

Opinión correspondiente a la iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP).

I. Aspectos Generales de los Tratados de Libre Comercio con Obligaciones en Compras del Sector Público.

Los Capítulos sobre comercio de bienes, inversión, comercio de servicios o propiedad intelectual, de los diversos Tratados de Libre Comercio suscritos por México parten del concepto de que “todo está incluido, excepto aquello que se encuentre expresamente reservado”. Por ejemplo, la obligación de otorgar patentes se da para todas las invenciones, salvo cuando los tratados permitan expresamente alguna exclusión (*vgr.* métodos terapéuticos).

Por lo regular, el valor del bien no tiene relevancia para determinar si está protegido por las disposiciones del tratado o no. Si la obligación internacional consiste en que las patentes deben durar veinte años, ese beneficio se da a las invenciones protegidas sin importar su relevancia comercial. Un producto cuya comercialización produce pérdidas goza igual protección que uno cuyo valor asciende a miles de millones de dólares.

Sin embargo, la aplicación de lo previsto en los Tratados de Libre Comercio con Capítulos de Compras Gubernamentales (TLCs) sólo tiene lugar frente a adquisiciones que reúnan determinadas condiciones previstas en esos mismos acuerdos. Para determinar si las autoridades mexicanas deben seguir las obligaciones internacionales de México al llevar a cabo una adquisición, previamente deberá analizarse si:

1. El valor del procedimiento de la contratación iguala o supera los montos establecidos en los TLCs, denominados “umbrales” (\$413,000.00 dólares para 2020 en el T-MEC). El monto puede aumentar cada año, de acuerdo con una forma de cálculo prevista en cada TLC.
2. El objeto de la contratación pública es un bien, servicio u obra pública incluido en las listas de compromisos del capítulo en cuestión (los medicamentos y productos farmacéuticos aparecen cubiertos, entre otros, en el T-MEC, TLCUEM, CPTPP, TLC México -Japón TLC México – AELC).
3. La entidad contratante está incluida en las listas de compromisos del capítulo en cuestión (SHCP, ISSSTE, IMSS, INSABI y la Secretaría de Salud aparecen cubiertas en los TLCs).

En caso de que se reúnan los tres elementos mencionados las dependencias y entidades mexicanas estarán obligadas a cumplir con lo previsto en los TLCs. Sin embargo, aún cuando una adquisición cubra los tres requisitos anteriores, la dependencia o entidad contratante puede excluirla de la aplicación de TLCs, recurriendo a las “reservas”.

Las “reservas” son mecanismos que permiten a las dependencias y entidades a exceptuar de las obligaciones de los TLCs a ciertas compras, hasta por un determinado monto anual total (US\$2,328,000,000 en el T-MEC para 2020). Esa cantidad se comparte entre todas las dependencias y empresas paraestatales (la CFE y PEMEX incluidas, aunque sus adquisiciones no estén sujetas a la LAASSP).

La Sección F, párrafo 4, del Capítulo 13 (Compras Gubernamentales) del T-MEC dispone la cantidad máxima anual y las condiciones conforme a las que México podrá *reservar* contrataciones conforme a dicho tratado. Los demás TLCs establecen reglas similares para sus respectivas “reservas”.

Existen ciertos “candados” para utilizarlas. Por ejemplo: (i) hay un tope para que ninguna dependencia ocupe por sí sola más del 20% del monto de las “reservas”, y (ii) no más del 10% podrá usarse para adquirir un mismo tipo de producto.

A las compras y arrendamientos de la administración pública federal que cumplen con los tres requisitos mencionados (umbrales + producto cubierto + entidad cubierta) y que se efectúan sin cargo a las “reservas” se les conoce como “adquisiciones cubiertas”.

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) regula en cierta medida la administración de las “reservas” y el régimen diferenciado para “adquisiciones cubiertas”. Sin embargo, tales disposiciones no son suficientes para conferir certeza jurídica plena. Por tal motivo, consideramos que la iniciativa brinda la oportunidad para regular la forma en que la LAASSP debe aplicarse con respecto a obligaciones internacionales.

Por otra parte, los términos utilizados en los TLCs no son exactamente los mismos a los empleados por la LAASSP. A fin de facilitar la lectura de esta nota, a continuación se describe la correlación de los términos utilizados entre los TLCs y la LAASSP:

Tratados Internacionales	Término utilizado en la LAASSP	Descripción
Licitación Pública	Licitación Pública	A través de una convocatoria pública se invita a presentar ofertas a cualquier persona que se considere apta para proveer el bien o servicio que se busca adquirir.
Licitación Selectiva (Calificación de Proveedores).	Convenios Marco	Procedimientos de compra en los que solo presentan ofertas proveedores previamente “calificados” como aptos para suplir el bien que se busca adquirir.
Licitación Restringida	Adjudicación Directa, Invitación a Cuando Menos Tres Personas.	La contratación se efectúa directamente con un solo proveedor. No se convoca a ningún otro para presentar ofertas. Se revisan ofertas de un número limitado de proveedores (3), que son requeridos a presentarlas directamente por la dependencia contratante.

II. Reservas/Implementación de obligaciones previstas en el T-MEC.

Una contratación efectuada en el marco de las “reservas” debería cumplir los requisitos sobre transparencia y publicidad que dispone el artículo 29.3 (Procedimientos Administrativos) del T-MEC:

“Con el fin de administrar todas las medidas de aplicación general con respecto a cualquier asunto cubierto por este Tratado de manera uniforme, imparcial y razonable, cada Parte se

asegurará en sus procedimientos administrativos² en los que se apliquen las medidas referidas en el Artículo 29.2.1 (Publicación) a una persona, bien o servicio en particular de otra Parte en casos específicos que:

- a) una persona de otra Parte que es afectada directamente por un procedimiento reciba, cuando sea posible y, de conformidad con los procesos internos, un aviso razonable de cuando un procedimiento es iniciado, incluida una descripción de la naturaleza del procedimiento, una declaración del fundamento legal conforme a la cual se inicia el procedimiento y una descripción general del asunto en cuestión;*
- b) una persona de otra Parte que es directamente afectada por un procedimiento se brinde una oportunidad razonable para presentar hechos y argumentos en apoyo a la posición de esa persona antes de cualquier acción administrativa final, cuando el tiempo, la naturaleza del procedimiento y el interés público lo permitan; y*
- c) los procesos estén de conformidad con su ordenamiento jurídico”.*

En ese sentido, a efectos de una adecuada implementación del T-MEC, es necesario que la iniciativa incorpore el deber de publicar en las “bases de la licitación”, o en cualquier otro acto con el que se dé inicio a los procedimientos de contratación, si en su caso la adquisición se hace en el marco de la “reserva” a que se refiere la Sección F, párrafo 4, del Capítulo 13 del T-MEC. La misma medida tendría que adoptarse con respecto a las “reservas” en otros TLCs.

A su vez, para efectos de transparencia sobre el adecuado cumplimiento del T-MEC y otros TLCs, la administración y empleo de las “reservas” deberían hacerse públicos a través de medios electrónicos.

III. Adjudicación Directa para las Compras de Medicamentos.

La iniciativa busca ampliar los fundamentos legales para llevar a cabo “adjudicaciones directas”, específicamente para la adquisición de medicamentos y otros insumos para la salud, incluso cuando éstos ya no estén protegidos por una patente o el país no se encuentre en situaciones de emergencia sanitaria.

Para ello, se propone adicionar la fracción XXI al artículo 41 de la LAASP, para disponer que las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, puedan contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios sin sujetarse al procedimiento de licitación pública, través de los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa, cuando:

“Se trate de la adquisición de medicamentos, material de curación y equipo especial y demás insumos para la salud para los hospitales, clínicas o necesarios para los servicios de salud, que no se encuentren en el supuesto de la fracción I de este artículo”.

Con la adición de esa fracción, las entidades contratantes podrían llevar a cabo, de forma discrecional, “adjudicaciones directas” o “invitaciones a cuando menos tres personas” para procurarse medicamentos y otros insumos para la salud que se destinen a atender a la población.

Sin embargo, el artículo 134 constitucional establece que la regla general para llevar a cabo las compras de gobierno es la licitación pública; sólo en circunstancias excepcionales pueden llevarse a cabo otros procedimientos de contratación:

“Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado” (énfasis propio).

Asimismo, los supuestos en los que se pueden efectuar procedimientos distintos a la licitación pública ya sean de “adjudicación directa” o “invitación a cuando menos tres personas”, están contenidos de forma concreta en los TLCs, en donde se les denomina como “**licitaciones restringidas**”.

Los artículos 13.9.2 del Tratado México-Estados Unidos- Canadá (T-MEC), 15.10 del Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) y sus correlativos en otros TLCs¹ disponen cuales son los casos en los que se pueden llevar a cabo procedimientos de “licitación restringida”, entre los que se encuentra que el producto a adquirir esté protegido por una patente y, por lo tanto, el proveedor sólo pueda ser el titular de la misma (como anexo a esta nota se agrega el artículo 13.9.2 del T-MEC).

Sin embargo, la hipótesis contemplada en la fracción XXI que se busca adicionar al artículo 41, **no** está comprendida dentro de los supuestos de excepción previstos en el T-MEC, el CPTPP o algún otro TLC. Por lo tanto, el establecimiento de esa disposición supondría una **contravención** a las obligaciones internacionales de nuestro país.

IV. Convenios con organismos internacionales.

La iniciativa busca excluir la aplicación de la LAASSP con respecto a las compras de medicamentos realizadas en virtud de acuerdos interinstitucionales celebrados con organizaciones internacionales. Para tal efecto, se propone incluir el siguiente párrafo al artículo 1:

“Queda exceptuada de la aplicación de la presente Ley, la adquisición de bienes o prestación de servicios para la salud que contraten las dependencias y entidades con organismos intergubernamentales internacionales, a través de mecanismos de colaboración previamente establecidos con la autorización de la Oficialía Mayor de la Secretaría, siempre que se

¹ El artículo 8.9.4 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico y el artículo 10.3 del Tratado Libre Comercio México – Centroamérica tampoco autorizan a efectuar compras de medicamentos en los términos previstos por la iniciativa.

acredite la aplicación de los principios previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la correspondiente investigación de mercado”.

Como ya se ha señalado, el artículo 134 constitucional, el T-MEC y otros TLCs establecen como regla general que las adquisiciones del Gobierno Federal deben hacerse a través de procedimientos de licitación pública; solo excepcionalmente mediante “Licitación Selectiva” o “Licitación Restringida” (Véase el Artículo 13.4.4 del T-MEC).

Según el artículo 13.2.4 (e) (iii) del T-MEC, las obligaciones que el mismo prevé sobre contratación pública, e implícitamente la LAASSP, únicamente pueden dejar de aplicarse si la contratación se lleva a cabo:

“bajo el procedimiento o condición particular de una organización internacional, o financiado por subvenciones, préstamos u otra asistencia internacional si el procedimiento aplicable o la condición sería incompatible con este Capítulo” (énfasis propio).

Por otro lado, el artículo 15.2.e (ii) del CPTPP establece la posibilidad de excluir a las compras gubernamentales de los procedimientos previstos en el Capítulo de Compras del Sector Público, y por lo tanto de la LAASSP, solo si tales adquisiciones:

“[se encuentran] financiadas por una organización internacional o por donaciones, préstamos u otra forma de asistencia extranjera o internacional a las que los procedimientos o condiciones de contratación de la organización internacional o donante se aplican. Si los procedimientos o condiciones de la organización internacional o donante no restringen la participación de los proveedores, entonces la contratación estará sujeta al Artículo 15.4.1 (Principios Generales)”.

Por lo tanto, la excepción prevista en la primera parte del artículo 13.2.4 (e) (iii) del T-MEC sólo puede aplicarse por Estados Unidos. En cuanto a México y Canadá, en su calidad de Partes en el CPTPP, únicamente pueden adoptarla si la compra gubernamental se lleva a cabo con fondos aportados por una organización internacional.

A su vez, el artículo 25.6 de la Decisión 2/2000 del Consejo Conjunto México – Unión Europea (conocida coloquialmente como el TLCUEM) y la nota al pie 10 del Artículo 56.5 del Tratado de Libre Comercio entre México y la Asociación Europea de Libre Comercio (TLC MX-AELC) solamente permiten excluir del ámbito de las licitaciones, y por ende de la LAASSP, a un espectro todavía menor de adquisiciones:

“Compras no incluye:

a) acuerdos no contractuales ni forma alguna de asistencia gubernamental, incluso acuerdos de cooperación, transferencias, préstamos, infusiones de capital, garantías, incentivos fiscales y abasto gubernamental de bienes y servicios otorgados a personas o a gobiernos estatales, provinciales y regionales; y

b) la adquisición de servicios de agencias o depósitos fiscales, los servicios de liquidación y administración para instituciones financieras reglamentadas, ni los servicios de venta y distribución de deuda pública”.

De esta forma ni el TLCUEM ni el TLC MX-AELC brindan la facultad a las Partes para dejar de celebrar licitaciones públicas o, excepcionalmente, restringidas para las adquisiciones que se efectúen con organismos internacionales.

Más aún, el Tratado de Libre Comercio México – Japón ni siquiera contempla la posibilidad de exceptuar los procesos de compra en las circunstancias previstas por los tratados con la Unión Europea y la AELC (véase el artículo 119 de dicho tratado).

Por lo anterior, se concluye que la excepción propuesta con la adición al artículo 1 de la LAASSP:

- (i) Es incompatible con el T-MEC al no sujetarse a la condición de que sólo se aplique en la medida en que los procedimientos de la LAASSP sean incompatibles con los procesos que regulan a la organización internacional con la que se efectuó una contratación;
- (ii) Es incompatible con el CPTPP por no sujetarse al supuesto jurídico de que las adquisiciones exceptuadas de licitación pública o restringida se financien con fondos provistos por una organización internacional, y
- (iii) Es **totalmente** incompatible con el TLCUEM, el TLC México – AELC y el TLC México – Japón, que no confieren la facultad de constituir excepciones a la licitación pública o restringida, por el hecho de que la adquisición se efectúe con una organización internacional

V. Investigación de mercado.

El cuarto párrafo del artículo 26 de la LAASSP se busca modificar como sigue:

“Previo al inicio de los procedimientos de contratación previstos en este artículo, las dependencias y entidades deberán realizar una investigación de mercado, conforme a la metodología que establece el Reglamento de esta Ley y, en su caso, los lineamientos que emita la Secretaría, a través de su Oficialía Mayor, de la cual se desprendan las condiciones que imperan en el mismo respecto del bien, arrendamiento o servicio objeto de la contratación. Con base en dicha investigación de mercado deberá determinarse el procedimiento de contratación a realizar, así como su carácter, a efecto de buscar las mejores condiciones para el Estado” (Énfasis en el original).

Como hemos abundado en los apartados anteriores, los procedimientos de licitación restringida (“adjudicación directa” e “invitación a cuando menos tres personas”), sólo pueden efectuarse en ciertas circunstancias particulares previstas expresamente en el T-MEC, en el CPTPP y otros TLCs.

La “investigación de mercado” no puede constituir el único medio para determinar que se aplique un procedimiento distinto a la licitación. En cualquier caso, para celebrar un procedimiento que no sea la licitación pública, además de la “investigación de mercado”, es necesario confirmar que los TLCs permitan su aplicación para cada caso en particular.

A) Investigación de Mercado como barrera innecesaria al comercio.

Aún cuando la investigación de mercado se conduzca para realizar una “adjudicación directa” o “invitación a cuando menos tres personas” en casos permitidos bajo los TLCs, el estudio debe llevarse a cabo de forma que no constituya una barrera a la participación de proveedores de países Parte en esos TLCs. Entre otras, las consideraciones sobre distancia geográfica o costos de cumplimiento con motivo de regulaciones locales no deberían ser factores para descartar la participación de proveedores extranjeros.

En cualquier circunstancia, las “investigaciones de mercado” deberán llevarse a cabo en una manera tal que no se favorezca a los proveedores mexicanos ni se constituyan barreras para la participación de los nacionales de países que han celebrado un TLC con México. De lo contrario, se estará frente a una violación al principio de trato nacional del artículo 13.4 del T-MEC y sus correlativos en otros TLCs.

B) La “Investigación de Mercado” en la licitación pública.

Según el artículo 134 constitucional y los TLCs, la regla general para llevar a cabo adquisiciones gubernamentales es que sean a través de licitación pública. Por lo tanto, no debería exigirse la justificación para celebrar ese tipo de procedimientos. Solamente tendría que ser necesario demostrar, a través de la “investigación de mercado”, que existen motivos para apartarse de la regla general (la licitación pública) cuando se busquen efectuar los procedimientos de “invitación a cuando menos tres personas”, “adjudicación directa” o de “Convenio – Marco”.

C) Implicaciones Técnicas y Científicas en la “Investigación de Mercado”.

Más allá de las ventajas en materia de precio, el asegurar “las mejores condiciones para el Estado”, tal y como demanda el artículo 134 constitucional, implica que el procedimiento de contratación escogido garantice que el producto o servicio contratado cumpla las expectativas más altas en cuanto a su efectividad. En ciertas materias sensibles, como la salud pública o la seguridad nacional, la justificación para seguir alguno de los procedimientos de excepción no puede basarse exclusivamente en condiciones de precio.

Por ejemplo, para adquirir medicamentos la evaluación sobre “las mejores condiciones para el Estado” implica considerar factores tales como la calidad y eficacia de los productos, de manera que se garantice la seguridad de los pacientes y la posibilidad de éxito en el tratamiento. Por lo tanto, la idoneidad del procedimiento de contratación abarca aspectos adicionales al mero costo financiero.

Por lo anterior, sugerimos que para temas relativos a la seguridad nacional, la salvaguarda del orden público y la protección de la salud y del medio ambiente, se disponga que la “investigación de mercado” incluya la evaluación de expertos técnicos en la materia a fin de garantizar que el procedimiento que se determine aplicar, no vulnere el acceso a derechos humanos previstos en la Constitución.

D) Publicación y Transparencia.

Finalmente, tomando en cuenta la obligación respecto a transparencia y publicidad que dispone el artículo 29.3 (Procedimientos Administrativos) del T-MEC, sobre la que se abunda en el Apartado II

de esta nota, consideramos que las “investigaciones de mercado” y sus resultados deberían publicarse a través de “CompraNet”, incluso cuando se resuelva que no es procedente ninguno de los procedimientos de excepción.

VI. Trato discriminatorio.

A) Ventajas otorgadas a nacionales.

El texto actual del artículo 14 de la LAASSP dispone:

“En los procedimientos de contratación de carácter internacional abierto, las dependencias y entidades optarán, en igualdad de condiciones, por el empleo de los recursos humanos del país y por la adquisición y arrendamiento de bienes producidos en el país y que cuenten con el porcentaje de contenido nacional indicado en el artículo 28 fracción I, de esta Ley, los cuales deberán contar, en la comparación económica de las proposiciones, con un margen hasta del quince por ciento de preferencia en el precio respecto de los bienes de importación”.

Lo previsto en ese artículo implica que, si hay dos finalistas en un procedimiento de licitación, el ganador será el proveedor nacional, incluso cuando el precio ofrecido sea un 15% superior al del extranjero. Esa medida, aunque ya está incorporada en la Ley vigente, resulta contraria al principio de trato nacional previsto en diversos tratados internacionales.

El T-MEC dispone en el artículo 13.4:

“1. Con respecto a cualquier medida referente a la contratación cubierta, cada Parte, incluidas sus entidades contratantes, otorgará inmediata e incondicionalmente a las mercancías y servicios de la otra Parte y a los proveedores de la otra Parte, un trato no menos favorable que el trato que la Parte, incluidas sus entidades contratantes, otorgue a las mercancías, servicios y proveedores nacionales

2. Con respecto a una medida referente a una contratación cubierta, ninguna Parte, incluidas sus entidades contratantes, deberá:

(a) tratar a un proveedor establecido localmente de manera menos favorable que a otro proveedor establecido localmente sobre la base del grado de afiliación o propiedad extranjera; o

(b) discriminar contra un proveedor establecido localmente sobre la base de que la mercancía o servicio ofrecido por ese proveedor para una contratación particular es una mercancía o servicio de la otra Parte”.

Por su parte el artículo 26 de la Decisión 2/2000 del Consejo Conjunto México – Unión Europea (TLCUEM), dispone:

“En lo que respecta a todas las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativas a compras gubernamentales cubiertas por este título, cada Parte concederá de forma

inmediata e incondicional a los productos, servicios y proveedores de la otra Parte, un trato no menos favorable que el otorgado a sus productos, servicios y proveedores nacionales”.

Otros TLCs con disponen una obligación similar.²

La obligación prevista en los artículos referidos, conocida como el “principio de trato nacional”, implica que los proveedores de los países con los que México ha celebrado un TLC deben recibir el mismo tratamiento que los nacionales. No pueden establecerse requisitos para privilegiar la producción nacional en las adquisiciones cubiertas por TLCs.

Las obligaciones internacionales de México, bajo TLCs deben aplicarse a las “licitaciones internaciones abiertas”, a que se refiere el artículo 28, fracción III, de la LAASSP, en la medida en que las adquisiciones subyacentes superen los umbrales dispuestos en esos tratados y que la entidad contratante, así como el producto/servicio que se comprará se encuentren cubiertos bajo tales convenios internacionales (véase el Apartado I de esta nota).

Por lo tanto, para asegurar la compatibilidad con las obligaciones internacionales de México es necesario que la preferencia en el empleo de recursos humanos, el margen de preferencia en el precio y el requisito de contenido nacional:

- (a) no se apliquen frente a proveedores, mercancías o servicios de países con los que se tenga un TLC, y
- (b) Que las ventajas otorgadas por el artículo 14 de la LAASSP, se extiendan a los proveedores, mercancías y/o servicios de países que sean socios comerciales bajo TLCs, frente a los de estados con los que no se tienen obligaciones internacionales en la materia (Brasil, China, Rusia, India, entre otros).

La reforma integral que se plantea a la LAASSP brinda la oportunidad para hacer las modificaciones requeridas para que el artículo 14 se haga compatible con los TLCs.

B) Margen de preferencia en las licitaciones internacionales abiertas.

Por otro lado, en el artículo 28, fracción III, se adicionan los incisos c), d) y e) para autorizar “licitaciones internacionales abiertas” con base en los resultados de una investigación de mercado.

La propuesta de ampliar los supuestos en los que puede efectuarse una “licitación internacional abierta”:

- Disminuye beneficios para fomentar la proveeduría nacional y la inversión de países que son socios comerciales de México, y
- Menoscaba los incentivos para que nuevos países busquen celebrar TLCs con México.

En el contexto de las negociaciones internacionales en las que México ha participado, tanto el Estado como el sector productivo nacional han aceptado la competencia de proveedores extranjeros en las condiciones pactadas en los diversos TLCs, a cambio de reciprocidad u otras ventajas. La

² Véanse los artículos 10.3 del TLC México – Centroamérica, 8.3 del del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, 120 del TLC México – Japón, 57 del TLC México – AELC y 15.4 del CPTPP.

competencia de países fuera de tratados puede implicar prácticas o condiciones desleales, fuera de las reglas pactadas en dichos tratados.

El derecho a participar en “licitaciones internacionales bajo tratados” es un interés que confiere al Gobierno de México la posibilidad de negociar mejores condiciones en nuevas y futuras negociaciones comerciales con países con los que actualmente no se tiene un acuerdo.

Conceder a otros países acceso “gratis” al mercado de contratación pública de México implica la pérdida de un elemento muy importante de negociación en futuros acuerdos. “Abrir” unilateralmente el mercado de contrataciones públicas supondría ceder uno de los más importantes puntos para intercambio en futuras aperturas comerciales.

De esta forma, en un momento en que se busca negociar un TLC con una economía de la dimensión de Brasil, no se considera oportuno retirar un beneficio al que solo pueden acceder países que son socios comerciales de México.

Otros países tienen claro el valor de esas aperturas. Así, por ejemplo, la legislación estadounidense en la materia establece, como regla general, que las compras deben efectuarse vía licitaciones nacionales. Únicamente permite procesos internacionales cuando resulte obligatorio bajo un tratado internacional.

Por los motivos expresados, en principio, **nos pronunciamos** en contra de la adición de los incisos c) y e) a la fracción III del Artículo 28.

Asimismo, la redacción que se propone para el artículo 28, fracción III, inciso c), es violatoria del principio de “trato nacional” previsto en el T-MEC y otros TLCs. La propuesta de adición implica que se podrá convocar a una “licitación internacional abierta” cuando.

“Sea conveniente en términos de precio, porque del resultado de la investigación de mercado puede acreditarse que el precio más bajo de los bienes de importación, arrendamientos o servicios de nacionalidad extranjera no cubiertos por Tratados, es más conveniente que el precio comparativo más bajo en el mercado nacional, el cual cuenta en su favor con un margen de preferencia hasta del quince por ciento, en igualdad de condiciones”.

El llevar a cabo una “licitación internacional bajo tratados” de forma preferente a la “licitación internacional abierta” es un beneficio que se otorga tanto a mexicanos como a nacionales de países socios bajo TLCs. En cualquier caso, para guardar congruencia con el “principio de trato nacional”, el estudio de mercado referido en el citado inciso c) debe abarcar también a los territorios de los países con los que México tiene celebrado un TLC.

Para dar lugar a la “licitación internacional abierta”, sería necesario que el alcance del “estudio de mercado” confirme que el “precio comparativo más bajo” incluya a toda la zona de libre comercio que constituyen los TLCs, que abarcaría además de Estados Unidos y Canadá, a todos los Estados Miembros de la Unión Europea, Australia, Colombia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Israel, Perú, Nicaragua, Nueva Zelanda, Japón, Singapur y Vietnam.

La adición del inciso *e*), también podría implicar una violación a TLCs en virtud de que la propuesta de iniciativa no contiene una disposición específica en la que se establezca que, en el escenario en que una dependencia o entidad determine efectuar una licitación internacional abierta al amparo del artículo 28, fracción III, inciso (e), el procedimiento de contratación deberá cumplir con lo previsto en los capítulos de compras del sector público de los TLCs en vigor de México. Al respecto, con objeto de evitar posibles violaciones a los TLCs se sugiere incorporar a la iniciativa de reforma una disposición expresa en el sentido mencionado anteriormente.

VII. Revisión Interna/Implementación del T-MEC

El artículo 13.18 del T-MEC, el 15.19 del CPTPP y sus correlativos en otros tratados internacionales disponen que:

“Cada Parte mantendrá, establecerá o designará al menos una autoridad, administrativa o judicial imparcial (autoridad revisora) que sea independiente de sus entidades contratantes para revisar de manera no discriminatoria, oportuna, transparente y efectiva, la impugnación o reclamación (reclamación) de un proveedor en el sentido de que se ha cometido [una violación al Capítulo de Compras Gubernamentales o a las medidas con las que una Parte implementa las obligaciones que éste dispone]”.

Lo anterior implica que las Partes deben mantener recursos legales disponibles para combatir las resoluciones que se dicten en cualquier tipo de procedimiento de adquisición ya sea de “licitación pública” o de “licitación restringida” (“invitación a cuando menos tres personas” o “adjudicación directa”).

El actual artículo 65 de la LAASPP implementa parcialmente esa obligación. La “inconformidad” puede interponerse frente al fallo en la “licitación pública” o de la “invitación a cuando menos tres personas”. No es posible hacerlo frente a la resolución de “adjudicación directa”. Para cumplir adecuadamente con el artículo 13.18 del T-MEC es necesario que la “inconformidad” pueda promoverse contra la resolución en la que se resuelva la “adjudicación directa” (es decir, el oficio mediante el que se notifica al proveedor adjudicado) por quien tenga interés legítimo o legal para hacerlo (en principio, cualquier otra persona en posición de proveer el producto o servicio adjudicado).

Adicionalmente, en el artículo 74 se busca incorporar una sanción adicional en contra de quien presente una inconformidad con el ánimo de retrasar un procedimiento. Actualmente se aplica una multa. La iniciativa propone sumar la inhabilitación. La desproporcionalidad de esa sanción limita el acceso a un derecho conferido por los TLCs y desincentiva que los interesados recurran a él.

VIII. Condiciones de participación.

El artículo 13.7.1 del T-MEC y sus correlativos en otros TLCs disponen:

“Una entidad contratante limitará cualesquiera condiciones de participación en una contratación cubierta a aquellas condiciones que aseguren que un proveedor tiene las capacidades legal y financiera y las habilidades comerciales y técnicas para cumplir los requisitos de esa contratación”.

Adicionalmente, el artículo 13.11.1 del T-MEC señala:

“Una entidad contratante no preparará, adoptará, o aplicará cualquier especificación técnica o prescribirá algún procedimiento de evaluación de la conformidad con el propósito o el efecto de crear un obstáculo innecesario al comercio entre las Partes”.

En ese sentido, dentro de la iniciativa se busca adicionar el artículo 14 Ter que refiere:

“Cuando se utilice la evaluación de puntos y porcentajes, se otorgarán puntos adicionales en los términos de esta Ley, a:

- I. Personas con discapacidad o a la empresa que cuente con trabajadores con discapacidad en una proporción del cinco por ciento cuando menos de la totalidad de su planta de empleados, cuya antigüedad no sea inferior a un año, misma que se comprobará con el aviso de alta al régimen obligatorio del Instituto Mexicano del Seguro Social;*
- II. Sociedades cooperativas integradas por grupos sociales en situación de vulnerabilidad, así como a las micros, pequeñas o medianas empresas de acuerdo a la copia del documento expedido por autoridad competente que determine su estratificación como micro, pequeña o mediana empresa, o bien, un escrito en el cual manifiesten bajo protesta de decir verdad, que cuentan con ese carácter, utilizando para tal fin el formato que al efecto proporcione la convocante;*
- III. Empresas que apliquen políticas y prácticas de igualdad de género, conforme a la certificación correspondiente emitida por las autoridades y organismos facultados para tal efecto, y*
- IV. Empresas que acrediten contar con una política de integridad empresarial, la cual deberá ajustarse a los lineamientos que al respecto emita la secretaria de la Función Pública”.*

Los requisitos previstos en ese nuevo artículo no tienen relación con la capacidad requerida por los proveedores para suplir el producto o prestar el servicio materia de la adquisición. Más aún, se trata de requisitos cuyo cumplimiento sería complicado o imposible de acreditar por proveedores extranjeros. Ejemplo de ello sería comprobar el requisito de contar con “políticas de integridad empresarial”, si estas implican medidas que por razones de índole material o, incluso, legal no pueden cumplirse en los territorios de países con los que se tiene celebrado un TLC.

Los requisitos planteados en el artículo 14 Ter, al resultar de cumplimiento extremadamente complejo o aún imposible para los proveedores extranjeros, son incompatibles con el T-MEC, el CPTPP y otros TLCs puesto que:

- (i) Contravienen el principio de “trato nacional” al conferir indirectamente una ventaja a los nacionales, que se encuentran en una posición más favorable para satisfacerlos, y
- (ii) Constituyen una barrera técnica al comercio “innecesaria” pues no tiene relación con las capacidades económicas y financieras del proveedor para aprovisionar un producto o prestar servicios en el marco de una licitación.

No obstante, la existencia misma de incentivos para contar con una “política de integridad empresarial”, no constituye una violación a TLCs, sino que incluso contribuye al combate a la corrupción, objetivo completamente congruente con las obligaciones internacionales de México. La contravención radica en que se éstos se utilicen, tal y como podría acarrear la aplicación del artículo 14 Ter, de forma que discriminen a proveedores de países que tienen un TLC con México. Por lo tanto, consideramos que este requisito debería aplicarse únicamente en licitaciones nacionales o en aquellas que no sean de “adquisiciones cubiertas”.

IX. Adquisiciones consolidadas

La iniciativa modifica y adiciona el Artículo 17 de la LAASSP vigente que se refiere a las compras consolidadas.

En virtud de los compromisos adquiridos por México en los TLCs, las autoridades mexicanas al establecer los lineamientos para implementar este régimen, así como en la implementación de éste deberán respetar la cobertura de los TLCs, así como las disciplinas que garantizan a los bienes, servicios y los proveedores de éstos de países TLCs un acceso no discriminatorio, transparente y sin obstáculos innecesarios. De lo contrario, sería violatorio de los compromisos internacionales de México en la materia.

X. Convenios Marco

A) Naturaleza excepcional de los “Convenios Marco”.

La iniciativa contempla la adición de los artículos 17 Ter, 17 Quater, 17 Quinquies y 17 Sexies a la LAASSP para introducir en la legislación mexicana la figura de “Convenios Marco”.

Los “Convenios Marco” a los que se refiere la iniciativa son instrumentos legales en los que se permite la participación de proveedores que cumplen con ciertas condiciones. En principio, ese esquema de contratación se encuentra autorizado por los TLCs, aunque de forma excepcional (otra vez, al igual que el artículo 134 constitucional, conforme a obligaciones internacionales la licitación pública debe ser el mecanismo generalmente usado).

En el contexto de TLCs a los “Convenios Marco” se les conoce como “licitación selectiva” y “calificación de proveedores” (véanse los artículos 13.8 del T-MEC y 15.8 del CPTPP). La facultad de las Partes para establecer ese tipo de procedimientos se encuentra sujeta a ciertas obligaciones que deben ser observadas al implementarse.

B) Carácter de “Adquisición Cubierta” de los “Convenios Marco”.

En virtud de los compromisos adquiridos por México en los TLCs, las autoridades mexicanas al implementar este tipo de convenios deberán respetar la cobertura de los TLC y sus disposiciones que garantizan que los bienes, servicios y los proveedores de países con tratado, un acceso no discriminatorio, transparente y sin obstáculos comerciales innecesarios. De lo contrario habría una contravención a los compromisos internacionales de México.

De forma específica debe tomarse en cuenta el artículo 13.2.7 del T-MEC:

“Ninguna entidad contratante preparará o diseñará una contratación, ni de otra manera estructurará o dividirá una contratación en contrataciones separadas en cualquier etapa de la contratación, ni usará un método particular para estimar el valor de la contratación, con el fin de evadir las obligaciones de este Capítulo”.

En el caso de los “Convenios Marco” no es posible anticipar a cuanto ascenderá la cantidad final de las compras que se lleven a cabo en ese contexto. Puede darse el caso de que, aunque al inicio no sea posible anticiparlo, una adquisición efectuada bajo “Convenios-Marco” supere los “umbrales” previstos en TLCs. Para evitar cualquier riesgo de contradicción con tratados internacionales, consideramos que todas las compras gubernamentales que se lleven a cabo bajo al amparo de “Convenios Marco” deben considerarse como “adquisiciones cubiertas” excepto si el producto o la entidad no se encuentran enlistados en los TLCs.

C) Incorporación de proveedores.

Los artículos 13.8. 6 del T-MEC y 15.9.6 del CPTPP, que regulan la “licitación selectiva”, disponen:

“Una Parte, incluidas sus entidades contratantes, podrá establecer o mantener una lista de uso múltiple, siempre que publique anualmente, o de otra manera lo tenga disponible continuamente por medios electrónicos, un aviso invitando a los proveedores interesados a solicitar su inclusión en la lista” (énfasis propio).

Las “listas de uso múltiple” según el artículo 13.1 del T-MEC y el 15.1 del CPTPP son aquellas en las que se incluyen:

“... proveedores que una entidad contratante ha determinado satisfacen las condiciones para la participación en esa lista y que la entidad contratante pretende usar en más de una ocasión”.

Parte del mecanismo del “Convenio Marco” que se busca introducir a través del artículo 17 Ter de la iniciativa es una “lista de uso múltiple”. Por lo tanto, el artículo 17 Ter de la iniciativa debe analizarse a la luz de los artículos 13.8.6 del T-MEC y 15.9.6 del CPTPP.

Como se desprende del texto reproducido, la obligación conforme a TLCs es que de forma permanente o con una periodicidad anual se permita incluir a nuevos proveedores dentro de los procedimientos de “licitación selectiva” (Convenios – Marco).

Sin embargo, en el artículo 17 Ter, segundo párrafo, de la Iniciativa se dispone:

“Los posibles proveedores seleccionados serán los únicos que proporcionarán los bienes, arrendamientos o servicios que fueron sujetos al convenio marco, a excepción de aquellos casos en que la Secretaría, a través de su Oficialía Mayor, determine que con posterioridad a su celebración puedan adherirse nuevos posibles proveedores”.

Bajo este esquema, los “Convenios - Marco”, como regla general, sólo estarán abiertos a la inclusión de proveedores por una sola ocasión. Ello implica una contradicción con el T-MEC y el CPTPP puesto que dichos tratados establecen que el período máximo por el que se puede “cerrar” el acceso a nuevos proveedores es de un año.

Para asegurar su compatibilidad con los TLCs, el Artículo 17 de la iniciativa debe modificarse para brindar la oportunidad de que nuevos proveedores se incorporen a los Convenios – Marco, como mínimo, anualmente.

D) Participación de Proveedores Adicionales.

El artículo 13.8.8 del T-MEC y el 15.9.6 del CPTPP disponen:

“Si un proveedor que no esté incluido en una lista de uso múltiple presenta una solicitud de participación en una contratación basada en la lista de uso múltiple y presenta todos los documentos requeridos dentro del plazo según lo establecido en el Artículo 13.13.2 (Plazos), una entidad contratante examinará la solicitud. La entidad contratante no excluirá al proveedor de ser considerado con respecto a la contratación, a menos que la entidad contratante no pueda completar el examen de la solicitud dentro del plazo establecido para la presentación de ofertas”.

De acuerdo con la disposición reproducida, en el esquema de “Convenio Marco”, por lo menos, debe darse oportunidad para valorar las solicitudes presentadas por proveedores que no han sido precalificados. Desde esa perspectiva, la ventaja que los proveedores calificados tienen en las “Licitaciones Selectivas” o “Convenios – Marco” es que ya han acreditado que cuentan con las capacidades óptimas para estar en posibilidad de presentar ofertas y, por lo tanto, no deben cumplir con trámites adicionales en cada requisición.

La iniciativa no contempla la posibilidad de analizar las ofertas de proveedores que no hayan sido previamente calificados, por lo tanto, en ese aspecto, resultaría violatoria del T-MEC y del CPTPP.

XI. Artículo 17, Quater.

A) Plazo para la presentación de ofertas.

El Artículo 13.13.3 (b) del T-MEC refiere:

“Salvo lo dispuesto en los párrafos 4 y 5, una entidad contratante establecerá que la fecha final para la presentación de ofertas no será inferior a 40 días desde la fecha en que:

(a) ...

(b) en el caso de licitaciones selectivas, la entidad contratante notifique a los proveedores que serán invitados a presentar ofertas, ya sea que emplee o no una lista de uso múltiple”.

El Artículo 17 Quater, fracción III, inciso b) no establece el período dentro el que los proveedores calificados que participan en un “Convenio – Marco” tendrán para disponer sus servicios, el cual según el T-MEC debe ser de cuarenta días.

B) Derechos Exclusivos en los Convenios Marco.

El párrafo tercero del artículo 17 Quater dispone lo siguiente:

“Se podrá celebrar convenios marco cuando se trate de proveedores que tengan derechos exclusivos. Lo anterior, siempre y cuando de la investigación de mercado referida en el sexto párrafo del artículo 26 de esta Ley, se desprenda que el bien o servicio no puede ser sustituido por alguna otra alternativa” (énfasis en el original).

Las compras gubernamentales deben sujetarse también a otras obligaciones internacionales, más allá de las que están previstas en los Capítulos de Compras de Sector Público de los TLCs. Conforme a las obligaciones que México tiene ante la Organización Mundial de Comercio (OMC), específicamente a través del Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) y en los Capítulos de Propiedad Intelectual en los TLCs, nuestro país deben reconocerse y protegerse los derechos de comercialización exclusivos conferidos por las patentes o el Derecho de Autor.

Si bien la LAASSP no es un ordenamiento encaminado a proteger la propiedad intelectual, tampoco puede contener medidas que eventualmente propicien o den cabida a violaciones de los TLCs o que infrinjan la Ley de la Propiedad Industrial.

Por su naturaleza, que implica la participación de múltiples proveedores, los “Convenios Marco” no podrían aplicarse con respecto a bienes o procesos protegidos a través de derechos que confieren la exclusividad para explotar un producto.

La LAASSP actual, en el artículo 41, fracción I, de forma acorde a los TLCs prevé que las contrataciones de productos o servicios protegidos por derechos de exclusividad (como los de propiedad intelectual) deben efectuarse bajo la modalidad de “adjudicación directa” (“licitación restringida”). Con ello se salvaguarda que las adquisiciones efectuadas por las dependencias se efectúen con apego a lo previsto en las obligaciones internacionales que rigen en materia de propiedad intelectual.

Por lo anterior se propone que se disponga expresamente que cuando la materia de la contratación sean productos sobre los que existen derechos exclusivos (derechos de propiedad intelectual) los “Convenios – Marco” solamente puedan celebrarse con el titular de estos, sin la inclusión de otros proveedores, y bajo la modalidad de “adjudicación directa”.

XII. Contrataciones consolidadas: facultad de modificar cantidades de bienes o servicios pactados

La iniciativa propone adicionar un segundo párrafo al Artículo 52 de la LAASSP para establecer:

“Para los casos de contrataciones consolidadas que realice la SHCP, a través de su Oficialía Mayor, se podrá aumentar y/o disminuir sin limitación alguna las cantidades de bienes o servicios originalmente pactados, cuando así se requiera.”

Esta propuesta resulta violatoria de los principios previstos en los Capítulos de Compras del Sector Público de los diversos TLCs en vigor de México, ya que, una vez concluido el procedimiento de compra, y que el contrato es adjudicado y firmado, las dependencias y entidades están obligadas a respetar los términos y condiciones de este.

Además, la propuesta puede ser incompatible con TLCs por los siguientes motivos:

- (i) Como hemos mencionado a lo largo de esta nota, el principio general bajo el Artículo 134 constitucional y los TLCs es que las compras gubernamentales se lleven a cabo de licitación pública. “Aumentar sin limitación alguna” los entregables en el marco de una contratación podría implicar que una nueva compra que debería hacerse bajo la modalidad de “licitación pública” se efectúe a través de una modificación contractual que implique una “adjudicación directa” *de facto*.
- (ii) La posibilidad de aumentar indiscriminadamente las condiciones de una contratación podría facilitar que las compras se “fraccionen” para evitar que queden bajo la cobertura de TLCs lo que, como hemos visto, resultaría violatorio de obligaciones internacionales.

La redacción empleada en el párrafo que se propone adicionar no sujeta el aumento de los entregables al consentimiento y la posibilidad del proveedor adjudicado. Las obligaciones internacionales que regulan las compras del sector público no se constriñen a lo previsto en los Capítulos de Compras Gubernamentales. Lo dispuesto en otros Capítulos también debe tomarse en cuenta al implementar legislación en la materia.

Al respecto, el Capítulo de 13 del T-MEC, 9 del CPTPP, así como en los Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones (México ha suscrito 32 acuerdos de esa naturaleza, con países como Alemania, España, Francia, Suiza y Dinamarca) se dispone la obligación de que las inversiones de empresas de países Parte deben recibir “trato justo y equitativo”.

Las inversiones que un proveedor efectúa para cumplir con un contrato adjudicado se encuentran protegidas bajo esas obligaciones internacionales. Una parte fundamental de la obligación sobre “trato justo y equitativo” es que debe conferirse certeza jurídica al inversionista.

La posibilidad de que las condiciones del contrato puedan modificarse arbitrariamente viola el derecho que los inversionistas tienen para recibir “trato justo y equitativo”.

Por lo tanto, para asegurar la compatibilidad de la medida con el artículo 134 constitucional y TLCs, es necesario que:

- (i) Se acote que las modificaciones a los contratos adjudicados sólo pueden darse en circunstancias excepcionales (caso fortuito o fuerza mayor);
- (ii) Se refiera solamente al aumento, más no a la disminución de los entregables;
- (iii) Se aclare que solamente tendrán lugar si el proveedor adjudicado otorga su consentimiento, y
- (iv) Que la falta de dicho consentimiento no implicará la aplicación de ningún tipo de sanción ni que tampoco podrá limitarse de forma alguna, en procedimientos

ulteriores, la participación del proveedor que se consintió con modificar las condiciones.

XIII. Declaración sobre accionistas inhabilitados

El artículo 29, fracción VI, de la iniciativa dispone:

*“Precisar que será requisito el que los licitantes entreguen **dentro del sobre cerrado una declaración escrita, bajo protesta de decir verdad, de no encontrarse en alguno de los supuestos establecidos por los artículos 50 y 60 tercer párrafo, de esta Ley. Tratándose de personas morales, su representante legal deberá de manifestar con el escrito antes referido que tanto el licitante, como los socios, accionistas o personas que forman parte de la misma, no se encuentran inhabilitadas;**”*

El representante de una empresa no cuenta con la información necesaria para manifestar si algún accionista o una persona que forma parte de esta ha sido inhabilitado. Particularmente para las empresas que cotizan en algún mercado bursátil es imposible saber si alguno de sus accionistas ha sido sujeto a ese tipo de sanción. La obligación internacional de conferir “trato justo y equitativo” implica que no deben establecerse obligaciones cuyo cumplimiento sea imposible y que, además, pudieran acarrear la aplicación de alguna sanción.

XIV. Promoción de participación de empresas nacionales, especialmente micro, pequeñas y medianas; así como de sociedades cooperativas

La iniciativa propone reformar el Artículo 8 de la LAASSP para establecer lo siguiente:

*“Atendiendo a las disposiciones de esta Ley y a las demás que de ella emanen, la Secretaría, por conducto de su Oficialía Mayor, oyendo la opinión de la Secretaría de Economía, **dictará las reglas que deban observar las dependencias y entidades, derivadas de programas que tengan por objeto promover la participación de las empresas nacionales, especialmente de las micro, pequeñas y medianas, así como de las sociedades cooperativas constituidas por grupos sociales en situación de vulnerabilidad.** Adicionalmente, las dependencias y entidades deberán diseñar y ejecutar programas de desarrollo de proveedores de micro, pequeñas y medianas a empresas nacionales para generar cadenas de proveeduría respecto de bienes y servicios que liciten regularmente”.*

En un escenario de aprobación de esta iniciativa, las reglas que al efecto emita la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) para que las dependencias y entidades promuevan la participación de empresas nacionales, especialmente de las micro, pequeñas y medianas, así como de las sociedades cooperativas constituidas por grupos sociales en situación de vulnerabilidad, deberán, en la medida que la adquisición en cuestión esté cubierta por los capítulos de compras del sector público de los TLCs, permitir la participación de bienes, servicios y proveedores de los socios comerciales de México, garantizándoles el trato y condiciones de acceso a los procedimientos de compra previstos en dichos TLCs.

De lo contrario, el artículo 8 de la iniciativa, así como las reglas que refiere serían violatorias de lo previsto en los TLCs, en el sentido de otorgar a los bienes y a los proveedores de los socios

comerciales de México un trato no menos favorable que el más favorable otorgado a sus propios bienes y proveedores. Los artículos que resultarían violados de no atenderse lo anterior son:

- 1001 del TLCAN, 13.2 del T-MEC, 25 del TLCUEM, 2 del Capítulo de Compras del Sector Público del TLCUEM Modernizado, 56 del TLC México – AELC y 15.2 del TIPAT que establecen la cobertura de los capítulos de compras correspondientes; y
- 1003 del TLCAN, 13.4 del T-MEC, 26 del TLCUEM, 4 del Capítulo de Compras del Sector Público del TLCUEM Modernizado, 57 del TLC México- AELC y 15.4 del TIPAT que establecen la obligación de México sobre “trato nacional”.

XV. Anticipo a micros, pequeñas y medianas empresas nacionales

La iniciativa propone reformar el segundo párrafo del Artículo 13 de la LAASSP para establecer lo siguiente:

“Tratándose de bienes cuyo proceso de fabricación sea superior a sesenta días naturales, las dependencias o entidades otorgarán, en igualdad de circunstancias, del diez al cincuenta por ciento de anticipo cuando se trate de micro, pequeña y medianas empresas nacionales, así como de sociedades cooperativas constituidas por grupos sociales en situación de vulnerabilidad, conforme a lo establecido en el Reglamento de esta Ley.”

De aprobarse la propuesta de reforma, únicamente podrá aplicarse a las licitaciones nacionales. Ello en virtud de que, en los procesos de adquisición cubiertos por los diversos TLCs en vigor de México, los artículos 1003 del TLCAN, 13.4 del T-MEC, 26 del TLCUEM, 4 del Capítulo de Compras del Sector Público del TLCUEM Modernizado, 57 del TLC México-AELC y 15.4 del TIPAT, anteriormente ya referidos, obligan a las dependencias y entidades a cumplir con el principio de Trato Nacional, es decir a no establecer condiciones o requisitos que discriminen a los bienes, servicios y proveedores de los socios comerciales de México frente a los nacionales.

XVI. Ofertas Subsecuentes de Descuentos.

El artículo 2, fracción X, de la Iniciativa establece la posibilidad de que las “ofertas subsecuentes de descuento” puedan efectuarse en procedimientos de “adjudicación directa” e “invitación a cuando menos tres personas”, así como en las “investigaciones de mercado” previas a la “adjudicación directa”.

A) *Negociaciones en el contexto de licitaciones restringidas.*

La naturaleza de la “adjudicación directa” y la “invitación a cuando menos tres personas” es incompatible con el propósito de una negociación como la que implica la “oferta subsecuente de descuento”. En particular, la adjudicación directa es un procedimiento que se sigue puesto que no es viable recurrir a un proveedor distinto.

Salvo el caso de bienes que se encuentren en remate o que por alguna otra circunstancia se coloquen en el mercado con un costo sustancialmente menor al que normalmente tienen, los TLCs no autorizan

la celebración de “adjudicaciones directas” por motivos de precio por lo que, en principio, éste no es un factor que pueda detonar la aplicación de un procedimiento distinto a la licitación pública.

La posibilidad de recurrir a negociaciones en la forma de “subasta holandesa” (ofertas a la baja, es decir “subsecuentes de descuento) tiene lógica en una licitación pública, en la cual participan varios licitantes y que, por ello, es probable que lleguen a presentarse ofertas de igual condición, en las que sea pertinente reducir el precio de las ofertas para determinar cual es la que presenta las “mejores condiciones” de adquisición para el Estado.

Sin embargo, en los procedimientos como la “adjudicación directa” y la “invitación a cuando menos tres personas”, que tienen un número limitado de proveedores, no es posible recurrir a “ofertas subsecuentes de descuento” para determinar cual es la mejor propuesta. La “oferta subsecuente de descuento” es un factor de desempate que no resulta aplicable en un procedimiento como el de “adjudicación directa” cuya esencia es que la contratación se lleva a cabo con un solo proveedor.

Según lo establecido en la propia iniciativa las “investigaciones de mercado” son estudios para determinar el tipo de procedimiento de adquisición que debe seguirse. Por lo que a continuación se explica, conforme a TLCs, no se les podrían atribuir características de un procedimiento de licitación abreviado en el que se puedan entablar “negociaciones” sobre propuestas de distintos oferentes:

- Los artículos 29.3 y 29.4 del T-MEC establecen reglas sobre los procedimientos que deben seguirse para aplicar las medidas previstas en ese tratado, en relación con los particulares. En resumen, deben adoptarse las formalidades esenciales del procedimiento, en el que se permita a los interesados expresar lo que a su derecho convenga.

Una “investigación de mercado” no constituye un procedimiento en el que sea factible incorporar las formalidades propias de un procedimiento administrativo, tales como la “garantía de audiencia”.

En su caso, la iniciativa tendría que incorporar reglas claras sobre la forma en que las “investigaciones de mercado” podrían conducirse para negociar mejores condiciones de precio a través de la “oferta subsecuente de descuento”, dándoles prácticamente la forma de una licitación pública que, en la medida en que los TLCs lo permitan, apenas podría tener el efecto de reducir los plazos en los que deban presentarse las ofertas. No vemos utilidad en que se agregue lo que vendría a ser un quinto tipo de procedimiento de contratación.

- A efecto de garantizar el “trato justo y equitativo” que el T-MEC, el CPTPP y otros tratados confieren en favor de las inversiones de las Partes, las “investigaciones de mercado” no pueden constituirse como procedimientos abreviados de licitación, en los que no se respeten las formalidades esenciales del procedimiento.

En virtud de lo anterior, para compatibilizar la aplicación de la “oferta subsecuente de descuentos” en las “investigaciones de mercado” con los TLCs, se necesitaría desarrollar un nuevo procedimiento con las siguientes características:

- Podría ser aplicable sólo en los casos excepcionales que el artículo 13.9 del T-MEC y sus correlativos en otros TLCs permiten para la “licitación restringida”;
- Tendría que incorporar etapas procesales en la que los diversos proveedores participantes en la “investigación de mercado” pudieran presentar ofertas y aportar los argumentos necesarios para sostener la conveniencia de éstas, y
- Debería establecerse el término dentro del cual la entidad contratante tendría que emitir a su resolución y los medios legales para combatirla.

Incorporar una figura tan compleja implicaría una sobrerregulación dentro de la LAASSP. En la práctica, se crearía un nuevo tipo de procedimiento que se sumaría a los ya existentes, es decir, la licitación pública, la “invitación a cuando menos tres personas”, la “adjudicación directa” y el “Convenio Marco”.

Por lo anterior sugerimos, más bien, eliminar la posibilidad de que la “oferta subsecuente de descuento” se aplique como parte de la “investigación de mercado”, la cual debe limitarse, de forma pre-eliminar y no vinculante, a demostrar la existencia de condiciones que justifiquen la pertinencia de celebrar un procedimiento de contratación distinto a la licitación pública nacional o bajo la cobertura de tratados.

B) Reglas procesales para “negociaciones”.

El T-MEC y el CPTPP disponen los requisitos a los que deben sujetarse las Partes al establecer mecanismos como las “ofertas subsecuentes de descuento”, los cuales no son incorporados por la Iniciativa.

Los Artículos 13.10 (Negociaciones) del T-MEC y 15.11 (Negociaciones) del CPTPP disponen:

- “1. Una Parte podrá disponer que sus entidades contratantes realicen negociaciones en el contexto de una contratación cubierta si:*
 - a. la entidad contratante ha manifestado su intención de realizar negociaciones en el aviso de contratación prevista conforme al Artículo 13.6 (Avisos de Contratación Prevista); o*
 - b. de la evaluación se desprende que ninguna oferta es obviamente la más ventajosa en términos de los criterios específicos de evaluación establecidos en el aviso de contratación prevista o en las bases de licitación.*
- 2. Una entidad contratante deberá:*
 - a. asegurar que cualquier eliminación de la participación de proveedores en las negociaciones se lleve a cabo de conformidad con los criterios de evaluación establecidos en el aviso de contratación prevista o en las bases de licitación; y*

- b. *cuando concluyan las negociaciones, proporcionar una fecha límite común para que los proveedores restantes que participen presenten cualesquiera ofertas nuevas o revisadas”.*

Para cumplir con lo previsto en el T-MEC, la LAASSP tendría que exigir que en las bases de licitación se especifique que durante el procedimiento de licitación pública podrá recurrirse al sistema de “Ofertas subsecuentes de descuento”. En caso de que no se efectúe ese aviso, solamente se podrá recurrir a ese sistema si no hay diferencias entre las ofertas que fueron presentadas por los licitantes. Igualmente, en los “Convenios – Marco” tendría que declararse si podrán acogerse a ese mecanismo.

C) Sugerencias para la abreviación de procedimientos de contratación.

Es evidente que con la figura de “ofertas subsecuentes de descuentos”, aplicadas en la “investigación de mercado”, se busca reducir los plazos para efectuar procedimientos de contratación. Dentro de ciertos límites, los TLCs permiten adoptar medidas con esos efectos.

Los plazos previstos para la presentación de ofertas en el marco de las licitaciones públicas pueden reducirse al amparo del artículo 13.9 del T-MEC. Por lo tanto, conforme a esa disposición y otras de dicho tratado, los plazos para la presentación de ofertas podrían disminuirse en los siguientes casos:

- (i) Licitaciones Nacionales;
- (ii) Licitaciones Internacionales Abiertas **NO** cubiertas por TLCs, y
- (iii) Licitaciones Internacionales Bajo Tratados que se lleven a cabo en alguno de los supuestos previstos en el artículo 13.9 del T-MEC.

Lo anterior, siempre y cuando no se quebranten derechos previstos en otras Leyes ni obligaciones internacionales fuera del contexto de compras gubernamentales (por ejemplo, esto no sería viable en la adquisición de productos patentados o protegidos por Derecho de Autor, que obligatoriamente deben comprarse bajo la figura de adjudicación directa).

Sugerimos valorar lo anterior, si la intención es reducir la duración de los procedimientos de contratación.

Artículo 13.9 del T-MEC

Licitación Restringida

“1. Siempre que no se use esta disposición con el propósito de impedir la competencia entre proveedores, para proteger a los proveedores nacionales o de forma tal que discrimine contra proveedores de la otra Parte, una entidad contratante podrá utilizar la licitación restringida.

2. Si una entidad contratante utiliza la licitación restringida, podrá escoger, de acuerdo con la naturaleza de la contratación, no aplicar el Artículo 13.6 (Avisos de Contratación Prevista), el Artículo 13.7 (Condiciones de Participación), el Artículo 13.8 (Calificación de Proveedores), el Artículo 13.10 (Negociaciones), el Artículo 13.11 (Especificaciones Técnicas), el Artículo 13.12 (Bases de Licitación), el Artículo 13.13 (Plazos), o el Artículo 13.14 (Tratamiento de las Ofertas y Adjudicación de Contratos). Una entidad contratante podrá usar la licitación restringida solo conforme a las siguientes circunstancias:

(a) si, en respuesta a un aviso previo, invitación a participar o invitación a ofertar:

1. (i) no se presentaron ofertas o ningún proveedor solicitó participar,
2. (ii) no se presentaron ofertas que cumplan con los requisitos esenciales de las bases de licitación,
3. (iii) ningún proveedor satisfizo las condiciones para participar,
- o
4. (iv) las ofertas presentadas estuvieron coludidas,

siempre que la entidad contratante no modifique sustancialmente los requisitos esenciales establecidos en los avisos o las bases de licitación;

(b) si la mercancía o el servicio sólo puede ser suministrado por un proveedor en particular y no existe una mercancía o servicio alternativo o un sustituto razonable por cualquiera de las siguientes razones:

- (i) el requisito es para una obra de arte, 13-13
- (ii) la protección de patentes, derechos de autor, u otros derechos exclusivos,
- o
- (iii) debido a la ausencia de competencia por razones técnicas;

(c) para entregas adicionales por el proveedor original o sus agentes autorizados, de mercancías o servicios que no fueron incluidos en la contratación inicial, si un cambio del proveedor para tales mercancías o servicios adicionales:

- (i) no puede hacerse por razones técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperabilidad con equipo, software, servicios o instalaciones existentes contratados conforme a la contratación inicial, o debido a condiciones conforme a las garantías originales del proveedor, y
 - (ii) causaría inconvenientes importantes o una duplicación sustancial de los costos para la entidad contratante;
- (d) para una mercancía comprada en un mercado o bolsa de productos básicos;
- (e) si una entidad contratante adquiere un prototipo o una primera mercancía o servicio que es destinado a pruebas limitadas, o que es desarrollado a su solicitud en el curso de, y para, un contrato particular para investigación, experimentación, estudio, o desarrollo original. El desarrollo original de un prototipo o de una primera mercancía o servicio podrá incluir la producción o suministro limitados con el fin de incorporar los resultados de pruebas de campo y para demostrar que el prototipo o la primera mercancía o servicio es apto para la producción o suministro en serie conforme a normas de calidad aceptables, pero no incluye producción o suministro en serie para establecer la viabilidad comercial o para recuperar los costos de la investigación y desarrollo.
- (f) para compras efectuadas conforme a condiciones excepcionalmente ventajosas que sólo surgen en el muy corto plazo, tales como las derivadas de disposiciones inusuales, liquidación, quiebra, o administración concursal, pero no para compras ordinarias a proveedores habituales;
- (g) si un contrato es adjudicado al ganador de un concurso de diseño, siempre que:
- (i) el concurso haya sido organizado de una forma compatible con este Capítulo, y
 - (ii) el concurso haya sido juzgado por un jurado independiente con el fin de adjudicar el contrato de diseño al ganador; o
- (h) en la medida que sea estrictamente necesario si, por razones de extrema urgencia ocasionada por sucesos imprevisibles por la entidad contratante, la mercancía o servicio no pudiere ser obtenido a tiempo a través de licitación pública o selectiva.
3. Para cada contrato adjudicado de conformidad con el párrafo 2, una entidad contratante preparará un informe escrito o mantendrá un registro que incluya el nombre de la entidad contratante, el valor y el tipo de mercancía o servicio contratado, y una declaración que indique las circunstancias y condiciones descritas en el párrafo 2 que justificaron el uso de la licitación restringida”.