

Agenda de Competencia para un ejercicio íntegro en las Contrataciones Públicas

Cuadernos de Promoción de la Competencia



Comisión
Federal de
Competencia
Económica

PLENO DE LA COFECE

Comisionada Presidenta:

Alejandra Palacios Prieto

Comisionados:

Alejandro Faya Rodríguez

Brenda Gisela Hernández Ramírez

Eduardo Martínez Chombo

José Eduardo Mendoza Contreras

Martín Moguel Gloria

Jesús Ignacio Navarro Zermeño

DIRECTORIO

Alejandra Palacios Prieto

Comisionada Presidenta

AUTORIDAD INVESTIGADORA

Sergio López Rodríguez

Titular de la Autoridad Investigadora

Bertha Leticia Vega Vázquez

Directora General de la Oficina de Coordinación

Francisco Rodrigo Téllez García

Director General de Investigaciones de Prácticas Monopólicas Absolutas

Laura Alicia Méndez Rodríguez

Directora General de Investigaciones de Mercado

Octavio Rodolfo Gutiérrez Engemann Aguirre

Director General de Mercados Regulados

José Manuel Haro Zepeda

Director General de Inteligencia de Mercados

SECRETARÍA TÉCNICA

Fidel Gerardo Sierra Aranda

Secretario Técnico

Myrna Mustieles García

Directora General de Asuntos Jurídicos

Juan Manuel Espino Bravo

Director General de Estudios Económicos

José Luis Ambríz Villalpa

Director General de Concentraciones

UNIDAD DE PLANEACIÓN, VINCULACIÓN Y ASUNTOS INTERNACIONALES

César Emiliano Hernández Ochoa

Jefe de la Unidad de Planeación, Vinculación y Asuntos Internacionales

David Lamb de Valdés

Director General de Promoción a la Competencia

José Nery Pérez Trujillo

Director General de Planeación y Evaluación

Dirección General de Comunicación Social

Erika Alejandra Hernández Martínez

Directora General de Asuntos Contenciosos

Enrique Castolo Mayen

Director General de Administración

Agenda de Competencia para un ejercicio íntegro en las **Contrataciones Públicas**

Comisión Federal de Competencia Económica

Cuadernos de Promoción de la Competencia

Agenda de competencia para un ejercicio íntegro en las contrataciones públicas
Primera edición: julio 2018.

La elaboración de este documento estuvo a cargo de David Lamb de Valdés, María José Contreras de Velasco, José Rodrigo Ríos Dordelly, Citlali Cruz Cruz y Daniela Morales Tenorio.

La COFECE agradece la invaluable contribución de aquellos miembros del Pleno y del staff de la Comisión que participaron en la revisión del documento, contribuyendo a la mejora del mismo.

Editor: Alberto de la Fuente

Diseño: José Emiliano Rodríguez Rodríguez y Pedro Antonio Ramírez Arce

Comisión Federal de Competencia Económica

Av. Santa Fe N° 505, Col. Cruz Manca,

Delegación Cuajimalpa, C. P. 05349,

Ciudad de México, México.

www.cofece.mx

Derechos reservados conforme a la ley. © COFECE, 2018.

Queda prohibida la reproducción parcial o total, directa o indirecta del contenido de la presente obra, sin contar previamente con la autorización expresa y por escrito de los editores, en términos de lo así previsto por la Ley Federal del Derecho de Autor y, en su caso, por los tratados internacionales aplicables.

El presente documento no debe entenderse como una interpretación oficial de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) respecto de la Ley Federal de Competencia Económica, ni podrá ser utilizada para vincular a la COFECE por motivo alguno. La COFECE invoca su facultad para aplicar las disposiciones normativas en materia de competencia económica sin miramiento al presente documento.

ÍNDICE

Introducción	7
Aprendizaje de la COFECE en materia de contratación pública	13
La colusión puede ocurrir desde la investigación de mercado	17
El diseño de la licitación es el mejor medio para promover la concurrencia y la competencia	19
Los métodos de excepción a la licitación pública limitan la competencia y son susceptibles a la colusión	23
La subcontratación puede utilizarse como mecanismo de colusión	27
Las empresas de un mismo Grupo de Interés Económico pueden simular competencia	29
El mecanismo de evaluación por puntos o porcentajes podría favorecer proposiciones que no representan las mejores condiciones de contratación	33
La modificación de contratos facilita la distorsión del proceso de competencia	35
Las modificaciones de las concesiones, permisos y contratos se usan para evitar la competencia	36

Se necesita inhabilitación, además de multas, para disuadir la colusión	38
Las leyes y reglamentos que norman la contratación pública de las entidades federativas contienen diversos obstáculos a la competencia	40
Agenda para mejorar las contrataciones públicas en México	43
A) Acciones ejecutivas sin necesidad de reforma legislativa	45
B) Acciones que requieren reformas legislativas	51
¿Qué sigue?	57
Referencias	59

INTRODUCCIÓN

La principal razón de ser de las contrataciones públicas, tanto de las pequeñas compras como de los grandes proyectos de infraestructura, es proveer al Estado de los mejores insumos para llevar a cabo sus funciones constitucionales y legales. En este sentido, son una poderosa herramienta para el cumplimiento de los objetivos públicos, siempre que maximicen los recursos públicos y aseguren la provisión de bienes y servicios públicos de la mayor calidad posible.

Por lo anterior, la regulación de la contratación pública debe sentar las bases para conseguir las mejores condiciones para el Estado en la adquisición de bienes y servicios, así como en la contratación de obra pública. La competencia en los procedimientos de contratación es una aliada para lograr que las contrataciones se den en las mejores condiciones posibles.

Así, el diseño de los procedimientos debería orientarse a: i) *obtener la mayor competencia posible*, es decir, evitar límites artificiales al número de licitantes como pueden ser establecer requisitos técnicos innecesarios, utilizar métodos distintos a la licitación, o limitar la participación a ciertas empresas, entre otros; ii) *generar competencia intensa entre los participantes*, es decir, favorecer la presentación de posturas de precio agresivas y evitar establecer reglas que favorezcan a algunos participantes; y iii) *reducir los espacios para la formación y sostenimiento de acuerdos colusorios*. Asimismo, se debe privilegiar la eficiencia administrativa en la implementación y seguimiento de los procedimientos de contratación.

En México, la realidad de la contratación pública es compleja. En 2017, se adjudicaron más de 228 mil contratos públicos, con un valor superior a los 585 mil millones de pesos. 78% de los contratos se otorgó por medio de una adjudicación directa, 10% por medio de una invitación a cuando menos tres personas, y solo 12% por medio de una licitación pública.¹

Un análisis más detallado de estas cifras muestra que buscar la mayor concurrencia y competencia no constituye la regla. Mientras mayor sea el monto de un contrato, resulta más importante que este se adjudique por el método de licitación pública (por ser el que maximiza la concurrencia y competencia). Sin embargo, de los 35 mil 739 contratos superiores a un millón de pesos (equivalentes en total a 553 mil millones de pesos), 11 mil 882 contratos (o sea 33%) se adjudicaron de forma directa (por un monto total de 179.4 mil millones de pesos), y 10 mil 292 contratos (o sea 29%) fueron adjudicados por invitación a cuando menos tres personas (por un total de 53.3 mil millones de pesos). Esto implica que, de todos los 553 mil millones de pesos contratos superiores a un millón de pesos, 232 mil millones de pesos se adjudicaron por medio de mecanismos de contratación *distintos* a la licitación pública.

Tabla 1. Porcentaje de contratos por tipo de procedimiento.

Tipo de procedimiento	Todos los contratos	Contratos superiores a un millón de pesos
Adjudicación directa	78%	33%
Invitación a cuando menos tres personas	10%	29%
Licitación pública abierta	12%	38%

Fuente: Cálculo de COFECE con datos de CompraNet.

Por otro lado, en las compras de menor monto, cobra relevancia el costo administrativo de realizar procesos de licitación, ya que este podría representar un alto porcentaje del dinero que se erogará con la compra. Por ello, la normativa contempla la adjudicación directa en este tipo de contrataciones. De los 228 mil procedimientos de contratación registrados en 2017, 69%, es decir 157 mil contratos, corresponden a adquisiciones directas por montos menores a 500 mil pesos, y 8%, o sea 20 mil contratos, a montos menores a

1. En términos del monto de los contratos, los porcentajes corresponden a 29% por adjudicación directa, 10% por invitación a tres personas y 60% por licitación pública.

cien mil pesos.² Aunque la adjudicación directa reduce los costos administrativos, su utilización no asegura que el Estado esté comprando en las mejores condiciones posibles de precio, calidad y oportunidad. Por lo tanto, también es importante implementar mecanismos basados en mejores prácticas internacionales (por ejemplo, mercados virtuales³) que permitan asegurar los mejores términos de contratación en las compras pequeñas sin comprometer la eficiencia administrativa.

La falta de competencia en los procedimientos de contratación pública está asociada con la utilización ineficiente de los recursos públicos, ya que podría resultar en la adquisición de productos o servicios más costosos de lo que podrían conseguirse con competencia, con especificaciones técnicas superfluas o excesivas, o en el extremo contrario, de calidad menor a la requerida, con defectos ocultos y/o inservibles. Las ineficiencias derivadas de la falta de competencia en la contratación pública pueden darse por:

- Usar métodos de excepción a la licitación mediante justificaciones ambiguas o subjetivas.
- Restringir la participación por medio de requisitos innecesarios.
- Otorgar ventajas a determinados agentes con ciertas especificaciones técnicas u otros criterios.
- Disminuir los incentivos para la presentación de posturas agresivas.
- Facilitar la coordinación de posturas de los licitantes.

Así, que exista competencia en un procedimiento de contratación depende principalmente de dos razones: 1) del diseño de las convocatorias y procedimientos –que a su vez depende del marco regulatorio– y 2) de los incentivos institucionales para una correcta aplicación de la normativa.

2. CompraNet (2017). *Reporte de los datos relevantes de los contratos ingresados a CompraNet que iniciaron vigencia en el año 2017*. Disponible en: <https://sites.google.com/site/cnetuc/contrataciones>. Para las compras en monedas distintas a los pesos mexicanos, se utilizaron tipos de cambio promedio anuales, consultados el 7 de junio de 2018 en Banxico. Disponible en: bit.ly/2LbQNRp. Se consideran los contratos que cuentan con información para clasificar por tipo de procedimiento. Se consideran contratos de la APF y de los Gobiernos estatales.

3. Más adelante en este documento se describirá en qué consisten los mercados virtuales.

Dado que la naturaleza de las contrataciones públicas es muy diversa en términos del tipo de bienes y servicios adquiridos, la frecuencia con que se llevan a cabo, el monto o cantidad de lo que se adquiere, la complejidad de los bienes, servicios o proyectos de obra, la certeza con que se cuenta al momento de su realización, las características de los oferentes que participan en los mercados en los que se adquieren, entre muchos otros aspectos, el marco regulatorio que rija las contrataciones debe proveer la suficiente flexibilidad para realizar procedimientos diferenciados, pero también establecer los controles necesarios para evitar conductas de actores privados y/o servidores públicos que limiten la concurrencia y la competencia.

A través de este documento, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE o Comisión) expone los aprendizajes recientes que ha adquirido en el cumplimiento de sus funciones, relacionados con problemas de competencia detectados en los procesos de la contratación pública, y plantea propuestas de acción, tanto en la esfera administrativa como en el ámbito normativo, para promover eficazmente la concurrencia y la competencia en dicha actividad económica.

CUADRO 1. CÍRCULO VICIOSO ENTRE CORRUPCIÓN Y LA FALTA DE COMPETENCIA EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS.

La COFECE no es autoridad competente en materia anticorrupción. Sin embargo, la literatura especializada muestra que los esfuerzos por aumentar la competencia en las contrataciones públicas pueden -de manera indirecta pero importante- contribuir a combatir la corrupción.⁴ Los problemas de competencia que se presentan en la contratación pública pueden resultar de, y a su vez alimentar, actos de corrupción entre particulares y servidores públicos, y tener efectos posteriores (y permanentes) en la dinámica competitiva de los mercados.

Cuando un servidor público favorece a ciertos participantes, o les otorga ventajas indebidas por medio del uso de información privilegiada a cambio de sobornos, genera ganancias extra-normales para el agente económico al que se le adjudica el contrato a precios artificialmente altos. Esto a su vez facilita el pago de más sobornos a cambio de seguir siendo favorecido en los procesos de adjudicación, generando un ciclo vicioso entre corrupción y falta de competencia, en el que el funcionario público puede dirigir las contrataciones para dar el triunfo a ciertos agentes y/o facilitar acuerdos colusorios violatorios de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE). Así, la corrupción puede a su vez limitar la concurrencia y/o exacerbar la falta de competencia.

Mas aún, cuando hay actos de corrupción en un concurso, el ganador se determina por razones ajenas a la eficiencia de la empresa. Si el crecimiento de una empresa está dado por su capacidad para ganar contratos por medio de actos de corrupción y no por su eficiencia, también podría ponerse en riesgo la permanencia de otras empresas competidoras que, aun siendo más eficientes, deben dejar el mercado porque no logran vender lo suficiente para permanecer. Así, aquella empresa que creció por medio de vender de manera deshonesta al gobierno obtiene el poder de incrementar sus precios a todos sus clientes, públicos y privados, al ya no enfrentar competencia. Es decir, la corrupción puede generar una situación permanente de falta de competencia en un mercado más allá de la sola contratación pública.

Por el contrario, cuando una licitación se diseña para que exista competencia por los contratos de gobierno, se restringen los sobrepuestos, así como los espacios para el favoritismo y el tráfico indebido de influencias, impidiendo la formación de acuerdos colusorios orientados a extraer ganancias ilícitas mediante relaciones de complicidad entre supuestos competidores, o entre un oferente y un servidor público, en detrimento del presupuesto público y del bienestar de toda la sociedad.⁵

4. Ver, por ejemplo, OCDE (2010). *Collusion and Corruption in Public Procurement*. Disponible en: bit.ly/2abxvZR.

5. COFECE (2018). *Competencia Económica, Plataforma para el Crecimiento, 2018-2024*. Disponible en: bit.ly/2F6izNI.

APRENDIZAJE DE LA COFECE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La COFECE es el órgano responsable de garantizar la competencia en los mercados del país, con el fin de impulsar el crecimiento económico y el bienestar de los consumidores.⁶ En ejercicio de sus facultades, investiga prácticas monopólicas absolutas (acuerdos colusorios) en la contratación pública, es decir, acuerdos entre competidores para: i) establecer, concertar o coordinar posturas en los procedimientos de contratación, incluso desde la etapa del estudio de mercado; ii) segmentar los mercados por zonas, dependencias o productos, o rotando la adjudicación de los contratos entre ciertos agentes económicos en los procedimientos; iii) restringir la oferta, por ejemplo absteniéndose de participar en ciertos concursos a cambio de que el ganador los subcontrate; entre otros.

Como parte de esta labor, en el último año, la COFECE realizó las siguientes investigaciones por la posible comisión de prácticas monopólicas absolutas (colusión) en procedimientos de contratación del sector público:⁷

6. La COFECE es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, encargada de promover, proteger y garantizar la competencia y libre concurrencia; así como prevenir, investigar y combatir las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de todos los mercados, salvo los de telecomunicaciones y radiodifusión (bajo responsabilidad del Instituto Federal de Telecomunicaciones).

7. Consulta las resoluciones de guantes de látex (expediente DE-024-2013-I), condones y sondas (expediente DE-024-2013) y monitoreo de medios (expediente IO-006-2015) en: bit.ly/2Jghsef.

- En el caso de *monitoreo de medios*, multó con un total de más de 7 millones de pesos a dos empresas y una persona física por coordinar sus posturas y cotizaciones de mercado en procedimientos de invitación a cuando menos tres personas y adjudicaciones directas. Se estimó que el sobreprecio pagado fue en promedio de 14.5%, causando un daño al erario de 3 millones 144 mil 865 pesos.
- En el caso de *guantes de látex* multó a cinco empresas y once personas físicas con más de 257 millones de pesos por segmentar el mercado por zonas. Se estimó que en estas licitaciones el sector público pagó un sobreprecio promedio de 34%, lo que generó un daño al erario de 174 millones 80 mil pesos.
- En el caso de *condones y sondas* multó a cinco empresas y siete personas físicas con un total de 113 millones de pesos por simular competencia para incrementar artificialmente el precio máximo de referencia (PMR)⁸ y segmentar el mercado por productos. Las conductas generaron sobreprecios estimados que ocasionaron un daño al erario de 177 millones 67 mil 392 pesos.
- La COFECE inició una investigación por posible colusión en la compra de *guantes de polietileno*. Entre otras, la causa objetiva para iniciarla fue el incremento en los precios observado en las licitaciones (37% en 2011, y 43% en 2012). Durante la investigación se encontró que la mayoría de las acciones o partes sociales de las dos empresas investigadas pertenecían a accionistas que tenían una relación consanguínea. Dado que la relación consanguínea no constituye uno de los supuestos que contempla la normativa de contrataciones públicas para que las convocantes se abstengan de recibir propuestas, su participación por separado no estaba prohibida.⁹ No obstante, debido a que las dos empresas formaban parte de un mismo grupo de interés económico (GIE)

8. La licitación pública utilizando precios máximos de referencia se encuentra prevista en los artículos 29, 38 y 80 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. Es una variación de la licitación pública tradicional, en la que el precio máximo que la convocante está dispuesta a pagar por el bien o servicio objeto de la licitación pública es fijado por el ente público en la convocatoria. El precio máximo de referencia es fijado con base en la información obtenida en la investigación de mercado y a partir de dicho precio los licitantes deben ofrecer un porcentaje de descuento como parte de su proposición, el cual será objeto de evaluación. Consultado en: bit.ly/2NjshZW.

9. La normativa solo contempla el supuesto de abstenerse de aceptar proposiciones en una misma partida de un bien o servicio en un procedimiento de contratación de dos o más personas que se encuentren vinculadas entre sí por algún socio o asociado común.

no fue posible acreditar su calidad de competidores entre sí en las licitaciones investigadas, lo cual es una condición para la existencia de una colusión en términos de la LFCE.¹⁰ Por tal motivo, en 2014, este expediente fue cerrado sin imputación; no obstante, podría haberse dado una simulación de competencia para manipular y elevar conjuntamente los precios de los productos que se adquirieron.¹¹

Actualmente están en investigación varios casos relacionados con posible colusión en la contratación pública en mercados diversos como servicios de obra pública en la autopista Cuernavaca-Acapulco, acero, medicamentos, estudios de laboratorio y banco de sangre, cepillos dentales, wathorímetros y bonos de deuda. Aproximadamente uno de cada tres casos de investigación por colusión está relacionado con la contratación pública.

Además de facultades correctivas, la COFECE cumple con una función de promoción de la competencia fomentando un mejor diseño de procedimientos de licitación. En este sentido, ha colaborado con diferentes entes públicos para mejorar el diseño de sus procesos de contratación, a fin de favorecer el proceso de competencia y libre concurrencia y, con ello, obtener las mejores condiciones de contratación. Para facilitar esta labor, en 2015 publicó el documento de *Recomendaciones para promover la competencia y libre concurrencia en la contratación pública*.¹² Asimismo, realiza esfuerzos para identificar preceptos jurídicos en la normativa que regula la contratación pública que pudieran representar obstáculos a la concurrencia y competencia.

A continuación, se resumen los aprendizajes derivados del trabajo realizado por la Comisión en los últimos años en el combate a la colusión y en la promoción de los principios de competencia en la contratación pública.

10. Consulta la resolución del expediente DE-020-2014 en: bit.ly/2uqSXp8.

11. Más adelante se ofrece una definición de Grupo de Interés Económico.

12. COFECE (2015). *Recomendaciones para promover la competencia y la libre concurrencia en la contratación pública*. Disponible en: bit.ly/2KPoRXK.

LA COLUSIÓN PUEDE OCURRIR DESDE LA INVESTIGACIÓN DE MERCADO

Un procedimiento de contratación está conformado por distintas etapas: la planeación, programación y presupuestación, el diseño de requisitos y reglas de participación, el desarrollo del concurso y la etapa post-licitación que incluye la formalización del contrato, el seguimiento a este y, en algunos casos, sus modificaciones o ampliaciones. En cada una de estas etapas pueden existir aspectos y conductas que favorezcan o limiten la competencia.

Dentro del proceso de planeación, la investigación de mercado juega un papel crucial. A través de esta, la convocante adquiere la información necesaria sobre la estructura de mercado para tomar mejores decisiones sobre el procedimiento a elegir, los requisitos, las características técnicas de los bienes y servicios a adquirir, así como el precio estimado con base en la información recaudada, entre otros aspectos relevantes.¹³ Por eso, es importante que las investigaciones de mercado se lleven a cabo de la manera más exhaustiva, confiable y sólida posible.

Al respecto es importante tener en cuenta que ciertas empresas pueden manipular las cotizaciones presentadas en la etapa de investigación de mercado para lograr posteriores adjudicaciones a precios mayores a los que prevalecerían en competencia. Para esto, las empresas pueden coludirse para fijar, elevar, concertar o manipular los precios que ofrecen desde la investigación de

13. *Ibid.*

mercado para lograr el establecimiento de un precio máximo de referencia (PMR) artificialmente alto. Esto incluso podría resultar en una reducción de la concurrencia por la descalificación de ciertos participantes por ofrecer precios “anormalmente bajos”.¹⁴ Además, pueden coordinarse para dificultar que un número mayor de empresas participen por medio de inducir la imposición de restricciones ya sea técnicas o de otro tipo, y así garantizar la asignación de los contratos a agentes específicos. Lo anterior puede ser facilitado por actos de corrupción.

En algunos casos sancionados por la COFECE, tanto en el caso de *monitoreo de medios*, como en el de *condones y sondas*, las empresas coordinaron sus posturas desde la etapa de presentación de cotizaciones en la investigación de mercado.

14. El artículo 36 Bis de la *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público* (LAASSP) prevé la posibilidad de desechar precios que se encuentren por debajo del precio conveniente definido como el promedio de los precios de las proposiciones aceptadas técnicamente en la licitación, y a este se le resta el porcentaje que determine la dependencia o entidad en sus políticas, bases y lineamientos.

EL DISEÑO DE LA LICITACIÓN ES EL MEJOR MEDIO PARA PROMOVER LA CONCURRENCIA Y LA COMPETENCIA

Un diseño adecuado del procedimiento de licitación es la mejor forma de fomentar la participación del mayor número de empresas posible y de hacer que estas compitan intensamente para ganar el contrato. Lo anterior, resulta en contrataciones con las mejores condiciones de calidad, precio y oportunidad.

En general, desde la óptica de competencia, el diseño de los procedimientos debería –por lo menos– considerar los siguientes aspectos: i) establecer únicamente los requisitos de participación estrictamente necesarios y que estos sean transparentes, objetivos y no discriminatorios; ii) difundir de manera oportuna con plazos razonables la información pertinente para que los participantes puedan preparar sus propuestas, evitando revelar información que facilite la formación de acuerdos colusorios; y iii) utilizar criterios objetivos para calificar la solvencia técnica y económica de las propuestas y para asignar los contratos. En general, es indispensable disminuir los espacios de discrecionalidad e incertidumbre durante todo el procedimiento, con el objetivo de que los agentes económicos puedan elaborar sus propuestas con base en las características de los productos/servicios que ofrecen y no estratégicamente tratando de anticipar el posible comportamiento del funcionario a cargo de la licitación.¹⁵

15. Para una mayor referencia sobre las recomendaciones para un diseño pro-competitivo de los procedimientos de contratación, ver: COFECE (2015). *Recomendaciones para promover la competencia y la libre concurrencia en la contratación pública*. Disponible en: bit.ly/2KPoRXX.

La COFECE cuenta con facultades para opinar de oficio sobre el diseño de procedimientos de licitación. Además, ciertas leyes o reglamentos requieren la opinión de la Comisión para promover la competencia en los procedimientos de licitación; ejemplo de esto son la Ley de Hidrocarburos y la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario.¹⁶ Asimismo, la Comisión emite opiniones promotoras de la competencia a petición de parte.

A este respecto, la Comisión ha identificado diversos casos en los que el diseño del procedimiento incluye requisitos técnicos que pueden reducir el número de participantes y favorecer a ciertos agentes económicos. Por ejemplo, en el procedimiento del Gobierno de la Ciudad de México para la adquisición de camiones recolectores de basura, en 2017, se requería contar con talleres en la Zona Metropolitana, así como un centro de atención 24 horas con domicilio en la Ciudad de México o la Zona Metropolitana.¹⁷ De manera similar, para poder participar en el procedimiento para la construcción del corredor vial de la Línea 7 del Metrobús, los licitantes debían contar con un domicilio dentro de la Ciudad de México o la Zona Metropolitana.¹⁸ Un ejemplo similar consiste en el procedimiento convocado por la Secretaría de Educación Pública, para la adquisición de tabletas en 2015 que incluía como requisito técnico contar con el sistema Android 5.0 como único sistema operativo aceptable.¹⁹

En esta misma línea, la COFECE ha identificado que el diseño del mecanismo de evaluación y adjudicación de los proyectos puede también favorecer a ciertos agentes. Por ejemplo, en 2015 emitió recomendaciones sobre los documentos de licitación (bases, pliego de requisitos, convocatoria, contrato, entre otros) para la construcción del tren de alta velocidad México-Querétaro

16. El artículo 9 de la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario establece que las concesiones se otorgarán mediante licitación pública y que los interesados deberán contar con opinión de la COFECE, respecto de su participación en la licitación de que se trate. Por su parte, el artículo 24 de la Ley de Hidrocarburos dicta que las bases del procedimiento de licitación y adjudicación de los Contratos para la Exploración y Extracción deberán contar con opinión previa de la COFECE, la cual versará exclusivamente sobre los criterios de precalificación y el mecanismo de adjudicación a que se refiere el artículo 23 de dicho ordenamiento. Adicionalmente, cabe mencionar que la Ley de la Comisión Federal de Electricidad en su artículo 73 establece que la transferencia de Centrales Eléctricas entre empresas filiales de la CFE, o la fusión entre empresas filiales que controlen Centrales Eléctricas, requiere la autorización de la COFECE.

17. El expediente de dicho concurso puede consultarse en: bit.ly/2KMaYcC.

18. El expediente de dicho concurso puede consultarse en: bit.ly/2urRzme.

19. Expediente OG-002-2015.

a solicitud de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT). En su opinión, la Comisión identificó que para calificar la solvencia se requería acreditar haber construido la mayor longitud de trenes de alta velocidad (comprobándolo, por ejemplo, por medio de las longitudes de montaje de vía, de construcción de túneles ferroviarios y de viaductos y puentes, y la cantidad de estaciones, entre otros). Lo anterior, podría haber beneficiado a empresas provenientes de países cuyo tamaño y características demográficas y socioeconómicas favorecieran el desarrollo de proyectos similares.

Además, la Comisión identificó que, de acuerdo con las pre bases, en la oferta económica se otorgarían puntos a los licitantes con base en el costo que ofrecieran por realizar el proyecto, a cuyo monto se le restaría un componente denominado “beneficios al Gobierno Federal”, que correspondía a una oferta de financiamiento para el Gobierno Mexicano que tenía que ser ofrecida o respaldada por instituciones promotoras de la exportación del país o países de donde se importarían bienes para el proyecto. Esto hubiera favorecido a empresas vinculadas con una fuente de financiamiento que cumpliera con los criterios establecidos.²⁰

Adicionalmente, la COFECE opina regularmente sobre las bases de licitación para el otorgamiento de concesiones para Administradoras Portuarias Integrales (API),²¹ terminales marítimas e instalaciones portuarias.²² Al respecto, en los últimos años ha recomendado, por ejemplo: i) que las bases de licitación especifiquen que los derechos derivados del contrato no se otorgarán en exclusividad, por lo que la API podrá celebrar contratos similares con otros agentes económicos no vinculados directa o indirectamente con el ganador y sus accionistas, para contratos con el mismo o similar objeto;

20. La opinión OPN-001-2015 completa puede consultarse en: bit.ly/2zuEBKk. Es importante mencionar que, después de la publicación de la opinión, la SCT afirmó que tomaría en cuenta 21 de las 23 recomendaciones hechas por la COFECE. No obstante, por aspectos presupuestales, el proyecto fue cancelado. El comunicado puede ser consultado en: bit.ly/2NJV8Nt.

21. Sociedad mercantil titular de una concesión para la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio público en los puertos, terminales marítimas, así como para la construcción de obras en los mismos y para la prestación de servicios portuarios, conforme a la Ley de Puertos.

22. Si bien es cierto que el otorgamiento de concesiones no corresponde a procedimientos de contratación pública normados en la LAASSP y la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con la Misma (LOPSRM), sí implican procedimientos de licitación. Por ello, los problemas y recomendaciones en materia de competencia relacionadas con contratación pública y concesiones son complementarios y enriquecedores entre sí, y por lo tanto son relevantes para este documento. Las opiniones pueden consultarse en el *Buscador de Resoluciones* de la COFECE en: bit.ly/2Jghsef.

ii) evitar establecer en las bases y demás documentos del concurso requisitos de capacidad técnica, administrativa y financiera que inhiban la concurrencia de competidores; iii) evitar la aplicación de criterios discrecionales e inequitativos para determinar la solvencia de las propuestas técnicas; y iv) evitar criterios de adjudicación que incluyan más de un elemento, o que se basen en la oferta de uno o más rubros variables en el tiempo, como volúmenes y/o cuotas mensuales, o en sistemas de puntos y porcentajes.

Finalmente, por medio de otros canales de colaboración institucional, la Comisión también promueve la incorporación de principios de competencia en el diseño de las licitaciones, lo que ha generado ahorros significativos para las instituciones públicas a las que apoya. Tal es el caso de la colaboración con el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) que, entre otras medidas, derivó en la realización de compras consolidadas de medicamentos, las cuales dejaron ahorros estimados por el propio IMSS en más de 3,175 millones de pesos, tan solo en 2017-2018.²³

Con base en toda esta experiencia, es posible afirmar que un mejor diseño de las licitaciones públicas desde la etapa de planeación permite, sin comprometer el logro de los objetivos y compromisos sectoriales, promover la concurrencia y la competencia entre licitantes, generando un uso más eficiente de los recursos.²⁴

23. El comunicado del IMSS al respecto se puede consultar en: bit.ly/2F8uF71.

24. Ver COFECE (2015). *Recomendaciones para promover la competencia y la libre concurrencia en la contratación pública*. Disponible en: bit.ly/2KPoRXK.

LOS MÉTODOS DE EXCEPCIÓN A LA LICITACIÓN PÚBLICA LIMITAN LA COMPETENCIA Y SON SUSCEPTIBLES A LA COLUSIÓN

La licitación pública generalmente es el procedimiento de contratación más favorable a la competencia y la libre concurrencia y, por lo tanto, la manera más eficaz de obtener las mejores condiciones de calidad, precio y oportunidad. Por ello, las convocantes deberían siempre privilegiarla.

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM) contemplan métodos de excepción a la licitación: invitación a cuando menos tres personas y adjudicación directa. Dicha normativa contempla que estos métodos pueden ser utilizados únicamente en casos excepcionales y cuando se actualice alguno de los supuestos establecidos en dichos ordenamientos.²⁵ Además, establecen límites al monto de los contratos que pueden ser adjudicados sin sujetarse a un procedimiento de licitación pública.²⁶

El uso de las excepciones puede responder a justificaciones válidas (como la compra de bienes con patentes), o a un criterio de eficiencia administrativa en compras de montos pequeños (por

25. Artículo 41 y artículo 42 de la LAASSP y la LOPSRM, respectivamente.

26. Artículo 42 y artículo 43 de la LAASSP y la LOPSRM, respectivamente.

ejemplo, que el costo administrativo de llevar a cabo una licitación exceda los posibles ahorros). No obstante, dada la generalidad de los supuestos en los que pueden utilizarse, podría darse un uso excesivo de dichas excepciones, por lo que es necesario restringirlas al máximo. Un claro ejemplo del mal uso de la excepción por temas de seguridad nacional es la compra por asignación directa de botas para el uniforme de policías de tránsito.

Por ello se requiere examinar a qué responde su utilización. Es decir, analizar qué compran las instituciones cuando recurren a estas excepciones y qué les impide hacer una licitación pública en estos casos. Adicionalmente, debería analizarse cómo se llevan a cabo las justificaciones para la utilización de las excepciones. Con esto, sería posible diseñar soluciones específicas para atender casos particulares en los que su uso responda a una problemática particular y obligar a licitar cuando no la haya. Además, es necesario buscar alternativas que reduzcan el costo administrativo de las compras pequeñas de bienes homogéneos para favorecer un mejor uso de los recursos públicos. Más aún, cabe aclarar que el objetivo de reducir los costos administrativos no es una justificación para adquirir bienes y servicios a mayores precios o de menor calidad.

En particular, respecto de las invitaciones a cuando menos tres, además de restringir la concurrencia, en ocasiones, se utilizan para disfrazar adjudicaciones directas, por medio de propuestas de cortesía, lo que constituye un acuerdo colusorio. Esto es, las empresas pueden solicitar propuestas inviables a otros competidores y después subcontratarlos para compensarlos. Lo anterior, puede ser facilitado o propiciado por funcionarios públicos –incluso sin obtener sobornos– con el objetivo de agilizar las contrataciones, favoreciendo violaciones a la LFCE.

En el caso de *monitoreo de medios* sancionado por la COFECE, por ejemplo, las empresas involucradas manipulaban los precios en las cotizaciones enviadas para la elaboración de investigaciones de mercado previas a los procedimientos de contratación llevados a cabo mediante adjudicación directa o invitaciones a cuando menos tres. El mecanismo consistía en el envío de borradores de las cotizaciones o propuestas técnicas y económicas por parte de una sola empresa para que dichos documentos fueran firmados por sus competidores y enviados a las autoridades contratantes.

Permitir las invitaciones a cuando menos tres o las adjudicaciones directas mediante supuestos amplios, como se hace actualmente, abre la puerta para que se abuse de estos métodos y favorece la colusión. Por eso la posibilidad de utilizar estas excepciones debe reducirse a lo mínimo indispensable.

LA SUBCONTRATACIÓN PUEDE UTILIZARSE COMO MECANISMO DE COLUSIÓN

Permitir la subcontratación puede servir para dar cumplimiento a proyectos de mayor magnitud o para aprovechar la especialización de empresas. Sin embargo, también puede facilitar la colusión, sobre todo cuando se permite entre empresas que son competidoras entre sí, es decir, que ofrecen productos o servicios sustitutos. Esto es así porque la subcontratación puede ser utilizada como mecanismo de pago por acuerdos colusorios.

Por ejemplo, en el caso de *monitoreo de medios*, la investigación de la COFECE reveló que las empresas se coordinaban para presentar posturas elevadas a fin de lograr que la misma empresa resultara siempre favorecida con la adjudicación de los servicios. A cambio, las empresas perdedoras que formaban parte del acuerdo colusorio recibían de la empresa ganadora el beneficio de ser subcontratados para prestar servicios de monitoreo regionales.

Dado que permitir la subcontratación en muchos casos es válido, es necesario evitar su mal uso. Para lo anterior, es necesario que las autoridades cuenten con mecanismos que les permitan identificar fácilmente si las empresas ganadoras planean subcontratar parte de los proyectos, a quién y por qué.

LAS EMPRESAS DE UN MISMO GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO PUEDEN SIMULAR COMPETENCIA

Un Grupo de Interés Económico (GIE) es un conjunto de personas físicas y/o morales que, a pesar de contar con personalidad jurídica autónoma, tienen intereses comerciales y financieros afines, de forma tal que coordinan sus actividades administrativas, comerciales, jurídicas y corporativas para lograr un objetivo común.²⁷

Al respecto, la LAASSP y la LOPSRM establecen que las convocantes se abstendrán de aceptar propuestas en una misma partida de un bien o servicio en un procedimiento de contratación de dos o más personas que se encuentren vinculadas entre sí por algún socio o asociado común.²⁸ No obstante, mientras no exista un socio o asociado común, no está prohibido que dos o más licitantes

27. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) estableció que un GIE es un conjunto de personas físicas y/o morales que, a pesar de contar con personalidad jurídica autónoma cuentan con intereses comerciales y financieros afines, de forma que coordinan sus actividades administrativas, comerciales, jurídicas y corporativas para lograr un determinado objetivo común. Fuente: *Grupo de interés económico. su concepto y elementos que lo integran en materia de competencia económica*. Registro: 168470. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXVIII, noviembre de 2008. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.4o.A. J/66, Novena Época.

28. De acuerdo con el artículo 50 de la LAASSP y 51 de la LOPSRM, fracción VI, en ambos casos, se entenderá que es socio o asociado común, aquella persona física o moral que en el mismo procedimiento de contratación es reconocida como tal en las actas constitutivas, estatutos o en sus reformas o modificaciones de dos o más empresas licitantes, por tener una participación accionaria en el capital social, que le otorgue el derecho de intervenir en la toma de decisiones en la administración de dichas personas morales.

que pertenecen a un mismo GIE presenten por separado ofertas en una misma licitación, incluso si están relacionadas entre sí y sobre todo si están buscando conjuntamente alcanzar un objetivo común. Por ejemplo, si tienen un mismo representante legal, el mismo domicilio fiscal, directivos que son familiares entre sí, o casos en los que una “controladora” puede tener múltiples subsidiarias y en los estatutos de las subsidiarias no aparece la “controladora”, entre otros.

La presentación de múltiples posturas por un solo GIE tiene efectos anticompetitivos cuando no permite la libre concurrencia a las licitaciones, desplaza indebidamente a competidores, o permite la renegociación de posturas en favor de empresas del mismo GIE.

En primer lugar, podría limitarse la participación a otros agentes cuando en un estudio de mercado, por ejemplo, se considera que existen suficientes participantes, pero estos forman parte de un mismo GIE. Lo anterior podría llevar a realizar una licitación local (en el caso de algunas entidades federativas) o nacional, evitando la participación de más empresas (foráneas o extranjeras, según el caso). Además, la aparente concurrencia de un número artificialmente alto de empresas podría desincentivar la participación de otros competidores, al percibir como menor su probabilidad de éxito.

En segundo lugar, un GIE podría desplazar a competidores en procedimientos de contratación que permitan el abastecimiento simultáneo.²⁹ En un escenario hipotético, si la convocante decide llevar a cabo un procedimiento que considere la asignación del 80% del contrato al primer lugar y 20% al segundo, el GIE podría establecer dos posturas a través de sus afiliadas y obtener de forma conjunta 100% de la licitación. Lo anterior, podría tener el objeto o efecto de desplazar a otros competidores y sacarlos del mercado, lo que en el largo plazo podría reducir la concurrencia.

29. El abastecimiento simultáneo está previsto en los artículos 29, fracción XII, y 39 de la LAASSP, 39 frac. II, inciso h y 59 del RLAASSP. El abastecimiento simultáneo consiste en adjudicar a dos o más licitantes bienes o servicios de un mismo tipo (cuando así se haya establecido en la convocatoria a la licitación). Se utiliza cuando se considera que no existen proveedores con la capacidad de cubrir la totalidad de la demanda, para disminuir los riesgos de incumplimiento o cuando la adjudicación a un solo proveedor podría afectar la libre competencia a largo plazo en el mercado. Consultado en: bit.ly/2JfFZ37.

En tercer lugar, la renegociación en favor de empresas del mismo GIE puede ocurrir, por ejemplo, cuando el diseño de la licitación permite a la empresa ganadora negarse estratégicamente a firmar el contrato si “no es costoso” para ella, con el fin de que se le adjudique a la siguiente postura (que es menos conveniente para el contratante), que resulta ser del mismo GIE.³⁰

En otros casos, empresas de un mismo GIE podrían participar en un procedimiento presentando ofertas independientes de manera autónoma, aunque de cierta forma influidas por la cabeza del grupo (*holding*) o por intercambios de información y coordinación entre ellas.

En el caso de *guantes de polietileno* investigado por la COFECE, las únicas dos empresas que participaron directamente en las licitaciones de 2012, 2013, y 2014 formaban parte del mismo GIE. En este caso la mayoría de las acciones o partes sociales de las mismas eran ostentadas por accionistas que tenían una relación de parentesco consanguíneo en línea directa. Esta relación de parentesco y accionaria implicaba que las empresas investigadas no desempeñan su actividad económica de forma independiente; sin embargo, tomando en cuenta la definición de GIE, no se consideraron como competidores entre sí sino como parte del mismo grupo, por lo que se cerró el caso.

En el caso de *condones y sondas*, en la investigación de la COFECE se encontró que dos empresas integrantes del mismo GIE compartían información para participar por separado, aunque de manera coordinada, en los concursos. Con ello, la convocante consideraba la existencia de dos fabricantes nacionales y realizaba una licitación de carácter nacional, evitando la concurrencia de participantes extranjeros.

En el caso de *monitoreo de medios*, por ejemplo, la investigación de la COFECE reveló que dos de las empresas que participaban en los procesos de invitación a cuando menos tres formaban parte de un mismo GIE. Lo anterior debido a que, pese a que tienen domicilios independientes, comparten plantilla laboral y las áreas contables y de ventas. Además, la presidenta y administradora de una de las empresas tomaba decisiones que también aplicaban

30. Este tipo de renegociaciones pueden evitarse por medio de considerar garantías adecuadas que hagan costoso este tipo de comportamiento estratégico.

para la otra empresa, y tenía facultades para nombrar al director general, gerente y otros empleados, así como otorgar y revocar poderes de la otra empresa, aun cuando no poseía acciones de esta. Es decir, simulaban que participaban de forma independiente en procedimientos de invitación a tres personas, a pesar de que la presidenta ejercía influencia y/o control sobre ambas empresas, por lo que sus propuestas no eran independientes.³¹

Algunos efectos anticompetitivos de la presentación de múltiples posturas de un mismo GIE pueden ser evitadas con un diseño de licitación robusto, que evite limitar el acceso al concurso a unos cuantos participantes o que penalice la renegociación de posturas a través de la negativa a la firma de contratos. Aun así, en escenarios en los que admitir múltiples posturas favorece a los GIE que las presenten, no debería permitirse.

Por todo lo anterior, es aconsejable contar con mecanismos para identificar posturas que provienen de empresas de un mismo GIE y tener la posibilidad de abstenerse de aceptar ofertas que no se comprueben independientes.³² En materia de puertos, por ejemplo, la COFECE ha recomendado incluir en las bases que los participantes deberán entregar a la API, en formato libre, una declaración escrita en la que manifieste bajo protesta de decir verdad que su oferta, proposición o postura, es la única que presenta el GIE al que pertenece.

31. Expediente IO-006-2015, p. 18. Disponible en: bit.ly/2L9kMJW.

32. Al respecto, un tribunal español resolvió en 2015 que las empresas vinculadas tienen derecho a no ser excluidas de licitaciones cuando presenten sus ofertas con "autonomía" y sin violar el principio del secreto de las ofertas, por lo que el procedimiento para evaluar la presunta presentación de propuestas simultáneas y sus efectos sobre la competencia son de alta importancia. Acuerdo 27/2015. Disponible en: bit.ly/2zu3wO3.

Adicionalmente, otro tribunal español estableció que la simultaneidad de proposiciones supone (...) que un mismo licitador presenta varias candidaturas u ofertas a la misma licitación, lo que implica una quiebra al principio de igualdad de trato de los licitadores (...). La prohibición de que un mismo licitador presente más de una propuesta tiene como causa que si la finalidad de todo licitador es la de ser adjudicatario del contrato y este ha de adjudicarse a la proposición económicamente más ventajosa, no es posible presentar a un mismo tiempo dos o más proposiciones más ventajosas o más económicas por la sencilla razón de que el licitador no puede licitar contra sí mismo. Tribunal Administrativo de Contratación Pública. Recurso 108/2011. Resolución 3/2012. Disponible en: bit.ly/2L1f8g9.

EL MECANISMO DE EVALUACIÓN POR PUNTOS O PORCENTAJES PODRÍA FAVORECER PROPOSICIONES QUE NO REPRESENTAN LAS MEJORES CONDICIONES DE CONTRATACIÓN

El mecanismo de evaluación por puntos y porcentajes presenta, en general, un problema ya que su objetivo es evaluar y comparar características muy disímiles bajo una misma métrica. Por lo tanto, esta metodología conlleva discrecionalidad de quién decide los criterios, la ponderación y la evaluación de las diferentes características de los proyectos o bienes y servicios, repercutiendo generalmente en la objetividad de la asignación de los contratos.

Al respecto, la COFECE ha opinado que la utilización del mecanismo de evaluación por puntos y porcentajes por parte de los convocantes ha afectado el proceso de libre competencia y competencia debido a que: i) suelen determinarse criterios que favorecen a las licitantes con mayor presencia o historial en el mercado, en detrimento de nuevos o más recientes competidores; ii) genera incentivos a sobrevalorar aspectos técnicos que pueden ser innecesarios y que pueden distorsionar la oferta económica; iii) es más complicado de administrar; y iv) abre la posibilidad de interferencias indebidas por parte de grupos de interés o agentes económicos que logran incorporar en las bases del concurso requerimientos técnicos innecesarios pero que les favorecen. En

términos generales el mecanismo podría favorecer proposiciones que no representan las mejores condiciones económicas y que no necesariamente implican una mayor calidad.³³

Por ello, la COFECE ha recomendado modificar la manera de evaluar las propuestas técnicas de los esquemas de puntos y porcentajes con la finalidad de que el licitante que cumpla con los requisitos mínimos a evaluar en cada rubro o sub-rubro de su propuesta técnica, obtenga el total considerado por la convocante. De esta forma, las propuestas económicas de quienes tengan el mínimo necesario en lo técnico serían evaluadas con la misma base, sin otorgar por cuestiones técnicas ventajas innecesarias en la puja de los términos económicos.³⁴

De manera similar, en materia de puertos, la COFECE ha recomendado no emplear el sistema de puntos o porcentajes, sino establecer criterios claros e inequívocos para determinar el cumplimiento de los distintos elementos de las propuestas técnicas, por ejemplo, una regla de “cumple o no cumple” para calificarlos. Así, cualquier licitante que cumpla con los requisitos mínimos a evaluar en lo técnico estará en las mismas posibilidades de competir con otro que también los cumpla.

33. OPN-003-2015, disponible en: bit.ly/2zuouwt.

34. *Ibid.*

LA MODIFICACIÓN DE CONTRATOS FACILITA LA DISTORSIÓN DEL PROCESO DE COMPETENCIA

La LAASSP considera la posibilidad de realizar modificaciones a los contratos hasta en 20% de la cantidad del bien o servicio contratado. La LOPSRM, por su parte, considera la posibilidad de modificar los contratos mediante convenios, mientras no rebasen 25% del monto o del plazo pactados en el contrato, ni impliquen variaciones sustanciales al proyecto original.³⁵ Los convenios modificatorios deberían ser instrumentos valiosos para la continuidad de servicios y obras públicas.

No obstante, la modificación, al suprimir la competencia por esa extensión del contrato, puede impedir a un proveedor ofertar sus servicios, incluso cuando esté en la posibilidad de hacerlo en condiciones más favorables para el Estado. Lo anterior implica extender los contratos a un costo más alto del que podría obtenerse si se hiciera una nueva licitación. Más aún, los convenios modificatorios se han transformado en un instrumento para la presentación y aceptación de ofertas económicas bajas y la posterior recuperación de recursos a través de las modificaciones. Esto distorsiona, desde el origen, el proceso de competencia en el proceso licitatorio y se presta al otorgamiento de ventajas indebidas a través de negociaciones e interacciones entre agentes privados

35. Artículo 47, fracción II y artículo 59 de la LAASSP y la LOPSRM, respectivamente.

y servidores públicos, que no son públicas y pueden dar cabida a actos de corrupción.

En este sentido, se debe elevar el costo de llevar a cabo estos convenios modificatorios para que los licitantes se vean obligados a presentar proposiciones serias desde la licitación o procedimiento de contratación, para que consideren improbable que ocurra una renegociación de los términos originales del contrato, o una recuperación de recursos derivada de una oferta baja y anormal. Adicionalmente, podría establecerse como regla que la ampliación deberá tener condiciones iguales o mejores a las originales.

LAS MODIFICACIONES DE LAS CONCESIONES, PERMISOS Y CONTRATOS SE USAN PARA EVITAR LA COMPETENCIA

Existen ordenamientos que contemplan concursos públicos para el otorgamiento de concesiones, autorizaciones o permisos. Este sería el caso, por ejemplo, de la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, la Ley de Aeropuertos, la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal, la Ley de Puertos, la Ley de Aguas Nacionales, entre otras. Adicionalmente, establecen supuestos de excepción al proceso de licitación y establecen las condiciones para el otorgamiento de prórrogas a las concesiones.

No obstante, el otorgamiento de prórrogas a concesiones o permisos no se sujetan a reglas de transparencia. Esto podría traducirse en un mecanismo para que los concesionarios puedan alargar la temporalidad de sus títulos sin tener que sujetarse a la competencia. Además, la mayoría de estas modificaciones a las condiciones o cláusulas incluyen una renegociación de los términos originales en que los contratos fueron adjudicados y en el que solo intervienen la dependencia y el concesionario o permisionario. Estas modificaciones pueden ser tan relevantes como el otorgamiento de prórrogas, mejorar las condiciones económicas y/o los supuestos financieros, ventajas o derechos exclusivos.

Al respecto, la COFECE emitió una opinión en 2015 sobre el anteproyecto de *Reglamento de la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal en materia de Concesiones de Caminos y Puentes de Jurisdicción Federal* acerca de los posibles efectos contrarios al proceso de competencia económica y libre concurrencia que este hubiese podido tener. Lo anterior, debido a que contenía disposiciones que ampliaban los supuestos de excepción a la licitación o concurso público para el otorgamiento de concesiones, y para la ejecución de obras relacionadas con la construcción, mantenimiento, conservación y explotación de carreteras y puentes. Esto hubiera permitido: i) la realización de obras nuevas no relacionadas con la concesión original con cargo a recursos públicos adicionales, sin la obligación de conducir concurso público o licitación; y, ii) la realización de obras nuevas no relacionadas con la concesión original mediante la figura de prórroga, sin la necesidad de conducir concurso público o licitación.³⁶

En este mismo tenor, las *Reglas de Carácter General en Materia Portuaria* contemplan que, para alinear las estrategias portuarias con la reforma energética, las administraciones portuarias integrales deberán ampliar el objeto de los contratos de cesión parcial de derechos para el manejo de fluidos, siempre y cuando existan las condiciones físicas y de seguridad que permitan dicha actividad. No obstante, en el procedimiento no se contempla dar vista o solicitar la opinión favorable de la COFECE antes de llevar a cabo las modificaciones, las cuales podrían tener efectos sobre la competencia.³⁷

Por lo tanto, es necesario que los procedimientos administrativos para la modificación de concesiones o permisos (solicitud, análisis y resolución) se sujeten a reglas de publicidad y transparencia.

36. La opinión OMR-005-2015 puede consultarse completa en: bit.ly/2N7M4B3.

37. *Reglas de Carácter General en Materia Portuaria*. Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 22/11/2016. Disponibles en: bit.ly/2fNV3tV.

SE NECESITA INHABILITACIÓN, ADEMÁS DE MULTAS, PARA DISUADIR LA COLUSIÓN

La sanción administrativa (multas) que impone la COFECE por actos de colusión tiene, en principio, un efecto disuasivo sobre la comisión de estas conductas. Sin embargo, debe ser complementada con otros mecanismos, como la inhabilitación para participar en licitaciones públicas. Con ello, habría mayores incentivos para que las empresas actúen con apego a la ley.

En los tres casos mencionados, donde la COFECE sancionó por colusión, también dio vista a la Secretaría de la Función Pública (SFP) sin que se sepa, hasta el momento, si esta inició alguna investigación por alguna conducta indebida, en términos de la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA). Además, en el caso de *guantes de polietileno*, a pesar de que el Pleno de la COFECE decretó el cierre del Expediente, también se dio vista al Titular del Órgano Interno de Control del IMSS a través de una copia de la resolución adoptada, sin que tampoco se advierta que dicho Órgano haya actuado en consecuencia.

LAS LEYES Y REGLAMENTOS QUE NORMAN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS CONTIENEN DIVERSOS OBSTÁCULOS A LA COMPETENCIA

En general, las entidades federativas (como toda instancia pública) deben esmerarse por conseguir y beneficiarse de las mejores condiciones de contratación en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes en términos del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Cuando las contrataciones públicas en las entidades se llevan a cabo con recursos estatales, están normadas por cada una de las leyes y reglamentos estatales de obra pública y adquisiciones.

En 2016, la COFECE publicó la *Miscelánea de obstáculos regulatorios a la competencia*, en la que identificó preceptos anticompetitivos en las leyes y reglamentos estatales para cinco actividades económicas, incluida la contratación pública. Al respecto, la COFECE señaló varios obstáculos a la competencia recurrentes en la normativa estatal de adquisiciones, entre otros: i) márgenes de preferencia a proveedores locales para la adjudicación de contratos; ii) la figura de licitación pública estatal; iii) la inexistencia de una obligación para realizar un análisis de mercado previo al procedimiento de contratación; y iv) la posibilidad de modificar las convocatorias cinco días hábiles

o menos, antes de la presentación y apertura de proposiciones.³⁸ Adicionalmente, la COFECE ha opinado sobre proyectos de normativa estatal de contratación pública en los estados de Jalisco y Quintana Roo, recomendando en ambos casos evitar dar preferencia a proveedores y contratistas locales de manera artificial.

La existencia de 32 marcos normativos diferenciados, que contienen en su mayoría preferencias para las empresas locales, podría dificultar y desincentivar la participación de empresas de otras entidades federativas, por lo que es necesario eliminar obstáculos a la competencia, como los antes referidos, en la normativa estatal.

38. *Miscelánea de obstáculos regulatorios a la competencia: análisis de la normativa estatal.* Disponible en: bit.ly/2ueqyU1.

AGENDA PARA MEJORAR LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS EN MÉXICO

Con base en su trabajo y aprendizaje en temas de contrataciones públicas, y con el objetivo de impedir la formación de acuerdos colusorios y fomentar la concurrencia, la competencia y la integridad, la COFECE emite las siguientes recomendaciones. Estas son conducentes a contar con regulación e incentivos institucionales que favorezcan el diseño y ejecución de procedimientos que fomenten una competencia intensa por los contratos.

Dividimos las recomendaciones en:

- A) Acciones ejecutivas sin necesidad de reforma legislativa.
- B) Acciones que requieren reformas legislativas.

A) ACCIONES EJECUTIVAS SIN NECESIDAD DE REFORMA LEGISLATIVA

1. Requerir la participación de la COFECE en licitaciones relevantes

Emitir un decreto presidencial a efecto de ordenar a las dependencias y entidades convocantes que soliciten a la COFECE la revisión de bases, convocatorias o términos generales de una licitación cuando se trate de obras o adquisiciones de gran impacto.³⁹

39. Para determinar en qué procedimientos debería participar la COFECE, podría considerarse, por ejemplo, un umbral económico mínimo y/o la definición de "obras de gran complejidad" de acuerdo con el artículo 2, fracción XXII de la LOPSRM. Por ejemplo, involucrar a la Comisión en la revisión de contratos cuyo importe superó los 1,000 millones de pesos hubiera significado, en 2016, la revisión de 37 procedimientos, y en contratos arriba de 2,000 MDP, la revisión de 17 procedimientos; así como, aquellos que en materia de adquisiciones, participarán los denominados testigos sociales en las licitaciones públicas que determine la Secretaría de la Función Pública atendiendo al impacto que la contratación tenga en los programas sustantivos de la dependencia o entidad. Un criterio similar podría utilizarse para requerir la opinión de la COFECE.

2. Crear un mercado virtual para las compras pequeñas de bienes homogéneos de las dependencias de la Administración Pública Federal (APF)⁴⁰

Los mercados virtuales de compras públicas son plataformas electrónicas que permiten la interacción entre proveedores y servidores públicos encargados de la contratación en un ambiente dinámico y competitivo. La utilización de un mercado virtual promueve la concurrencia ya que, entre otros, facilita la participación de las Mipymes en las compras públicas.

En los mercados virtuales, los servidores públicos introducen las solicitudes de compra especificando sus necesidades, y los proveedores (previamente habilitados) publican sus productos en un catálogo electrónico (con cantidad disponible, precio unitario y plazo de entrega, entre otros). Cuando determinado bien o servicio satisface las necesidades de la autoridad, el funcionario determina la cantidad y el método de entrega. Posteriormente, el proveedor recibe por medio de la página del mercado virtual una orden de compra en la cual se especifican las cantidades que se deben surtir. Si cuenta con dicha capacidad, la compra queda oficializada.

El mercado virtual se enfoca en compras de montos relativamente menores y de bienes homogéneos. En la práctica se suele establecer un monto máximo por encima del cual no es posible utilizar esta plataforma (sino que deberán usarse los métodos tradicionales). En cuanto al tipo de bienes y servicios, suelen incorporarse al mercado virtual los menos complejos (más estandarizados).⁴¹ La COFECE recomienda que se obligue mediante un decreto presidencial a las unidades compradoras de la APF a contratar a través del mercado virtual los bienes y servicios que figuren en el catálogo.⁴²

Adicionalmente, la COFECE recomienda que se habilite un catálogo electrónico de bienes y servicios que hayan sido adjudicados centralmente por medio de contratos marco previamente competidos,

40. Existen propuestas anteriores similares. Ver, por ejemplo, el documento "Anexos a la Ley Modelo de contratación públicas", elaborada por el Instituto Mexicano para la Competitividad IMCO. Disponible en: bit.ly/2zrBDWQ.

41. Ver por ejemplo el caso italiano en el que mediante el mercado virtual MEPA es posible realizar compras hasta por 200 mil euros. El catálogo de bienes y servicios se puede consultar en: bit.ly/2L7Vh1O. Ver el ejemplo del caso chileno de microcompra en el que es posible realizar compras hasta por aproximadamente 15 mil pesos mexicanos, disponible en: bit.ly/2vZkBK7.

42. Ver, como ejemplo, la *Guía práctica de compras públicas*, IMCO, disponible en: bit.ly/2s0ckDa.

que resulten en precios y condiciones de compra válidos por un período de tiempo definido.⁴³ Estos precios podrían funcionar como precios de referencia debajo del cual las entidades pudieran comprar libremente de cualquier forma y a cualquier proveedor. Es decir, establecer una lista de productos con precio, y en caso de que las entidades pudieran encontrar un proveedor que pudiera ofrecerles un precio menor al del catálogo, pudieran comprarlo sin tener que hacer una licitación. Para elaborar dicho catálogo podrían tomarse en cuenta, por ejemplo, productos que usualmente son comprados por las instituciones en cantidades pequeñas por métodos de excepción a la licitación, compras recurrentes, o de bienes simples como papelería.⁴⁴

3. Impedir los efectos negativos de la subcontratación y las ofertas conjuntas, por medio de su correcta identificación⁴⁵

Emitir un decreto presidencial, o modificar los reglamentos de la LAASSP y LOPSRM, para obligar a las convocantes a: i) requerir a los licitantes que revelen de manera anticipada a quién planean subcontratar, para qué y por qué; ii) impedir la subcontratación de personas o empresas que hayan participado en la licitación a través de la cual se adjudicó el contrato; y iii) cuando se permita la presentación de ofertas conjuntas, no autorizar la participación de un mismo licitante individualmente y como parte de una postura conjunta en el mismo procedimiento de contratación.

4. Incrementar los estándares para la aprobación de los convenios modificatorios (plazo, monto, cantidad)

Establecer una nueva política en la APF para la modificación de contratos a través de convenios, estableciendo requisitos especiales para la aprobación y celebración de dichos convenios modificatorios (por ejemplo, que sean firmados únicamente por el titular de la

43. Ver por ejemplo: <https://www.mercadopublico.cl/>

44. El mercado virtual, la tienda de contratos marco y el catálogo electrónico de bienes homogéneos, podrían ser habilitados en el portal de CompraNet.

45. El artículo 34 de la LAASSP y el 36 de la LOPSRM establecen que dos o más personas podrán presentar conjuntamente una proposición sin necesidad de constituir una sociedad, o una nueva sociedad en caso de personas morales; para tales efectos, en la proposición y en el contrato se establecerán con precisión las obligaciones de cada una de ellas, así como la manera en que se exigiría su cumplimiento.

dependencia o entidad y sean avalados por el órgano interno de control y/o la Secretaría de Hacienda).

Adicionalmente, la COFECE recomienda que se haga pública en el sistema CompraNet la información sobre las modificaciones a los contratos. Idealmente, deberían preservarse todos los acuerdos modificatorios, indicando la fecha y hora de cada actualización, así como el nombre del servidor público responsable de la información.^{46, 47}

5. Transparentar las modificaciones de concesiones, permisos y/o contratos y evitar la discrecionalidad de las mismas

Obligar a todas las dependencias a transparentar y publicitar con anticipación, y en formatos de fácil consulta, las modificaciones que se decidan otorgar a las concesiones, autorizaciones y/o permisos previamente licitados. Además, se recomienda considerar la posibilidad de requerir la realización de una consulta pública antes de llevar a cabo dichas modificaciones, o incluso requerir una opinión previa de la COFECE (por lo menos en aquellos sectores que requieren su intervención durante el proceso de licitación).⁴⁸

De manera complementaria, para disminuir la discrecionalidad en las negociaciones de las modificaciones de concesiones, permisos o contratos, se recomienda establecer principios generales para evitar que los términos en los que se realizan impliquen la autorización de tarifas artificialmente altas. Por ejemplo, podría ser necesario reconocer en los convenios modificatorios las amortizaciones de la infraestructura ya realizadas sobre lo planteado en la concesión original. Lo anterior, con el objetivo de que las tarifas aprobadas sean resultado de corridas financieras bajo supuestos claros y razonables, evitando así que estas se

46. OCDE (2018). *Estudio del Sistema Electrónico de Contratación Pública de México: Rediseñando CompraNet de manera incluyente*. Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, OECD Publishing, París. Consultado en: <https://doi.org/10.1787/9789264287938-es>.

47. Adicionalmente, podrían tomarse como referencia la DIRECTIVA sobre contratación pública de la Unión Europea en lo relativo a la información que debe figurar en los anuncios de modificación de un contrato durante su vigencia. Disponible en: bit.ly/2NKrWpV.

48. Ver por ejemplo la Subsección 4ª de la Sección 3ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, relativa a la modificación de los contratos de la Ley de Contrataciones del Sector Público de España. Disponible en: bit.ly/2L5DMfu. Ver también un ejemplo de consulta para un proyecto de obra pública en la región de Murcia, disponible en: bit.ly/2um9hYs.

eleven, y provocando que disminuyan de forma adecuada, tras la modificación. Otra opción podría ser limitar la ampliación de la vigencia de las concesiones en aquellos casos en los que no se recupere la inversión por causas no imputables al concesionario, únicamente por el número de años necesarios para recuperar el retorno proyectado al inicio de la concesión.^{49, 50}

Para lograr lo anterior, la COFECE recomienda la emisión de un decreto del Ejecutivo Federal para que todas las dependencias hagan públicas las modificaciones en curso, así como aquellas que se presenten, y los antecedentes y consideraciones más relevantes, siempre y cuando no incluyan datos confidenciales.

6. Aplicar la inhabilitación a los agentes económicos sancionados por colusión para participar en concursos públicos subsecuentes

La LGRA contempla la inhabilitación por colusión, cuando los particulares se coludan con objeto de: i) obtener algún beneficio o ventaja indebidos en contrataciones públicas, u ii) ocasionar un daño a la Hacienda Pública o al patrimonio de los Entes Públicos.⁵¹

Al respecto, es necesario hacer valer la inhabilitación prevista en la LGRA a los agentes económicos que hayan sido sancionados por colusión por la COFECE en los términos del artículo 53, fracción IV, de la LFCE, contemplando como excepción a aquellos agentes que hayan sido acreedores a los beneficios del programa de inmunidad

49. Al respecto, podría tomarse como referencia la DIRECTIVA sobre contratación pública de la Unión Europea en lo relativo a la información que debe figurar en los anuncios de modificación de un contrato durante su vigencia. Disponible en: bit.ly/2NKtWpV.

50. Para establecer dichos criterios podría revisarse el Artículo 7° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas de Chile, que establece la reducción del plazo de la concesión o de pagos extraordinarios al Estado cuando la rentabilidad sobre el patrimonio o activos, definida está en la forma establecida en las bases de licitación o por el oponente, exceda un porcentaje máximo preestablecido. Disponible en: bit.ly/2bYtM1.

51. Artículos 70 y 81 de la LGRA.

y reducción de sanciones contemplado en la LFCE. Adicionalmente, podrían considerarse, y en su caso normarse, criterios de excepción cuando la inhabilitación pudiera generar desabasto.⁵²

52. Adicionalmente la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha propuesto modificar la LAASSP y la LOPRSM para prohibir la participación, por un periodo de tiempo determinado, de agentes económicos sancionados por la COFECE por incurrir en colusión en licitaciones. Podría considerarse solicitar la opinión de la COFECE sobre las consecuencias de tal prohibición y respetar su opinión. También debe buscarse el punto de vista de las agencias de contratación pública que dependen de los bienes y servicios provistos por las empresas y/o personas sancionadas para evitar el desabasto. Ver OCDE (2015), *Combate a la colusión en los procesos de contratación pública en México*, p. 70. Disponible en: bit.ly/1zVuPVu.

Como referencia, la regulación en Estados Unidos considera como causal de suspensión la violación de los estatutos federales y estatales de competencia relativos a la presentación de ofertas. Además, prevé un procedimiento para que el funcionario encargado tome la decisión sobre la suspensión y cuáles elementos deberá tomar en cuenta. *Federal Acquisition Regulation*, secciones 9-406-2 y 9.406-3, respectivamente. Disponible en: bit.ly/2G2uH2f.

B) ACCIONES QUE REQUIEREN REFORMAS LEGISLATIVAS

7. Transparentar y dar publicidad a las Investigaciones de Mercado

La COFECE recomienda precisar en la LOPSRM que la elaboración de la Investigación de Mercado debe ser obligatoria para las dependencias y entidades, previo al inicio de cualquier procedimiento de contratación. Además, recomienda que las fuentes de información que utilicen las dependencias y entidades para las investigaciones de mercado sean verificables por cualquier interesado y que adicionalmente se hagan públicas una vez que se adjudiquen los contratos correspondientes, sin perjuicio de los supuestos para la clasificación de información en términos de las leyes aplicables.⁵³ Esto último debería incluirse también en el artículo 26 de la LAASSP.

8. Acotar los supuestos para contratar por procedimientos diferentes a la licitación pública

Los artículos 41 de la LAASSP y 42 de la LOPSRM establecen las razones por las cuales las convocantes podrán contratar sin sujetarse a la licitación pública. Aunque algunas de ellas son totalmente válidas (como el caso de bienes con patente o derechos de autor, obras de arte, o bienes relacionados con la seguridad

53. OPN-003-2015, disponible en: bit.ly/2zuouwt.

nacional), algunas otras no son lo suficientemente claras y abren la posibilidad para el uso excesivo de estos procedimientos.

De esta manera, la COFECE recomienda revisar los supuestos de excepción a la licitación pública con el fin de acotarlos a los casos estrictamente válidos y, adicionalmente, normar su uso específicamente a ciertos sectores, actividades o bienes. Ejemplo de dicho tipo de normas es la Directriz especial que existe en la Unión Europea para compras relacionadas con la seguridad.⁵⁴ Así, todas las contrataciones que no se encuentren expresamente listadas deberían estar sujetas a la licitación.

9. Eliminar la excepción prevista en LAASSP y la LOPSRM para las contrataciones entre dependencias y entidades

Los artículos 1º de LAASSP y de la LOPSRM prevén que no estarán sujetas a la aplicación de las citadas leyes los contratos o los actos jurídicos que celebren las dependencias con las entidades, o entre entidades, y los que se celebren entre dependencias, o bien, los que se lleven a cabo entre alguna dependencia o entidad de la APF con alguna perteneciente a la administración pública de una entidad federativa.

Los beneficios de dicho régimen no son claros y, por el contrario, se han documentado diversos casos de mal uso de dicha excepción.⁵⁵ Lo anterior debido a que, contrario a lo que se especifica en la regulación, las entidades públicas optan por subcontratar parte del bien, obra o servicio contratado, lo que podría resultar en precios finales más altos y calidad inferior. Por lo tanto, la COFECE propone reformar los artículos 1º de la LAASSP y la LOPSRM para eliminar la excepción.

En paralelo, podrían analizarse los casos en los que dicha excepción se utiliza de forma justificada (por ejemplo, cuando la Secretaría de Defensa Nacional ejecuta obras públicas en instalaciones estratégicas por indicaciones de las instancias de seguridad nacional) y evaluar la forma de incluirlas como

54. La Directiva sobre contratación pública se aplica a la adjudicación de contratos en los ámbitos de la seguridad y la defensa, con la excepción de: a) los que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/81/CE; b) para los que no sea aplicable la Directiva 2009/81/CE en virtud de sus artículos 8, 12 y 13. Disponible en: bit.ly/2KNk74F.

55. Ver, por ejemplo: Castillo, M., et al. (2017). "La estafa maestra". *Animal Político*. Disponible en: bit.ly/2xMzjVB.

una excepción acotada y regulada, tal como se propone en el numeral anterior.

Adicionalmente, la COFECE recomienda analizar otras excepciones contempladas en los artículos 1º de la LAASSP y la LOPSRM. Por ejemplo, la excepción a las adquisiciones, arrendamientos y servicios que contratan las Empresas Productivas del Estado con sus empresas productivas subsidiarias; o la excepción para que los Centros Públicos de Investigación contraten con recursos autogenerados de sus Fondos de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico, conforme a las reglas de operación de dichos Fondos. En caso de determinar que dichas excepciones podrían limitar la concurrencia y la competencia innecesariamente debería evaluarse la pertinencia de su eliminación.

10. Permitir la participación de otros licitantes interesados en los procedimientos restringidos

Modificar el artículo 43 y 44 de la LAASSP y la LOPSRM, respectivamente, de manera que las dependencias y entidades convocantes estén obligadas a permitir el acceso de terceros que deseen participar en convocatorias publicadas para procedimientos restringidos (invitaciones a cuando menos tres personas).

Lo anterior implicará obligar a las dependencias y entidades a que, incluso en el caso de realizar una contratación por medio de una invitación a cuando menos tres personas, reciban y consideren propuestas de otros participantes interesados que podrían cumplir con los requerimientos, aunque inicialmente no hayan sido invitados. Para que esto suceda, es necesario establecer reglas de publicidad para que estos procedimientos se den a conocer con antelación a través de distintos medios como CompraNet, la página de Internet de las convocantes y medios oficiales, entre otros, a efecto de que todos los potenciales participantes tengan la posibilidad de enviar propuestas.

11. Restringir la participación simultánea de empresas de un mismo GIE para evitar simulación de competencia

Modificar los artículos 50 y 51 de la LAASSP y la LOPSRM, respectivamente, para incluir como uno de los supuestos en los que las dependencias y entidades se abstendrán de recibir proposiciones

o adjudicar contratos, el caso en que dos o más personas formen parte de un GIE común. Podrían exceptuarse del supuesto anterior los casos en los que los licitantes relacionados demuestren que el GIE no conoce y no ha influido en el contenido de las propuestas de sus miembros licitantes. Es decir, que la carga de la prueba de la independencia y autonomía de las ofertas recaiga en los licitantes.

Para eso, la COFECE recomienda obligar a las convocantes a requerir a los participantes que declaren bajo protesta de decir verdad a qué GIE pertenecen. Además, habrá de definirse en la normativa qué se entenderá por GIE, así como los criterios, parámetros y elementos con los cuales se podrá demostrar que la relación no ha influido en el comportamiento de las sociedades que pertenecen al mismo GIE. Lo anterior, con el fin de que los participantes puedan presentar la declaración en cuestión, y de que la convocante pueda evaluar, y en su caso prohibir, la participación simultánea de agentes económicos pertenecientes al mismo grupo, principalmente cuando exista el riesgo de que implique una restricción a la entrada de nuevos participantes, el desplazamiento de terceros proveedores, o que exista posibilidad de favorecer al GIE con múltiples posturas.⁵⁶

12. Transformar el mecanismo de puntos o porcentajes a uno de evaluación en dos etapas

Modificar los artículos 38 de la LOPSRM y el 36 de la LAASSP para establecer un mecanismo distinto al de puntos y porcentajes. Se recomienda que se establezca un proceso de dos etapas: primero, en la etapa técnica, el licitante deberá cumplir con requisitos mínimos (objetivos transparentes y claros) en diferentes rubros, utilizando un criterio binario de “cumple o no cumple” para calificarlos, y otorgando la totalidad de la puntuación de cada rubro a quien cumpla. En una segunda etapa, se evalúan con la misma base las propuestas económicas de los licitantes que hayan obtenido el puntaje total considerado como mínimo en la parte técnica. De esta manera se evita otorgar ventajas indebidas en la puja económica por cuestiones técnicas.⁵⁷

56. Ver la resolución del Tribunal de Justicia Europeo sobre Asunto C538/07 Assitur Srl contra Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano. Disponible en: bit.ly/2ueBgKn. Además, podría tomarse en cuenta la tesis de la SCJN sobre la definición de GIE, mencionada anteriormente.

57. Ver lo señalado por la COFECE en la OPN-003-2015, disponible en: bit.ly/2zuouwt.

13. Crear una Ley General de Contratación Pública (adquisiciones y obra pública), que se apegue a los estándares internacionales⁵⁸

Con el objeto de homologar los principios relacionados con la regulación de adquisiciones y obra pública aplicada por los gobiernos estatales, y con base en los principios del artículo 134 constitucional, la COFECE recomienda la emisión de una Ley General de Contratación Pública, considerando las mejores prácticas. Lo anterior para establecer reglas fundamentales sobre temas torales, por ejemplo, en materia de planeación, ejecución, transparencia, métodos de contratación y evaluación entre otros.⁵⁹

El primer paso para llevar a cabo esta acción sería reformar el artículo 73 de la CPEUM para incluir como facultad del Congreso de la Unión el expedir leyes generales de contratación pública que establezcan los principios y bases en materia de contratación pública para la Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México.

58. Existen propuestas anteriores similares, ver por ejemplo el documento del IMCO (2018), "Índice de riesgos de corrupción: El sistema mexicano de contrataciones públicas". Disponible en: bit.ly/2KPp8tL.

59. Al respecto y como un ejemplo, vale la pena destacar el caso de la Ley de Responsabilidad Financiera cuyo objetivo es establecer los criterios generales de responsabilidad hacendaria y financiera que regirán a las entidades federativas y los municipios, así como a sus respectivos Entes Públicos, para un manejo sostenible de sus finanzas públicas. Asimismo, determina disposiciones para un adecuado manejo de las haciendas locales; para la contratación y registro de deuda pública; y transparencia y rendición de cuentas.

¿QUÉ SIGUE?

Con miras a fortalecer el sistema de contrataciones públicas en el país, la COFECE publica este documento con fundamento en el artículo 12º, fracciones XXI y XXIII, de la LFCE.

Además, la Comisión reitera que la falta de competencia y la corrupción en la contratación pública se retroalimentan, por lo que, en la lucha contra la corrupción, el fomento y la defensa de la competencia pueden ser estrategias pertinentes.

En este sentido, la COFECE exhorta al Gobierno Federal, al Equipo de Transición del Presidente Electo y a legisladores que formarán parte de la LXIV Legislatura del Congreso de la Unión, a valorar el contenido de esta Agenda, con el fin de sumar esfuerzos desde cada ámbito de responsabilidad a favor de un México más íntegro.

La COFECE también solicita formalmente al Comité de Participación Ciudadana del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) que tome en cuenta las recomendaciones aquí vertidas para que, en caso de que lo considere pertinente, las presente a su Comité Coordinador, con fundamento en los artículos 9º, fracción IX, 21, fracción XV y 31, fracción VII de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

La Comisión, además de continuar con sus actividades de promoción y protección de la competencia, seguirá haciendo uso de sus facultades para investigar y sancionar toda conducta ilícita que afecte el proceso de competencia y la concurrencia en los procedimientos de contrataciones públicas.

REFERENCIAS

1. Animal Político (2017). “La estafa maestra, graduados en desaparecer dinero público.” Animal Político. Consultado el 22 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/estafa-maestra/>
2. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/14_101114.pdf
3. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Ley General de Responsabilidades Administrativas. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA.pdf>
4. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/56_130116.pdf
5. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LAASSP.pdf
6. COFECE (2015). Recomendaciones para promover la competencia y la libre concurrencia en la contratación pública. Consultado el 12 de junio de 2018. Disponible en: <https://cofece.mx/COFECE/attachments/article/38/RecomendacionesContratacionPublica-v2.pdf>
7. COFECE (2016). Miscelánea de obstáculos regulatorios a la competencia, Análisis de la normativa estatal. Consultado el 20 de junio de 2018. Disponible en: https://www.cofece.mx/cofece/images/Promocion/Miscelanea_Estatal_210916.pdf#pdf
8. COFECE (2018). Competencia Económica, Plataforma para el Crecimiento, 2018-2024. Consultado el 15 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/plataforma-de-crecimiento.pdf>

9. COFECE (2018). Resolución emitida por el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica el ocho de febrero de dos mil dieciocho, dentro del expediente DE-024-2013. Consultado el 10 de junio de 2018. Disponible en <http://cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V250/0/4159080.pdf>
10. COFECE (2018). Resolución emitida por el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica el siete de diciembre de dos mil diecisiete dentro del expediente IO-006-2015. Consultado el 20 de mayo de 2018. Disponible en: <http://cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V245/14/4064656.pdf>
11. COFECE. OPN-001-2015. Opinión 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 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 del tren de alta velocidad México-Querétaro. Consultado el 7 de junio de 2018. Disponible en: <http://cofece.mx/CFCResoluciones/docs/MercadosRegulados/V5/12/1882976.pdf>
12. COFECE. OPN-003-2015. Opinión sobre los efectos que la Minuta con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la LOPSRM podría tener en el proceso de competencia y libre concurrencia. Consultado el 7 de junio de 2018. Disponible en: <http://cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Mercados%20Regulados/V5/12/1957880.pdf>
13. COFECE. OPN-005-2015. Opinión sobre los efectos que el anteproyecto de Reglamento de la Ley de caminos, puentes y autotransporte federal en materia de concesiones de caminos y puentes de jurisdicción federal podría tener en el proceso de competencia y libre concurrencia. Consultada el 8 de mayo de 2018. Disponible en: <http://cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Mercados%20Regulados/V6/15/2022834.pdf>
14. Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. Consultada el 15 de junio de 2008. Disponible en: <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/3f07e0e2-1a51-4c78-86ce-55149f624c26/language-es>

15. Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. 26 de febrero 2014. Consultada el 30 de mayo de 2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=ES>
16. IMCO (2012). Guía práctica de compras públicas, recomendaciones para comprar bien a nivel estatal. Consultado el 2 de mayo de 2018. Disponible en: http://imco.org.mx/wp-content/uploads/2013/7/Guia_de_compras_publicas_011012.pdf
17. IMCO (2013). Anexos para la ley modelo de adquisiciones, arrendamiento de bienes muebles y prestación de servicios estatales. Consultado el 20 de mayo de 2018. Disponible en: <http://imco.org.mx/wp-content/uploads/2013/7/Anexos.Final.Sept2012.pdf>
18. IMCO. Boletín de Prensa. “Índice de riesgos de corrupción: El sistema mexicano de contrataciones públicas.” Cd. de México. 6 de marzo 2018. Consultado el 31 de marzo de 2018. Disponible en: https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2018/03/IRBoletin_06-03-2018.pdf
19. IMSS. Comunicado de prensa No. 015/2018. “La compra consolidada de medicamentos 2017-2018 deja ahorros por más de 3,175 millones de pesos.” Cd. de México. Enero 2018. Consultado el 27 de mayo de 2018. Disponible en: <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/201801/015>
20. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE. Consultado el 2 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>
21. OCDE (2010). Collusion and Corruption in Public Procurement. Consultado el 10 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>
22. OCDE (2015). Combate a la colusión en procesos de contratación pública en México. Consultado el 3 de junio de 2018. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/CombateColusi%C3%B3nContrataci%C3%B3nP%C3%BAblica-M%C3%A9xico-InformeCFE-2015.pdf>
23. OCDE (2018). Estudio del sistema electrónico de contratación pública de México: Rediseñando CompraNet de manera incluyente. Consultado el 2 de junio de 2018. Disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/estudio-del-sistema-electronico-de-contratacion-publica-de-mexico_9789264287938-es

24. SCT. COMUNICADO-050-2015. Busca SCT promover mayor competencia en el proyecto del tren de alta velocidad México-Querétaro. Cd. de México. 25 de enero 2015. Consultado el 7 de junio de 2018. Disponible en: <http://www.sct.gob.mx/despliega-noticias/article/busca-sct-promover-mayor-competencia-en-el-proyecto-del-tren-de-alta-velocidad-mexico-queretaro/>
25. SCT. Reglas de Carácter General en Materia Portuaria. Disponibles en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5461714&fecha=22/11/2016
26. SFP (2017). Licitación pública con precios máximos de referencia (solo LAASSP). Consultado el 3 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.gob.mx/sfp/acciones-y-programas/1-3-1-1-licitacion-publica-con-precios-maximos-de-referencia-solo-laassp>
27. Tribunal Administrativo de Contratación Pública (2012). Acuerdo del tribunal administrativo de contratación pública de la comunidad de Madrid. Consultado el 22 de junio de 2018. Disponible en: <http://www.madrid.org/es/tacp/sites/default/files/Resoluci%C3%B3n-003-2012.pdf>
28. Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra (2015). Acuerdo 27/2015 por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesto por el mercantil “SES ASTRA, S.A. contra la Resolución 105/2015. Consultado el 22 de junio de 2017. Disponible en <https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/911DD7CE-DF2D-4276-A5D2-77C18A6368A1/315838/Acuerto272015de11demayoEstimaci%C3%B3nparapublicar1.pdf>
29. Tribunal de Justicia Europeo. Resolución sobre Asunto C538/07 Assitur Srl contra Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano. Consultado el 11 de mayo de 2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62007CJ0538&from=ES>





Un México mejor es competencia de todos
