

8 de marzo del 2023
01752-SUTEL-SCS-2023

Señora
Paula Bogantes Zamora
Ministra
Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones

Señora
Anna Katharina Muller Castro
Ministra
Ministerio de Educación Pública

Señores
Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa
Ministerio de Hacienda
decop@hacienda.go.cr

Señores
Contraloría General de la República

Señora
Deryhan Muñoz Barquero
Directora General de Competencia

Estimados señores:

El suscrito, Secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en ejercicio de las competencias que le atribuye el inciso b) del artículo 50 de la Ley General de la Administración Pública, ley 6227, y el inciso 10) del artículo 35 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado, me permito comunicarles que en la sesión ordinaria 013-2023 del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, celebrada el 16 de febrero del 2023, se aprueba por unanimidad, lo siguiente:

ACUERDO 015-013-2023

CONSIDERANDO:

- I. Que la Ley 8642 en su artículo 52 dispone un Régimen sectorial de competencia para la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, correspondiéndole a la SUTEL entre otras facultades, promover los principios de competencia en el mercado nacional de las telecomunicaciones y emitir opiniones en materia de competencia y libre concurrencia con respecto a leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos administrativos relacionados con el sector de las telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva.
- II. Que el artículo 2 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia, Ley 9736, dispone que la SUTEL es la autoridad sectorial encargada de la defensa y promoción de la competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, según se establece en el artículo 29 y en el capítulo II del título III de la Ley 8642, Ley General de Telecomunicaciones, de 4 de junio de 2008 y sus reglamentos.
- III. Que el artículo 20 de la Ley 9736 establece que la SUTEL realizará actividades de promoción y abogacía de la competencia con el objetivo de fomentar e impulsar mejoras en el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado; eliminar y evitar las distorsiones o barreras de entrada, así como aumentar el conocimiento y la conciencia pública sobre los beneficios de la competencia.

8 de marzo del 2023

01752-SUTEL-SCS-2023

- IV. Que la citada Ley 9736 establece en su artículo 21 que la SUTEL podrá emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia, de oficio o a solicitud de parte sobre la promulgación, modificación o derogación de leyes, cuyos elementos puedan obstruir el principio de competencia y libre concurrencia, sin que dichas opiniones resulten vinculantes.
- V. Que entre los actos sobre los cuales puede emitir opinión la SUTEL se encuentran los carteles de licitación pública.
- VI. Que esta Opinión se emite en el marco de las facultades de abogacía y promoción de la competencia con que cuenta la SUTEL en el marco de la Ley 9736, y la misma busca impulsar mejoras en el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones, eliminar y evitar distorsiones al funcionamiento de los mercados de telecomunicaciones y aumentar el conocimiento sobre los beneficios de la competencia, y no pretende realizar una valoración de temas específicos de la materia de contratación administrativa en relación con el procedimiento de contratación 2022CD-000059-0007300001, lo cual corresponde a una competencia legal que recae sobre otros órganos públicos.
- VII. Que el artículo 8 inciso f) de la actual Ley General de Contratación Pública, Ley 9986, establece que en los procedimientos de contratación pública se respetará el Principio de igualdad y libre concurrencia en el que se dará un trato igualitario a todos los oferentes, se procurará la más amplia competencia y se invitará a potenciales oferentes idóneos. No se podrán establecer restricciones injustificadas a la libre participación ni incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes.
- VIII. Que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en su *“Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública”*, recomienda, entre otros elementos, que se *“hagan accesibles las oportunidades de concurrir a la contratación pública a los potenciales competidores sin importar su tamaño o volumen”*.
- IX. Que sobre el uso de excepciones, la OCDE en la citada *“Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública”* explica cuándo se deben usar las excepciones a los concursos públicos: *“ii) Recurrir a licitaciones abiertas a la participación, limitando el uso de las posibles excepciones y de las contrataciones con un único proveedor. Las licitaciones mediante concurso deberán ser el método habitual en la contratación pública, como instrumento adecuado que son para lograr la eficiencia, combatir la corrupción, obtener unos precios justos y razonables y garantizar unos resultados competitivos. Si se dan circunstancias excepcionales que justifiquen limitar el uso de los concursos públicos y aconsejen el recurso a la contratación con un único proveedor, esas excepciones deberán quedar establecidas a priori, ser por motivos tasados y llevar aparejada la oportuna justificación cuando se recurra a ellas, sin perjuicio de que se tenga en cuenta, para su supervisión, el mayor riesgo que suponen de corrupción, incluida la de proveedores extranjeros.”*.
- X. Que concordantemente el Capítulo 9 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos relativo a contratación pública dispone que *“una entidad contratante adjudicará los contratos mediante procedimientos de licitación abiertos”* y que podrá emplear procedimientos que no sean abiertos *“A condición de que los procedimientos de contratación no se utilicen como medio para evitar la competencia o para proteger a proveedores nacionales”*
- XI. Que por otro lado el Anexo 13 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos dispone que: *“Costa Rica tiene derecho a definir el tipo de obligaciones de servicio universal que desee mantener. Dichas obligaciones no se considerarán anticompetitivas per se, a condición de que sean administradas de manera transparente, no discriminatoria y con neutralidad en la competencia y no sean más gravosas de lo necesario para el tipo de servicio universal definido”*.
- XII. Que el 24 de noviembre de 2022 fue creado por parte del MEP en el SICOP la contratación administrativa denominada Contratación Directa por Excepción 2022-CD-00059-0007300001, cuya

8 de marzo del 2023

01752-SUTEL-SCS-2023

finalidad consistía en migrar el “*Convenio de cooperación entre el Instituto Costarricense de Electricidad y el Ministerio de Educación Pública*” y sus respectivas adendas, para lo cual el MEP cursó una invitación directa al ICE, misma que fue respondida a través de una oferta el 28 de noviembre del 2022.

- XIII. Que esta Superintendencia, de conformidad con las diversas facultades legales en la materia analizó denuncia presentada ante esta Autoridad de Competencia en relación con la contratación 2022-CD-00059-0007300001 “*Migración de Contratos del Convenio para Servicio de Telecomunicaciones con el ICE de conformidad con lo establecido en la Circular DGABCA 0023-2022*” del Ministerio de Educación Pública (MEP), con el objetivo de determinar el mejor enfoque para atenderla, encontrándose que el mecanismo de la Opinión resulta en esta oportunidad la mejor forma de atender la denuncia recibida.
- XIV. Que el 14 de febrero del 2023, mediante oficio 01278-SUTEL-OTC-2023, la Dirección General de Competencia de la SUTEL rindió formal criterio sobre la contratación 2022-CD-00059-0007300001 “*Migración de Contratos del Convenio para Servicio de Telecomunicaciones con el ICE de conformidad con lo establecido en la Circular DGABCA 0023-2022*” en relación exclusivamente sobre si la contratación genera o no restricciones contrarias al principio de libre competencia y concurrencia, que afecten los mercados de telecomunicaciones.
- XV. Que como se extrae de dicho criterio, se realizó un análisis enfocado sobre las condiciones de la Contratación Directa por Excepción 2022-CD-000059-0007300001 que podrían tener el potencial de afectar la competencia, llegándose a las siguientes conclusiones:
- Que previamente el MEP y el ICE realizaron la firma de los convenios CON-011-04-2004 y CON-102-07, así como de las adendas CON-011-04-2013 y CON-011-04-2017, la firma de los convenios fue realizada bajo una coyuntura en la que no existía competencia en el mercado de las telecomunicaciones, lo que impedía a la administración pública contar con diferentes oferentes para la satisfacción de necesidades en materia de servicios de telecomunicaciones, realidad que sí es posible hoy en día.
 - Que el Ministerio de Hacienda mediante circular DGABCA 0023-2022 relativa a “Lineamiento para generar los procesos de contratación para la adquisición de los servicios de Telefonía e Internet en el SICOP” recuerda a las proveedurías institucionales la necesidad de trasladar a SICOP aquellos procesos que no hayan sido promovidos a través de dicha plataforma. Dicha Circular establece que para aquellos contratos que se deseen continuar por parte de la administración contratante se usará una figura de contratación por excepción, a saber: por oferente único (para oferentes privados) o actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público (para operadores públicos). La citada circular también dispone que, para aquellos casos, donde la administración determine salir a concurso para contratar los servicios de telefonía e internet, deberá hacerlo mediante concurso ordinario.
 - Que, en virtud de lo dispuesto por el Ministerio de Hacienda, el MEP promueve la Contratación Directa 2022CD-000059-0007300001, bajo la excepción de actividad contractual desarrollada entre sujetos de derecho público según los artículos 2 inciso c) de la anterior Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494 y 138 de su Reglamento, por medio de la que realiza la migración de Contratos de Servicio de Telecomunicaciones con el ICE.
 - Que si bien la contratación vía excepción resulta un mecanismo constitucionalmente válido, la Sala Constitucional ha reconocido asimismo que “...el régimen constitucional establece como regla de principio el procedimiento concursal formal, es decir, la licitación, como el mecanismo idóneo para garantizar la más amplia participación de los proveedores en condiciones que permitan a la Administración seleccionar la mejor oferta del mercado, en aras de la más sana administración de los fondos públicos y el principio de eficiencia”.

8 de marzo del 2023

01752-SUTEL-SCS-2023

- Que, en línea con lo referido por la Sala Constitucional, la Contraloría General de la República y el Ministerio de Hacienda, respecto al uso de la excepción contemplada en el artículo 2 inciso c) de la Ley 7494, han sido enfáticas en que para utilizar esta excepción se deben de cumplir una serie de requisitos.
- Que, en particular, la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda mediante Circular DGABCA-DNC-052-2019 definió los *“Aspectos mínimos por considerar en contrataciones de servicios de Telecomunicaciones e Infocomunicaciones y requerimiento de información respecto a contratos de esta índole”*.
- Que de la documentación que consta en el expediente de la contratación 2022CD-000059-0007300001 no incluye un estudio de mercado que considere a los potenciales agentes públicos y privados que podían ofrecer el servicio, ni tampoco se presenta un detalle que acredite financieramente la razonabilidad del precio.
- Que la omisión de estos elementos impide determinar si el empleo de la excepción contenido en el inciso c) de la Ley 7494, pese a restringir la libre competencia y competencia, resulta en un mecanismo idóneo para la satisfacción del interés público.
- Que la decisión de brindar continuación por parte del MEP al Convenio de Cooperación con el ICE es una decisión que limita la posibilidad de los restantes operadores que se encuentran en el mercado para ofrecer sus bienes al Estado e impide del disfrute de los beneficios de la competencia.
- Que el plazo del convenio y su posterior ampliación por un período de 10 años, generan un segmento de mercado cautivo en materia de compras públicas del Estado por un período que supera lo establecido en la nueva Ley 9986, sino también las recomendaciones sobre duración de contratos en materia de competencia, para prevenir que se presenten cierres de mercado.
- Que la decisión del MEP de extender el convenio de cooperación con el ICE mediante la contratación 2022-CD-00059-0007300001, en lugar de realizar un proceso de licitación abierta, es una decisión que no favorece el principio de libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, siendo que el no empleo de los principios de igualdad y libre competencia va en detrimento de procesos de contratación que favorezcan la competencia del mercado.
- Que la migración de los Contratos de Servicio de Telecomunicaciones con el ICE (el Convenio de Cooperación Institucional -CON-011-04 del 2004- entre el MEP y el ICE y sus adendas) de conformidad con lo establecido en la Circular DGABCA 0023-2022, promovido y llevado a cabo por MEP no constituye el mejor mecanismo de contratación pública desde la perspectiva de la competencia, toda vez que no favorece la libre competencia.
- Que el Estado debe trabajar de manera integral y coordinada, velando por la aplicación del Principio de igualdad y libre competencia en toda la actividad contractual en que medie el empleo de fondos públicos y durante todo el ciclo de la compra pública.
- Que existe una diferencia en el proceso seguido por el MEP para la conectividad de centros educativos, y los lineamientos en materia de política pública emitidos por el MICITT a través del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2022-2027, el cual en su numeral 4.7.1 denominado *“Lineamientos para las intervenciones financiadas por FONATEL”* enumera una serie de puntos a considerar de forma integral en materia de compras públicas en las intervenciones financiadas con recursos del FONATEL para la conectividad de centros educativos.

8 de marzo del 2023

01752-SUTEL-SCS-2023

- Que resulta pertinente que en materia de conectividad educativa el MEP siga los lineamientos definidos en el PNDT, los cuales garantizan el cumplimiento de los principios de igualdad y libre concurrencia que deben primar en materia de contratación de servicios de telecomunicaciones. Los lineamientos del PNDT buscan que los procedimientos de contratación pública den un trato igualitario a todos los oferentes en procura de la más amplia competencia, evitando así el establecimiento de restricciones injustificadas a la libre participación.
- Que la aplicación por parte del MEP de los principios definidos en el PNDT para la conectividad educativa, garantizarían no sólo el respeto al principio de libre concurrencia, sino también el hecho de que el actuar del Estado en la aplicación de la política pública resulte consecuente y coordinado.

XVI. Que según lo desarrollado de previo se solicita respetuosamente a la Ministra de Educación Pública, tomar en consideración la presente opinión sobre la contratación 2022-CD-00059-0007300001 *“Migración de Contratos del Convenio para Servicio de Telecomunicaciones con el ICE de conformidad con lo establecido en la Circular DGABCA 0023-2022”*.

**POR TANTO,
EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:**

PRIMERO: Dar por recibido el oficio 001278-SUTEL-OTC-2023, relativo a informe de opinión sobre la contratación 2022-CD-00059-0007300001 *“Migración de Contratos del Convenio para Servicio de Telecomunicaciones con el ICE de conformidad con lo establecido en la Circular DGABCA 0023-2022”* del Ministerio de Educación Pública.

SEGUNDO: Recomendar al Ministerio de Educación Pública, para su valoración, lo siguiente, con el objetivo de promover la libre concurrencia en la contratación de servicios de telecomunicaciones:

1. Considerar, en los procesos de contratación de servicios de conectividad educativa, las disposiciones establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, en cuanto a que en los mismos se deberá asegurar la transparencia, la amplia participación de todos los posibles oferentes y el respeto del concurso público como procedimiento constitucionalmente dispuesto para la contratación pública.
2. Valorar, de acuerdo con la normativa que resulte aplicable en materia de compras públicas, y una vez vencido el plazo de la contratación 2022CD-000059-0007300001 en el año 2027, realizar un proceso de licitación abierto a la libre competencia para la adquisición de servicios de telecomunicaciones para la conectividad educativa.
3. Considerar, que una eventual prórroga de la contratación 2022CD-000059-0007300001, al restringir la libre concurrencia del mercado mediante un mecanismo de excepción legal, no debería estar exceptuada del cumplimiento de los requisitos definidos en el Reglamento a la Ley General de Compras Públicas, y en particular de la realización de un estudio de mercado, de conformidad con los lineamientos emitidos al respecto por el Ministerio de Hacienda.

TERCERO: Hacer saber al Ministerio de Educación Pública que, si bien las opiniones que emite la SUTEL no tendrán efectos vinculantes, aquellas entidades que se aparten de estas opiniones quedarán obligadas a informar a esa Autoridad Sectorial de Competencia sobre sus motivaciones, en un plazo no mayor a treinta días naturales. Tal informe deberá ser suscrito por el superior jerárquico del MEP. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en los numerales 21 de la Ley 9736 y 24 de su Reglamento.

CUARTO: Remitir copia del presente acuerdo al Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones, a la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y a la Contraloría General de la República.

8 de marzo del 2023

01752-SUTEL-SCS-2023

**ACUERDO FIRME
NOTIFIQUESE**

La anterior transcripción se realiza a efectos de comunicar el acuerdo citado adoptado por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, mismo que se encuentra firme. -

Atentamente,
CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Luis Alberto Cascante Alvarado
Secretario del Consejo

Ariyn A.

Exp: GCO-OTC-CGL-00023-2023