

## EFFECTOS ECONÓMICOS DE CAMBIOS EN LA LAASSP: PRECIOS DE REFERENCIA

Esta nota tiene como objetivo explicar algunos de los cambios recientes propuestos sobre la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) y sus efectos económicos en general—cadenas de manufactura, almacenamiento, transporte y distribución—así como en temas de competencia económica. Estos cambios forman parte de la iniciativa propuesta por el grupo parlamentario de Morena el 14 de abril de 2020 y publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados.

Específicamente, resumimos los cambios propuestos a la LAASSP que versan sobre competencia económica y sus posibles efectos negativos en el sector salud en particular, pero que también pueden resultar relevantes para otros sectores.

### RECIENTES CAMBIOS PROPUESTOS EN LAASP

La iniciativa propone (1) combatir la corrupción en las contrataciones públicas, y (2) adecuar la ley para el momento de renovación y transformación que vive el país; aunque este último propósito no sea del todo claro en materia de política pública, existen diversas modificaciones que afectan al sector salud en lo específico y que tienen implicaciones dañinas para la mecánica de competencia en el país. A continuación, listamos los cambios que consideramos afectan de manera directa al sector salud en temas económicos y regulatorios específicamente, todos ellos con afectaciones a la competencia y libre concurrencia.

- *Licitaciones internacionales abiertas* (sin la necesidad de una licitación pública nacional declarada desierta como se prevé actualmente) a participación de países en donde no necesariamente existen los mismos estándares regulatorios y de cumplimiento sanitario que los que cumple la industria nacional o la industria con quienes se tienen tratados internacionales. Aunque la iniciativa prevé un margen de preferencia de 15%, no son claras las razones técnicas para el establecimiento de este margen ni si este margen sea suficiente para capturar las diferencias en el entorno económico y regulatorio en el que operan los distintos agentes económicos. Además, el proyecto de reformas a la LAASSP no hace una distinción (para también otorgar el margen de preferencia) entre empresas extranjeras provenientes de países con los cuales se mantienen tratados internacionales de aquellas empresas provenientes de países con los cuales no se han realizado acuerdos—bajo la figura de “trato nacional”—.

- *Excepciones en la aplicación de la LAASSP* para la adquisición de bienes o prestación de servicios de salud por razón de materia, pero sin justificación de procedencia del medio de excepción, es decir, se “selecciona” una industria o mercado donde se podrá evadir una licitación pública sin razón o justificación alguna (por ejemplo, la emergencia derivada de epidemia o por temas de salubridad donde en todo caso existiría una justificación), lo que elimina la libre competencia en el sector.
- *Un estudio de mercado sin regulación* y que justifica incluso “precios más convenientes” para realizar licitaciones internacionales abiertas. La falta de claridad sobre lo que implica la investigación de mercado o su uso—como un elemento para evaluar a los postores en una licitación, o como un justificante para una decisión de asignación ya tomada—es particularmente preocupante sobre la estructura y los elementos que esta investigación debe tener, así como las distintas variables que debe considerar un agente económico al determinar si participa o no en una licitación pública.
- *Preferencias a entidades o dependencias públicas*, incluyendo la posibilidad de que una entidad o dependencia pública se autoabastezca y/o que contrate servicios de otra dependencia, “acreditando” estas decisiones con un estudio de mercado. Como se menciona en el punto anterior, en este caso una investigación o estudio de mercado tendría una función de justificación, más que de evaluación entre distintas opciones para el aprovisionamiento, lo que genera mucha incertidumbre.
- *Falta de claridad en la determinación elementos técnicos de análisis*, como es el “precio máximo de referencia” con el que se busca procurar competencia y competencia en licitaciones públicas. En este tema en particular nos enfocamos en la siguiente sección.
- *Posibilidad de utilizar la figura de convenios marco y las compras consolidadas de manera oportunista*, como un mecanismo que favorezca a ciertos postores calificados—en el caso de contratos marco—o de empresas que cuentan con acuerdos con sus competidores (lo cual puede representar una práctica que facilite la colusión), o un tamaño determinado—en el caso de compras consolidadas—y que de esta manera facilita el desplazamiento o impedimento a participar de otros agentes económicos en las adquisiciones públicas

Todo esto se traduce en una serie de problemas considerables de competencia que son conocidos y que han sido analizados en diversas jurisdicciones pero que requieren de un análisis técnico cuidadoso. Entre estos problemas están:

1. Eliminación de un “ piso parejo ” para competir en igualdad de condiciones con agentes económicos internacionales que no tienen la misma carga regulatoria que los agentes nacionales. Habría que analizar y medir el tamaño de esta brecha para ofrecer cambios específicos que la Oficialía Mayor debiera de considerar cuando compara las diferentes posturas. El 15% de diferencia del que habla la ley no necesariamente captura el valor de

las diferentes situaciones en las que se encuentran dos empresas, nacional e internacional, que se decida comparar.

2. Afectación a la estructura de la industria de salud. Plasmar en ley una situación de excepción tendrá consecuencias para la forma en la que se conforma la industria incluso en el corto plazo, incluyendo posibles inversiones que incluirían aquellas que inciden en investigación y desarrollo.
3. Un papel mucho más grande y relevante al estado en su función como agente económico y no en su función como gobierno. Esto causa dos efectos negativos:
  - a. *“Crowding out”*: cuando el gobierno sustituye al sector privado en su función de producción. Es particularmente grave ocurriendo en un país con problemas de recaudación para financiar este tipo de actividades que pueden ser ofertadas por agentes económicos distintos del gobierno; cuando estas actividades ocurren en una industria con rápida innovación y que requiere importantes erogaciones para invertir en investigación y desarrollo; en un país en donde la innovación es relativamente incipiente considerando el tamaño de la economía.
  - b. *Falta de Neutralidad Competitiva*: Cuando el gobierno decide incurrir en actividades económicas y competir con agentes económicos que pudieran también realizar estas actividades, es importante que esta incursión se haga bajo condiciones equiparables, es decir, que no se favorezca al estado por contar con subsidios implícitos, o costos comunes que comparte con otras áreas del gobierno que, de transparentarse y asignarse, harían más cara su producción. Existen diversas jurisdicciones con una amplia experiencia realizando análisis y procesos legales para asegurar que la neutralidad competitiva se cumpla. Habría que incorporar estos elementos en el análisis junto con sus posibles efectos negativos, en caso de que no se consideraran.
4. La falta de información y bases técnicas que permitan replicar y resolver problemas de incertidumbre en diversas situaciones y que tiene efectos graves sobre la certidumbre jurídica de los participantes en una subasta de adquisiciones públicas, además de que pueden distorsionar los incentivos de mercado llevando a problemas de eficiencia asignativa. Entre los elementos en la iniciativa que identificamos están:
  - a. Precios de referencia: falta una metodología o en su caso una fórmula para el cálculo de precios de referencia. Todo esto debe de argumentarse y soportarse. La sección 2 abunda sobre este tema.
  - b. Contratos marco como medio de daño anticompetitivo.
  - c. Determinación para abrir licitaciones a nivel internacional con países con los que no existen tratados firmados.

La falta de análisis técnico es particularmente grave en el caso de precios máximos de referencia. La siguiente sección explica los problemas que puede causar una iniciativa de ley que no considere las implicaciones en materia económica particularmente para estos precios.

## PROPÓSITO DE LOS PRECIOS DE REFERENCIA PARA *PROCUREMENT*

Los procesos de adquisiciones (*procurement*) por parte del Estado tienen como objetivo asegurar el abastecimiento de bienes y servicios a las entidades públicas, maximizando el valor de los recursos presupuestarios, en beneficio de los consumidores, los usuarios de los bienes públicos y los contribuyentes. Este objetivo se alcanza a través del diseño y la administración de procedimientos y mecanismos de adquisición que permitan atender sus necesidades y preferencias a los mejores precios y niveles de calidad, promoviendo al mismo tiempo la innovación.

Por otro lado, el núcleo central de la actividad de las empresas participantes en los procesos de licitaciones son los beneficios esperados por la provisión de bienes y servicios. Es por ello que un proceso de adquisiciones es eficiente en la medida que pueda crear y asegurar un balance entre un ambiente competitivo que seleccione a las empresas más eficientes—en términos de precios, calidad e innovación—y el manejo de riesgo que asegure el cumplimiento de los contratos por ambas partes contratantes y la seguridad en toda la cadena de suministro—tales como, la manufactura, el almacenamiento, el transporte y la distribución—.

Este tipo de procedimientos no emergen de manera natural. Se requiere del diseño, la implementación y el aseguramiento de un sistema integral de reglas de asignación y cumplimiento obligatorio de los contratos por ambas partes. La claridad de este sistema de reglas permite crear un ambiente de transparencia y responsabilidad (*accountability*) que inhiba las actividades de corrupción y el comportamiento oportunista para la extracción de rentas extraordinarias.

## ASPECTOS GENERALES DE LOS PROCESOS DE ADQUISICIÓN

Los procesos de adquisición pueden variar dependiendo, entre otros factores, del grado de centralización de las adquisiciones, la heterogeneidad de las empresas participantes y los productos licitados, la compatibilidad del precio con la estructura de costos de las empresas, los estándares de calidad y la naturaleza de los incentivos no-contractuales, así como el mecanismo de asignación utilizados—subastas (sobre cerrado y dinámicas en reversa), negociación bilateral, o acuerdo marco—.

El éxito y la eficiencia de un proceso de adquisición depende del grado de intensidad de la competencia que se pueda crear entre los agentes participantes y de la aplicación de reglas e instrumentos claros que modulen el riesgo que asumen las empresas y el Estado en los contratos de adquisiciones.

Con el propósito de alcanzar este equilibrio es necesario atender algunos de los siguientes requerimientos (OCDE, 2017):<sup>1</sup> en primer lugar, promover la asistencia de un número significativo de participantes que estén dispuestos a ofrecer el mejor valor y la mejor calidad por los bienes y servicios que suministren. Para ello es importante que el administrador del proceso calcule y fije precios de reserva razonables, que brinden a los participantes información significativa y certidumbre al respecto a las características de los bienes y servicios que demanda y las características contractuales—tales como, el precio de referencia, mecanismos de pagos, requerimientos de almacenamiento, transporte y distribución y penalidades contractuales por incumplimiento—. Esto es particularmente importante cuando existe afiliación o correlación entre las estructuras de costos de las empresas (Milgrom & Weber, 1981).

En segundo lugar, los procedimientos de licitaciones son actividades que se realizan en forma repetida. Por lo tanto, la competencia que se genera por un contrato a ser otorgado el día de hoy puede tener un impacto sobre la competencia que se pueda generar el día de mañana. Luego, es importante destacar la importancia de crear condiciones de piso parejo entre los competidores incumbentes y entrantes, entre empresas grandes y pequeñas, empresas públicas y privadas, así como entre empresas nacionales y foráneas (observando en todo momento los tratados internacionales). Por ejemplo, es importante definir los números de contratos a ser asignados, el grado de complementariedad entre los bienes y servicios contratados y la fijación de montos máximos de ser otorgados a una sola empresa.

## IMPORTANCIA DE LOS PRECIOS DE REFERENCIA

Los precios de referencia son una forma de establecer un techo a las expectativas de los agentes que someten posturas a un proceso de subastas para la adquisición de bienes y servicios y además constituyen el precio máximo a partir de los cuales los licitantes deben presentar sus descuentos, por lo que en otras palabras también implica el precio máximo al cual el Estado se encuentra dispuesto a comprar. Por lo tanto, los precios de referencia son piezas de información relevantes para la formación de posturas, que conforme al principio de afiliación (Milgrom & Weber, 1981) implica que mientras mayor es la cantidad y calidad de la información que poseen los postores respecto a los bienes y servicios requeridos mayores son las posibilidades de adquirirlos a un menor precio. En este sentido, Brisset, Cochard & Le Gallo, (2015) encuentran que la revelación de precios de referencia reduce los costos de adquisición de los compradores en procesos de adquisición. En otras palabras, los precios de referencia constituyen un anclaje de expectativas de los potenciales compradores.

---

<sup>1</sup> Cabe señalar que la exposición de motivos de la iniciativa dice tomar en consideración las recomendaciones de la OCDE.

Asimismo, cuando el número de los participantes puede variar, bajos precios de reservas vienen acompañados por un menor número de participantes en los procesos de licitación para la adquisición de bienes y por lo tanto puede derivar en mayores precios debido al relajamiento del ambiente competitivo. Bulow & Klemperer (1996) demuestran que el ingreso marginal derivado de un precio de reserva alto es menor que el ingreso marginal que se genera por la entrada de un nuevo postor en el proceso de licitación atraído por un mayor precio de reserva. Este fenómeno ha sido demostrado empíricamente por Barrymore & Raviv (2009).

En situaciones en las cuales el mercado tiene poca concurrencia, los precios de referencia son una forma para prevenir comportamientos colusorios (Thomas, 2005), llegando incluso a la posibilidad de establecer precios óptimos que maximicen el beneficio de los compradores (Myerson, 1981).

Por esta y otras razones, las entidades encargadas de los procesos de adquisiciones enfatizan la importancia de adoptar en México la práctica de calcular y publicar los precios de referencia de acuerdo con metodologías confiables que considere los distintos elementos de la cadena de suministro. Lo cierto es que con la regulación vigente no existe esa metodología, pero lo peor es que la iniciativa tampoco la prevé. Esta laguna se agrava en el caso de la iniciativa, pues a diferencia de la legislación vigente, el precio máximo de referencia podrá calcularse a través de una investigación de mercado que podrá realizarse sin prelación ni limitación alguna en el extranjero, especialmente en países que no tienen celebrado con México un tratado de libre comercio con capítulo de compras del sector público vigente.

Para efectos del cálculo de precios de referencia, las autoridades administrativas han adoptado varias metodologías. Unas son de carácter cualitativo que se construyen a partir de una muestra de solicitudes de precios para una canasta de productos internacionales (international benchmark). Este tipo de metodología presenta fuertes problemas de estimación, particularmente cuando se comparan países, empresas y regiones del mundo sin tomar en cuenta su heterogeneidad y los costos asociados a la cadena de suministro—almacenamiento, transporte y distribución.

Existen otras metodologías cuantitativas que incorporan métodos estadísticos y elementos de costos asociados a la cadena de suministros y estructura de costos de las empresas. Estos métodos buscan reconstruir la distribución de la estructura de costos de las empresas a través del uso de posturas de licitaciones previas y costos de transporte. Además de brindar transparencia al proceso de licitación, el uso de estas metodologías da a los participantes información valiosa para la formación de sus posturas y al comprador la posibilidad de calcular precios de reservas óptimos que maximicen sus beneficios creando un ambiente de competencia.

## REFLEXIONES Y SIGUIENTES PASOS

En nuestra opinión, existen una serie de argumentos técnicos basados en teoría económica, mejores prácticas internacionales en procedimientos de adquisición de bienes y servicios públicos, y análisis de competencia, que no se han tomado en cuenta. Estos argumentos son centrales y sustentan técnicamente que el objetivo de la iniciativa no se alcanzará con las propuestas que ahí se plantean, además de que difícilmente contribuye a mejorar las condiciones de competencia y libre concurrencia de los diversos agentes económicos que pudieran participar en estas licitaciones.

La iniciativa carece de elementos—principalmente una metodología clara y basada en criterios técnicos—que permita al sistema de procuración pública de bienes y servicios y a los distintos agentes económicos, elevar la eficiencia de la cadena de suministros, mejorar los precios y la calidad de los productos, promover la innovación y reducir la incertidumbre respecto a la contratación y planificación de la producción, aprovisionamiento y distribución de bienes y servicios licitados, además de limitar la libre concurrencia y poder fomentar una competencia injusta entre la industria nacional o la extranjera cubierta por tratados respecto de la internacional no cubierta por tratados. Esta falta de una metodología transparente y fundamentada en aspectos técnicos para la estimación de precios de referencia en los procesos de licitación elevaría la incertidumbre de los agentes económicos que deseen participar en la licitación, afectando el proceso competitivo y la eficiencia esperada en los procesos de licitación. En otras palabras, si existían diversos vicios y lagunas que afectaban la libre competencia conforme a la legislación vigente, lo cierto es que la iniciativa parece agravarlos.

En el caso de precios de referencia, si éstos se determinan excesivamente bajos se generan dos tipos de incertidumbre: Por una parte, incrementa el riesgo de que las empresas ganadoras incurran en pérdidas derivadas de posturas excesivamente agresivas—fenómeno conocido como la “maldición del ganador” que eleva las posibilidades de un incumplimiento contractual. Por otra parte, reduce el interés de algunas empresas—particularmente empresas de menor tamaño—de participar en el proceso de licitación, con efectos negativos al proceso de competencia.

En cambio, los precios de referencia determinados de manera excesivamente alta promoverían una potencial sobre-entrada de agentes económicos poco eficientes al enviar señales distorsionadas respecto a la estructura de costos potenciales de suministro de los bienes y servicios licitados. Todo esto claramente requiere de un análisis teórico y empírico detallado y cuidadoso que si no lo ofrece el gobierno debería impulsarlo la iniciativa privada en pro de la eficiencia social.