicas con la finalidad de que el licitante que cumpla con los requisitos mínimos a evaluar en cada rubro y subrubro de su propuesta técnica, obtenga el puntaje total considerado por la SCT, de tal manera que se evalúe la propuesta económica con la misma base sin otorgar ventajas innecesarias en la puja de los términos económicos.

4. Barreras que afectan la concurrencia en la LICITACIÓN

En la cláusula primera, fracción VII de las PRE-BASES se condiciona la presentación de propuestas conjuntas, a que al menos uno de los integrantes sea una empresa mexicana dedicada a la construcción y con experiencia en edificación.

Esta condición limita la libertad de decisión de los interesados para seleccionar a los integrantes que sean más eficientes y competitivos para conformar grupos y participar como un solo licitante. De esta forma, se limita la capacidad de los licitantes para integrarse en consorcio según les convenga, lo que podría afectar la concurrencia en el proceso o la presentación de ofertas competitivas.

Por lo anterior, esta COMISIÓN sugiere eliminar esta condición para la presentación de propuestas conjuntas, a fin de fortalecer la competencia en la LICITACIÓN.

5. Certidumbre y claridad respecto de los alcances de la LICITACIÓN y el PROYECTO

La claridad, transparencia y suficiencia de información sobre los términos, requisitos y obligaciones básicos para desarrollar un proyecto de inversión propician mayor concurrencia de interesados y, por lo tanto, un mayor número de propuestas en los procesos de licitación.

La falta de estas condiciones genera incertidumbre e inseguridad jurídica a los interesados, afectando el interés por participar y, con ello, disminuyendo los niveles de la concurrencia y competencia en el proceso licitatorio. Del análisis de las PRE-BASES y otros documentos de la LICITACIÓN, aunada a la existencia de pocos agentes económicos a nivel mundial con capacidad técnica y económica para desarrollar el PROYECTO, en ciertos rubros se observa este tipo de problemática que podría afectar el nivel efectivo de participación y las posibilidades de que exista una fuerte competencia por obtener el CONTRATO.

La COMISIÓN recomienda dar mayor claridad y certidumbre en algunos aspectos de las PRE-BASES y demás documentos de la LICITACIÓN. Entre más precisas sean las reglas que definen las condiciones de participación y el acceso al proceso, así como los alcances de la obra pública que se licita, se conseguirá una mayor participación de agentes económicos.

A continuación se indican los principales elementos que se observan en los documentos de la LICITACIÓN que podrían depurarse para hacer competitivo el proceso de licitación.

a) Alcances del contrato

En la sección de Datos Generales de las PRE-BASES se determinan las dimensiones del PROYECTO a partir del objeto de la licitación (numeral 3) y de su alcance definido en términos las fracciones III y VII del artículo 3 de la LOPSRM (numeral 5), de la siguiente manera:

Objeto: *“el otorgamiento de un contrato mixto de obra pública integral para elaborar el proyecto ejecutivo definitivo, la construcción, suministro, puesta en marcha y pruebas extendidas de: (i) una vía férrea; (ii) material rodante; (ii) equipos y sistemas y demás componentes del tren de alta velocidad (...) México-Querétaro”.*

Alcances: *“...el contrato que será otorgado en términos de la presente licitación consiste en un proyecto integral por medio del cual el contratista se obliga desde el diseño de la obra hasta su terminación total, incluyéndose de ser necesario, la*

transferencia de tecnología; así como la instalación, montaje, colocación o aplicación, incluyendo las pruebas de operación de bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble siempre y cuando dichos bienes sean proporcionados por la convocante al contratista, o bien, cuando incluyan la adquisición y su precio sea menor al de los trabajos que se contrate; todo lo anterior bajo un esquema de pago mixto sobre precio alzado y precios unitarios...”

En virtud de lo anterior, y de conformidad con los términos del contrato, el contratista estará obligado a la elaboración del proyecto ejecutivo definitivo, ejecución de los trabajos de obra de la vía férrea, del material rodante, los sistemas y demás componentes del tren de alta velocidad (...), así como su puesta en marcha y pruebas extendidas correspondientes por un plazo de 60 meses.

[Énfasis añadido].

El texto resaltado en negritas parecería referir cuestiones distintas al “material rodante”, que no se encuentra definido en el glosario de las PRE-BASES, y que no corresponde a los términos normalmente utilizados en el transporte ferroviario. Es relevante que el término “material rodante” sea definido de manera clara a efecto de que los interesados comprendan los alcances del contrato de obra pública mixta (CONTRATO) que se licita.

En los alcances del PROYECTO se especifica que para los “bienes muebles”, que parecen corresponder al “material rodante”, existen las alternativas de que sean proporcionados por la convocante al contratista, o sean abastecidos por el ganador y por tanto se adicionarían, en su caso, al CONTRATO. Sin embargo, del resto de las PRE-BASES, el CONTRATO y otros documentos de la LICITACIÓN se desprende que la provisión de los trenes forma parte del proyecto integral.

Al respecto, esta COMISIÓN recomienda que en las PRE-BASES y en el CONTRATO se establezca expresamente la posibilidad de que las empresas constructoras que participen en la LICITACIÓN puedan adquirir de manera separada el material rodante, lo que promovería y protegería la competencia y la libre concurrencia en la LICITACIÓN.

b) Consistencia en términos y condiciones estipulados

Dentro de las PRE-BASES, y entre éstas últimas, el CONTRATO, y otros documentos de la LICITACIÓN se observan algunas contradicciones en los términos y condiciones que definen el alcance de las obligaciones a cargo del ganador, lo que puede generar incertidumbre en los interesados, e incidir en los costos del PROYECTO, así como en la elaboración y cumplimiento del programa de inversiones que propongan.

Destaca por una parte la contradicción de los conceptos que se pagarán con precio alzado y con precios unitarios, ya que mientras que la cláusula décima primera, fracción I de las PRE-BASES, se señala como único concepto a precio alzado el sistema de boletaje, y en la fracción II que el “material rodante” se pagaría a precios unitarios, en el tercer párrafo del modelo de contrato de obra aplicable a la modalidad de precio alzado se especifica que éste se aplica al “material rodante” y no incluye el sistema de boletaje.

Esta autoridad recomienda precisar en todos los documentos de la LICITACIÓN, en particular, en el modelo de contrato de obra aplicable a la modalidad de precio alzado y en las PRE-BASES, los conceptos que corresponderán a precio alzado y los que se aplicarán precios unitarios.

c) Derechos de explotación de espacios comerciales

Se advierte falta de claridad y contradicciones en los documentos de la LICITACIÓN sobre los derechos que el ganador tendría para explotar los espacios comerciales en las instalaciones del PROYECTO. Por un lado, las PRE-BASES son omisas en este sentido y por otro, en el CONTRATO las posibilidades de explotación comercial se mencionan en los pies de página 3 y 5, que se contradicen entre sí, ya que en el primero se señala que el contratista *“podrá recibir beneficio de la explotación comercial de las instalaciones y del Tren”* y en el segundo que *“no podrá recibir beneficio de la explotación comercial de las instalaciones y el Tren y dará las facilidades necesarias para permitir esa explotación a quien la SCT le indique.”*

Precisar si el ganador podrá o no explotar los espacios comerciales y, de ser el caso, los alcances precisos de tales derechos, asegura que los interesados cuenten con toda la información necesaria para elaborar adecuadamente y con certidumbre propuestas competitivas, por lo que se recomienda se incluya en las bases, en el clausulado del CONTRATO, y en los demás documentos en que resulte aplicable.

d) Información faltante

La falta de información relevante y oportuna impide a los interesados lograr propuestas eficientes y competitivas, y les genera incertidumbre e inseguridad jurídica, lo que disminuye significativamente los incentivos para participar en la LICITACIÓN. Por estas razones los interesados deben contar, de manera completa y con el tiempo suficiente, con toda la información que incida en la elaboración de propuestas sólidas. En el presente caso, esta autoridad recomienda que los seis meses contemplados en las PRE-BASES se apliquen a partir de que todos los interesados cuenten con la información completa, en particular, la información con la que cuenta el licitante ganador de la anterior licitación. En seguida se apuntan cuestiones que robustecerían la entrega de la información en la LICITACIÓN:

Matriz base de puntos

La matriz base de puntos que contiene los criterios para evaluar la solvencia de las propuestas técnicas constituye información básica para que los interesados puedan elaborar propuestas. No contar con la versión definitiva de este tipo de documentos con la debida anticipación reduce el tiempo efectivo para elaborar propuestas, genera incertidumbre y, por ende, incide de manera negativa en la concurrencia en la licitación.⁷ Asimismo, puede otorgar ventajas a los agentes económicos que hayan participado en licitaciones previas con el mismo o similar objeto.

⁷ Las especificaciones sobre calificación en términos de longitud, número de usuarios, número de trenes operados y mantenidos, y los años de experiencia por acreditar para la licitación que se efectuó en dos mil catorce, no se incluyeron en las pre-bases ni en las bases respectivas, sino solamente en la matriz base de puntos, la cual se proporcionó a los interesados hasta después de la primera junta de aclaraciones. Esta situación afectó la certidumbre de los interesados, impidió que elaboraran adecuadamente posturas y disminuyó el tiempo efectivo para presentar propuestas, lo que contribuyó a anular las posibilidades de concurrencia y competencia en el procedimiento del dos mil catorce.

Por lo anterior, esta autoridad sugiere proveer a los interesados, de manera oportuna, suficiente y uniforme, la versión definitiva de la matriz base de puntos y toda la información necesaria para elaborar sus propuestas, y que el plazo mínimo necesario para la elaboración de propuestas inicie a partir de que todos los interesados dispongan de la dicha información.

Derechos de vía

- **Obligación de obtener los derechos de vía.** En los documentos de la LICITACIÓN se observa falta de información en cuanto a las gestiones por derechos de vía que correrán a cargo de la convocante y del licitante ganador. Mientras que en las PRE-BASES se establece que estos derechos corresponden a:

“La franja de terreno que se requiera para la construcción, conservación, ampliación, protección y en general para el uso adecuado del TREN DE ALTA VELOCIDAD, en términos de las dimensiones y características señaladas en el ANEXO A-DERECHOS DE VÍA, el cual será gestionado y obtenido por la CONVOCANTE para el trayecto propuesto por ésta.”⁸ [Énfasis añadido].

En el Anexo A referido en el párrafo antes citado se señala, por un lado que *“el derecho de vía será objeto de liberación conforme al programa que, a más tardar en la fecha en que se expida la autorización de inicio de construcción, se agregará al contrato”,* y que *“en caso de que la convocante no obtenga el derecho de vía dentro de los veinticuatro meses contados a partir de la fecha de firma del contrato, las obligaciones a cargo de el (sic) contratista serán ajustadas por la convocante, mediante (...) revisión del contrato...”*

Por otro lado, dicho Anexo indica que el *“contratista, a su costa, estará obligada a negociar y liberar, por cuenta y orden de la convocante, y previa autorización de ésta, el derecho de vía que requiera para llevar a cabo las mejoras, innovaciones o modificaciones”*.

En la información disponible a los interesados no se proporciona una relación de los derechos de paso con los que efectivamente cuenta la SCT para el trayecto, ni de los que tendrá que gestionar con posterioridad.

En este sentido, no hay claridad sobre la manera en que se gestionarán los Derechos de Vía, pues mientras que la PRE-BASES señalan que éstos serán gestionados por la convocante para el trayecto, en el Anexo A y otros documentos de la LICITACIÓN se establece que la obligación puede correr por cuenta del contratista o licitante ganador.

Se sugiere que en las PRE-BASES, Anexos y Formatos correspondientes se establezca claramente y de forma consistente la manera en que se deberán gestionar y obtener los Derechos de Vía necesarios para el desarrollo de la obra. Con el mismo objetivo, tal y como se señala más adelante se recomienda que la convocante advierta oportunamente sobre el estado que guardan los derechos de paso del trayecto propuesto a los licitantes.

- **Procedimiento de revisión.-** Las PRE- BASES señalan que en caso de que la convocante no obtenga el derecho de vía dentro de los veinticuatro meses contados a partir de la fecha de

⁸ Numeral “6.-DEFINICIONES” del apartado “DATOS GENERALES” de las PRE-BASES.

firma del contrato, las obligaciones a cargo del contratista serán ajustadas mediante un procedimiento de revisión del contrato para, en su caso, reflejar las variaciones en el pago y en las fechas de inicio de las pruebas extendidas que correspondan de conformidad con lo establecido en el contrato. Sin embargo, ese procedimiento no se encuentra previsto en la LOPSRM, ni en las PRE-BASES. El hecho de que ese procedimiento no se encuentre disponible o no exista generaría incertidumbre, lo que podría repercutir en los costos de la obra, que se trasladarían a las posturas.

En este orden de ideas, se recomienda que las PRE- BASES prevean el procedimiento correspondiente o, de ser el caso, remitan a los licitantes a la normativa que lo contemple.

- **Derechos existentes.-** De los documentos de la LICITACIÓN se desprende que existen inmuebles, bienes y derechos que resultarían afectados por la ejecución del PROYECTO. Al respecto, el artículo 19 Bis de la LOPSRM señala que *“Sin perjuicio de lo previsto en el segundo párrafo del artículo anterior, la dependencia o entidad podrá establecer en la convocatoria que los licitantes tendrán a su cargo gestionar la adquisición de los bienes inmuebles o constitución de derechos reales que correspondan, que sean necesarios para ejecutar las obras públicas. En todo caso, la convocatoria siempre deberá considerar los montos necesarios para cubrir la adquisición de los inmuebles, bienes y derechos necesarios, cuidando que no se generen ventajas indebidas a los licitantes que puedan ser previamente propietarios de los inmuebles o derechos reales destinados a la ejecución del proyecto.”*

En este sentido, las Bases deberían precisar los bienes y derechos que se deberán adquirir, así como el monto necesario o estimado para la adquisición de los mismos, a fin de que los licitantes estén en posibilidad elaborar sus propuestas y, de resultar favorecidos en el proceso, ejecutar el proyecto. Asimismo, en atención a lo señalado en el artículo 19 Bis de la LOPSRM, se recomienda que las Bases establezcan las salvaguardas necesarias para que el hecho de que un agente sea propietario de ciertos bienes o derechos no genere ventajas indebidas a ese agente u otros en perjuicio del resto.

- **Inventario de Derechos de Vía.-** Finalmente, se recomienda revelar con la debida oportunidad – preferentemente en la publicación misma de las Bases – una relación completa de los Derechos de Vía necesarios para la ejecución del proyecto, precisando el estado en que se encuentran en cada caso, a fin de otorgar a los interesados mayor claridad respecto de las condiciones actuales y las gestiones futuras que habrán de realizarse, de conformidad con las disposiciones legales aplicables.

6. Medidas para asegurar la eficiencia en la prestación del servicio

En las cláusulas vigésima, numeral 20.2 y vigésima primera del proyecto de CONTRATO se establece que el ganador de la LICITACIÓN conservará los derechos de autor y otros de propiedad intelectual sobre cálculos, programas de cómputo, planos, manuales, modelos y otros documentos de naturaleza técnica, proporcionados por el contratista conforme al CONTRATO, y que en general sobre toda la información derivada de las obras objeto del mismo. Estas cláusulas otorgan protección y ventajas al ganador para los subsecuentes proyectos similares, que no se justifican para el desarrollo del PROYECTO, y pueden afectar la competencia y la libre

conurrencia en futuras licitaciones con objeto similar, en particular si implican la conexión con el tren México-Querétaro. Además, en virtud de que el gobierno federal es el propietario del mismo, se recomienda que todos los derechos de autor y propiedad intelectual queden bajo su propiedad.⁹

7. Definiciones

En diversos documentos de la LICITACIÓN (PRE-BASES y CONTRATO, entre otros) se observan términos para los que existe más de una definición, retoman de manera total o parcial lo establecido en la regulación en materia ferroviaria, o son ambiguos o poco claros. Los casos más significativos son los siguientes:

Relacionadas con el concepto de material rodante.

- PRE-BASES. Cláusula tercera, sección sobre *“los trabajos que el Licitante deberá desarrollar”*.

En el numeral 6 se define **material rodante** como *“Material móvil (trenes), con todos los sistemas que lleva asociados de comunicaciones y seguridad”*.

En el numeral 7, se refiere a los planes y procedimientos de *“mantenimiento de trenes (material móvil)...”*

- PRE-BASES. Numeral 6. Definiciones:

EQUIPO FERROVIARIO: *Los vehículos tractivos, de arrastre o de trabajo que circulan en la VÍA FÉRREA, que son utilizados en las actividades de mantenimiento.*

- CONTRATO. Cláusula primera. Definiciones

Material Rodante o Equipo Ferroviario: *significa el equipo ferroviario o trenes que circulan en la Vía Férrea y sus Sistemas, con las características operativas y especificaciones señaladas en el TMQ-TDR 006 y en la Propuesta del Contratista, que se incorporan en el Anexo D. “Material Rodante” del presente Contrato.*

“Vía Férrea”: *significa el camino con guías sobre el cual transita el Equipo Ferroviario (...)*

[Énfasis añadido].

Relacionadas con las pruebas extendidas.

- PRE-BASES. Numeral 6. Definiciones:

PRUEBAS EXTENDIDAS: *Son las actividades requeridas para que EL LICITANTE GANADOR, mediante pruebas de operación, examine y detecte necesidades de reparación de un equipo, instalación, infraestructura, sistemas y subsistemas o dispositivo en general de forma de que éstos puedan cumplir sus funciones, en el entendido que durante*

⁹ Independientemente del crédito autoral que le corresponda en términos de la Ley Federal del Derecho de Autor.

el periodo de pruebas, el LICITANTE GANADOR proveerá lo necesario para el mantenimiento de los conceptos antes señalados.

SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE FERROVIARIO DE PASAJEROS: *El que se prestará en la VÍA FÉRREA destinado al traslado de personas.*

- CONTRATO. Cláusula primera. Definiciones:

“Periodo de Operación y Mantenimiento”: *significa el periodo de pruebas extendidas de 1,800 (mil ochocientos) Días contados a partir de la Fecha de Inicio de Operación y el mantenimiento respectivo.*

“Servicio Público de Transporte Ferroviario de Pasajeros”: *significa el que se prestará en la Vía Férrea destinado al traslado de personas.*

“Tren de Alta Velocidad”: *significa el tren de transporte de pasajeros que alcanzan la velocidad que se señala en TMQ-TDR006 “Material Rodante”, que incluye la Vía Férrea, los Sistemas y subsistemas, con el objeto de prestar el Servicio Público de Transporte Ferroviario de Pasajeros.*

[Énfasis añadido].

Se considera que estas imprecisiones y ambigüedades se podrían corregir de manera consistente en todos los documentos de la LICITACIÓN, a fin de otorgar la mayor certidumbre en la elaboración de las propuestas y disminuir la discrecionalidad en la etapa evaluación.

8. Otras consideraciones

Para prevenir posibles afectaciones a la concurrencia y la libre competencia en la LICITACIÓN esta autoridad recomienda que se haga del conocimiento de los licitantes los principales aspectos que deben considerar en materia de competencia y libre concurrencia:

- i) Con respecto a los acuerdos entre licitantes que tengan como fin obtener una ventaja sobre los demás participantes en la LICITACIÓN, se recomienda incluir en las BASES:

- Una cláusula que establezca el siguiente texto: Ninguna persona (incluyendo cualquier afiliada, subsidiaria o controladora de la misma) podrá integrar o formar parte, directa o indirecta, de más de un Licitante.
- Una cláusula que establezca lo siguiente:

Los participantes en la licitación están sujetos a las disposiciones establecidas en la Ley Federal de Competencia Económica. En particular, las disposiciones que prohíben todo contrato, convenio, arreglo o combinación entre competidores cuyo objeto o efecto sea establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas. Asimismo, esta ley faculta a la COFECE a imponer, a quienes incurran en esta práctica, multas hasta por el equivalente al diez por ciento de los ingresos del agente económico; o bien, un millón quinientas mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal en el caso de que se trate de

agentes económicos que, por cualquier causa, no declaren o no se les hayan determinado ingresos acumulables para efectos del Impuesto Sobre la Renta. Por otra parte, el Código Penal Federal establece en el artículo 254 bis que se sancionará con prisión de cinco a diez años, y con mil a diez mil días de salario mínimo de multa, a quien celebre, ordene o ejecute contratos, convenios o arreglos entre agentes económicos competidores, cuyo objeto sea, establecer, concertar o coordinar posturas a la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas, entre otros.

- En los requisitos, un numeral que establezca que los interesados deberán entregar Declaración de Integridad utilizando exactamente el modelo contenido en un Anexo o Apéndice [señalar número de anexo o apéndice], que deberá contener íntegramente al texto que se encuentra en el anexo de este oficio.
 - Incluir una cláusula que señale que la convocante se obliga a informar a la COFECE, para los efectos a que haya lugar de conformidad con la Ley Federal de Competencia Económica, cuando tenga conocimiento o información de que algún licitante acordó con otro u otros elevar los costos de los trabajos, o cualquier otro acuerdo que tenga como fin obtener una ventaja sobre los demás licitantes.
- ii) En el CONTRATO, agregar una cláusula que señale que el agente económico al que se le otorgue el Contrato no podrá ceder, vender o enajenar total o parcialmente los derechos y obligaciones derivados del mismo, sin el cumplimiento previo de las obligaciones que le correspondan en términos de la Ley Federal de Competencia Económica.

En relación a lo señalado en la cláusula décima tercera ter de las PRE-BASES, respecto a que la convocante por sí o a través de un tercero, al término del CONTRATO llevará a cabo la operación y explotación de la vía férrea y la operación del servicio público de transporte de pasajeros por ferrocarril en la ruta materia de la licitación en términos de la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, es necesario advertir que el otorgamiento de concesión deberá cumplir con lo establecido en la LFCE.

De conformidad con lo antes expuesto, el Pleno de la COFECE,

V. RESUELVE

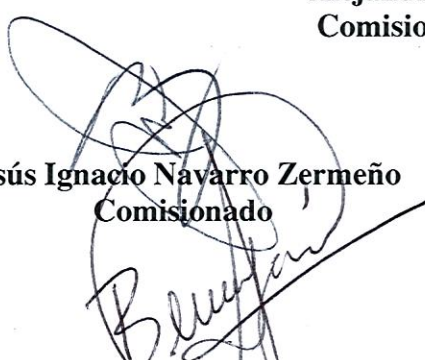
PRIMERO. Que la implementación de las medidas señaladas en la presente resolución promovería y protegería el proceso de libre competencia y competencia en la LICITACIÓN, a efecto de garantizar las mejores condiciones de contratación para el Estado.

SEGUNDO. Notifíquese.

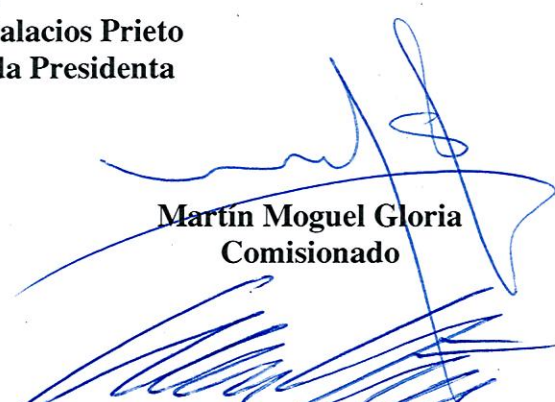
Así lo resolvió, por unanimidad de votos, el Pleno de esta Comisión en sesión del veintitrés de enero de dos mil quince, con fundamento en los artículos citados a lo largo de la presente resolución. Lo anterior ante la fe del Secretario Técnico, con fundamento en los artículos 4, fracción IV, 8, último párrafo, 18, 19, 20, fracciones XXVI, XXVII y LVI, del Estatuto.- Conste.



Alejandra Palacios Prieto
Comisionada Presidenta



Jesús Ignacio Navarro Zermeno
Comisionado



Martín Moguel Gloria
Comisionado



Benjamín Contreras Astiazarán
Comisionado



Alejandro Ildefonso Castañeda Sabido
Comisionado



Francisco Javier Núñez Melgoza
Comisionado



Eduardo Martínez Chombo
Comisionado



Roberto I. Villarreal Gonda
Secretario Técnico

c.c.p. C.P. Pablo Suarez Coello. Director General de Transporte Ferroviario y Multimodal.
José Luis Ambriz Villalpa. Director General de Concentraciones. Para su seguimiento.