

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

Señores
Miembros del Consejo
Superintendencia de Telecomunicaciones

Asunto: INFORME SOBRE EL PROYECTO DE “REGLAMENTO A LA LEY N° 9986, LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”.

Estimados señores:

La Dirección General de Competencia (DGCO) de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), que ejerce las funciones de Órgano Técnico de Competencia (OTC), con base en las competencias establecidas en los artículos 46 bis y 46 tris del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 incisos a), d), k) y l) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y en los artículos 2, 3, 13, 14, 15 y 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, presenta para valoración del Consejo de la SUTEL su análisis sobre el proyecto de “Reglamento a la Ley N° 9986, Ley General de Contratación Pública”, que se encuentra en consulta pública por parte de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

a. Sobre el marco general.

El 31 de mayo del 2021 se publicó en el Alcance 109 del diario oficial La Gaceta 103, la Ley General de Contratación Pública, Ley 9986, que entrará en vigencia el día 01 de diciembre del 2022. La citada Ley en su numeral 136 dispone que el Poder Ejecutivo deberá reglamentar dicha norma legal.

El pasado 7 de abril del 2022 en el Alcance 70 del diario oficial La Gaceta 67, la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, publicó un aviso de consulta pública del proyecto denominado “Reglamento a la Ley N° 9986, Ley General de Contratación Pública”, otorgando de conformidad con el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública un plazo de diez días hábiles para presentar por escrito observaciones al texto propuesto.

El proyecto desarrolla lo regulado en el artículo 1 de la Ley General de Contratación Pública, es decir, toda la actividad contractual que emplee total o parcialmente fondos públicos, salvo aquellas exclusiones de aplicación de la Ley General de Contratación Pública y las excepciones de la aplicación de los procedimientos ordinarios, según lo dispuesto en los numerales 1 a 3 de la propia Ley 9986.

b. Sobre la competencia de la SUTEL.

La SUTEL es el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, de conformidad con los artículos 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

Públicos (Ley 7593), 1 y 2 inciso d) de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones (Ley 8660) y 6 inciso 27) de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 8642).

En ese sentido, es obligación fundamental de la SUTEL aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual actuará en concordancia con las políticas del sector, lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, la Ley General de Telecomunicaciones, las disposiciones establecidas en esta Ley y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.

Dentro de ese marco de rango legal, se estableció un régimen sectorial de competencia a cargo de la SUTEL, que se rige según lo dispuesto en el Título III, Capítulo II, de la Ley 8642 y supletoriamente por los criterios establecidos en el Capítulo III de la Ley 7472; régimen sectorial sobre el que la Procuraduría General de la República en el dictamen 015 del 19 de enero de 2010 refirió en lo que interesa:

*“Cabe señalar, además, que cuando el artículo 52 de la Ley de Telecomunicaciones define la competencia de la Superintendencia de Telecomunicaciones como regulador en materia de competencia efectiva, le atribuye la promoción de los principios de competencia, analizar el grado de competencia efectiva en los mercados, **determinar los actos que pueden afectar la competencia**, garantizar el acceso al mercado y el acceso a las instalaciones equitativas; evitar abusos y prácticas monopólicas, así como conocer, corregir y sancionar las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones”.*

La Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, **facultan a la SUTEL, como autoridad sectorial de competencia, a velar porque la regulación impulsada e implementada no genere restricciones anticompetitivas, que afecten el desempeño eficiente del mercado de telecomunicaciones.**

De conformidad con lo anterior, la operación de redes, incluyendo aquellas que soportan los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, y la prestación de servicios de telecomunicaciones, están sujetos al régimen sectorial de competencia en telecomunicaciones y su aplicación corresponde exclusivamente a la SUTEL (artículo 2 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736); régimen que se aplica en igualdad de condiciones a todos los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, sean estos públicos o privados.

En este sentido, 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 competencia 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. Así, legalmente la normativa establece las diversas herramientas no coercitivas que posee la SUTEL, tales como emisión de opiniones y recomendaciones, emisión de guías, realización de estudios de mercado, actividades de asesoramiento, capacitación y difusión, acuerdos de cooperación, programas de cumplimiento voluntario, además de la difusión y publicación de su labor¹.

¹ Artículos 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27 de la Ley 9736.

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

En particular, según el artículo el 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, **la SUTEL tiene la potestad de emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia, de oficio o a solicitud del Poder Ejecutivo, de la Asamblea Legislativa, demás entidades públicas o de cualquier administrado, sobre la promulgación, modificación o derogación de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos y resoluciones administrativas, vigentes o en proceso de adopción.**

Precisamente, el proyecto de *“Reglamento a la Ley N° 9986, Ley General de Contratación Pública”* pretende regular la contratación pública de todos los bienes y servicios, incluyendo servicios de telecomunicaciones, en los que se emplee total o parcialmente fondos públicos, por lo que **la regulación que este proyecto haga de la actividad contractual tiene incidencia en el mercado de telecomunicaciones.**

2. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REGLAMENTO DE CARA A LA NORMATIVA DE COMPETENCIA EN LA OPERACIÓN DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.

a. Sobre el marco para el análisis de la regulación que se pretende promulgar.

Si bien la promulgación, modificación o derogación de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos y resoluciones administrativas (en adelante regulaciones), vigentes o en proceso de adopción, son una herramienta legítima que posee el Estado para lograr metas específicas a nivel de política pública, es vital valorar su impacto sobre el nivel de competencia.

Si bien la mayor parte de regulaciones no tienen el potencial de dañar indebidamente los niveles de competencia, en algunos casos, si dichas regulaciones se diseñan sin garantizar principios básicos de concurrencia, la distorsión podría ser tal que no sólo no se fomentará la innovación y el crecimiento a largo plazo del sector, sino que al final el consumidor será el gran perdedor, al no tener acceso a una mayor variedad de bienes y a precios más bajos. Por el contrario, si se diseñan regulaciones haciendo hincapié en los principios de competencia, el mercado saldrá beneficiado como un todo, tanto por parte de empresas, como de los consumidores.

De tal manera, que diversas autoridades de competencia han desarrollado metodologías o procedimientos que permiten realizar una revisión de las regulaciones, con el objetivo de determinar si estas tienen el potencial de dañar la competencia o de identificar aquellas que debido a sus efectos requieren una evaluación más detallada y la valoración de alternativas regulatorias.

Si bien, dentro del proceso de implementación de la Ley 9736 la SUTEL espera desarrollar sus propias guías de evaluación de la regulación, en este momento al no contarse con instrumentos propios, se considera pertinente realizar el análisis del proyecto de *“Reglamento a la Ley N° 9986, Ley General de Contratación Pública”* en estricto apego a metodologías desarrolladas por autoridades de competencia consolidadas y que cuenten con instrumentos de este tipo basados en las mejores prácticas.

Precisamente en México, la Comisión Federal de Competencia (COFECE) desarrolló un método práctico para la identificación de restricciones a la competencia en la *“Guía para la evaluación de la regulación*

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

desde la *óptica de competencia*² (en adelante *Guía*). La Guía parte del principio de que el Estado tiene la potestad, cuando lo considere necesario, de emitir reglas que norman las actividades económicas y sociales de los particulares para alcanzar objetivos de política pública concretos. Sin embargo, existen casos donde estas regulaciones, lejos de alcanzar tales objetivos, restringen el funcionamiento de los mercados.

Es en esos casos, que resulta de particular relevancia el papel de las autoridades de competencia para analizar si una propuesta de regulación tiene el potencial de inhibir la competencia y, en caso de ser así, identificar las posibles consecuencias, así como las alternativas disponibles para conseguir el mismo fin a través de medios menos intrusivos³.

La Guía de la COFECE tiene como objetivo ser de utilidad para analizar si en los anteproyectos de regulación o en la regulación vigente emitida por otras instituciones y servidores públicos, se genera o no restricciones anticompetitivas que afecten la eficiencia en los mercados, basándose en criterios internacionales para su elaboración⁴. Al respecto, valga aclarar que la Guía está a su vez basada en las mejores prácticas desarrolladas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁵.

La Guía de referencia, por medio de una serie de preguntas claves⁶, busca determinar los efectos de las acciones regulatorias en cuatro rubros considerados fundamentales, relacionando cada pregunta o acción regulatoria con el efecto sobre la competencia, concretamente:

A. Limita el número de empresas

1. *¿Otorga derechos especiales o exclusivos a cierto(s) agente(s) para prestar servicios u ofrecer bienes?*
2. *¿Establece procedimientos de obtención de licencias, permisos o autorizaciones como requisito para iniciar operaciones, o bien iniciar alguna actividad adicional?*
3. *¿Crea esquemas preferenciales en las compras de gobierno a efecto de promover o beneficiar a algunos agentes?*
4. *¿Establece requisitos técnicos, administrativos o de tipo económico para que los agentes participen en el (los) mercado(s)?*
5. *¿Establece condiciones o delimita áreas geográficas u horarios para ofrecer bienes o servicios?*

B. Limita la capacidad (competitiva) o aptitud de uno o más proveedores para competir

6. *¿Establece canales exclusivos o tipos de establecimientos para la venta o distribución (presenciales, por internet, telefónicas, por citar algunos)?*

² Comisión Federal de Competencia (COFECE), Guía para la Evaluación de la Regulación desde la Óptica de Competencia, 2016. Disponible en https://www.cofece.mx/cofece/images/Promocion/Guia_EvaluacionRegulacion_vonline_170516.pdf

³ COFECE, Guía para la Evaluación de la Regulación desde la Óptica de Competencia, pág. 8, 2016

⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Guía para Evaluar la Competencia. Versión 1.0. pág. 49, 2007.

⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Lista de Verificación de Impacto Competitivo.

⁶ La Lista de Verificación de Impacto Competitivo de la OCDE fue adaptada por la COFECE y originó un cuestionario de diecisiete preguntas, relacionando cada pregunta o acción regulatoria con el efecto sobre la competencia que pretende identificar.

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

7. *¿Establece normas o reglas de calidad para los productos o servicios? 8. ¿Otorga preferencias o ventajas de cualquier tipo a algún agente?*
9. *¿Determina el uso obligatorio de algún estándar, modelo, plataforma o tecnología en particular, o de algún producto o servicio protegido por derechos de propiedad intelectual o que resulte costoso?*
10. *¿Restringe de alguna forma la capacidad de los productores o vendedores de innovar u ofrecer nuevos productos?*
11. *¿Establece o influye de manera sustancial en la determinación de precios máximos, mínimos, tarifas o en general, cualquier otro mecanismo de control de precios y/o cantidades de bienes o servicios?*
12. *¿Exime del cumplimiento de otra normativa o regulación a una o a ciertas empresas, incrementando de este modo los costos de competidores y nuevos proveedores?*

C. Limita las opciones e información disponibles para los consumidores

13. *¿Hace o haría más difícil a los consumidores cambiar de proveedor o compañía?*
14. *¿Modifica o disminuye la información indispensable para que los consumidores puedan tomar una decisión de consumo informada?*

D. Reduce los incentivos de las empresas a competir

15. *¿Exime del cumplimiento de la Ley Federal de Competencia Económica o genera incentivos para violarla?*
16. *¿Crea o fomenta un régimen de autorregulación o coregulación?*
17. *¿Obliga, faculta o favorece que los participantes en el (los) mercado(s) intercambien, compartan o hagan pública información sobre costos, precios, ventas, producción u otros datos de tipo confidencial?*

De tal manera, la DGCO de la SUTEL ha valorado el posible impacto en la competencia en el sector telecomunicaciones del proyecto de “Reglamento a la Ley N° 9986, Ley General de Contratación Pública”, utilizando como base la Guía de la COFECE.

b. Análisis de los posibles efectos del proyecto de reglamento en la competencia en la operación de redes y/o en la prestación de servicios de telecomunicaciones.

En lo que interesa para los efectos de esta Superintendencia, el proyecto de “Reglamento a la Ley N° 9986, Ley General de Contratación Pública”, contiene disposiciones que eventualmente podrían tener el potencial de afectar la competencia, por lo cual el análisis de la DGCO se centra en los artículos 3, 5, 12, 28, 31, 55, 73 a 75, 81 a 82, 91, 98, 103, 127, 164, 172 y 235; por lo que de inmediato se pasa a realizar el análisis puntual de **los posibles efectos del articulado propuesto sobre la competencia en materia de telecomunicaciones**, a partir de diecisiete preguntas contenidas en la Guía de la COFECE; de la siguiente manera:

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

A. ¿La normativa que se propone limita el número de empresas?

1. *¿Otorga derechos especiales o exclusivos a cierto(s) agentes para prestar servicios u ofrecer bienes?*

La normativa no concede derechos exclusivos o especiales que impidan la entrada de nuevos operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones.

2. *¿Establece procedimientos de obtención de licencias, permisos o autorizaciones como requisito para iniciar operaciones, o bien iniciar alguna actividad adicional?*

La normativa no fija procedimientos para la obtención de licencias, permisos o autorizaciones como requisito para iniciar operaciones, ni siquiera procedimientos para que operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones que ya cuentan con algún tipo de título habilitante puedan iniciar alguna actividad económica adicional.

De manera que, la propuesta no establece requisitos que puedan tener el efecto de elevar los costos de entrada, proteger a las empresas existentes o de excluir a potenciales participantes.

3. *¿Crea esquemas preferenciales en las compras de gobierno a efecto de promover o beneficiar a algunos agentes?*

Sí, la normativa propuesta trata justamente sobre la regulación de compras públicas y establece un esquema preferencial de contratación a los entes de derecho público, a las Pymes y a los oferentes previamente registrados en el sistema digital unificado (incluso cuando se cuente con dudas respecto de la razonabilidad del precio cotizado), mediante el establecimiento de las siguientes normas:

“Artículo 3. Excepciones de los procedimientos ordinarios. Se exceptúa de la aplicación de los procedimientos ordinarios, únicamente la actividad contractual establecida en el artículo 3 de la Ley General de Contratación Pública. Para la ejecución de los procesos de excepción, en el expediente electrónico que se conforme, deberán quedar acreditados todos los documentos que justifican y sustentan el trámite de excepción, conforme cada uno de los casos en que se aplique y que se enuncian en los siguientes artículos. Por reglamento no podrán crearse nuevas excepciones ni ampliarse las reguladas en la Ley General de Contratación Pública. En virtud del principio constitucional de licitación, la aplicación de las excepciones a los procedimientos de concurso será de aplicación restrictiva. En caso de duda, siempre se favorecerá el concurso, no la excepción.

Artículo 5. Contratación entre entes de derecho público. Se exceptúa de la aplicación de los procedimientos ordinarios, la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, siempre que se cumplan todos los siguientes requisitos:

- a) Verificar que el objeto contractual se encuentre dentro de las facultades legales del ente a contratar.
- b) Acreditar en el expediente electrónico la idoneidad del ente público que se desea contratar.
- c) Garantizar que la entidad contratada realice al menos un setenta por ciento (70%) de la prestación del objeto contractual. Dicho porcentaje se calculará sobre la totalidad de las prestaciones objeto del contrato. Bajo ningún concepto las prestaciones sustanciales definidas en el contrato pueden ser subcontratadas.
- d) Garantizar que las contrataciones con terceros estén referidas únicamente a cuestiones especializadas y accesorias. Para realizar cualquier tipo de subcontratación deberán observarse los procedimientos ordinarios establecidos en la Ley General de Contratación Pública.

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

e) Definir técnicamente, en el pliego de condiciones, el objeto a contratar de modo que queden debidamente plasmados los bienes, obras o servicios que prestará el contratista público. No se admitirán modificaciones al contrato sobre aspectos previsibles técnicamente. La potestad modificatoria queda sujeta a las regulaciones de la Ley General de Contratación Pública.

f) Realizar un estudio de mercado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 inciso d) de este Reglamento, que considere a los potenciales agentes públicos y privados, idóneos y, de forma motivada, exponer las razones por las cuales se escoge contratar al agente público.

g) Las consultas a los agentes públicos y privados deberán realizarse en los mismos términos y plazos, lo cual deberá constar en el expediente respectivo.

En caso de duda, sobre la aplicación de esta excepción la entidad respectiva deberá acudir a los procedimientos ordinarios previstos en la Ley General de Contratación Pública y la entidad pública interesada en contratar podrá participar como un oferente más en el respectivo concurso.

Artículo 12. Alianzas estratégicas. Se exceptúan de los procedimientos ordinarios las alianzas estratégicas autorizadas por Ley.

La alianza estratégica consiste en un tipo de asociación autorizada por ley para ciertas entidades, que de acuerdo a sus facultades legales operan dentro de mercados en competencia en la que la Administración se une a una o a varias empresas públicas o privadas con las que comparte mercados afines a sus competencias legales, sin que se genere una nueva persona jurídica. La alianza se constituye para la realización de un proyecto común, con el propósito de lograr ventajas competitivas o posicionamiento comercial que no se alcanzarían individualmente a corto plazo, debiendo imperar entre los participantes una relación de confianza y una distribución de riesgos y resultados previamente establecidas, todo lo cual deberá constar en acto motivado sustentado en estudios técnicos. En todo caso, el beneficio esperado debe ser mayor que el riesgo asumido.

En la alianza, se realizan aportes según el giro de negocio de todas las partes, en proporción a las obligaciones asumidas y los beneficios esperados, a la vez que se realizan actividades conjuntas durante la ejecución del contrato.

Es deber de la Administración verificar que la alianza resulte ser la mejor forma de atender las necesidades y que sus actuaciones se enmarquen dentro de las competencias que le han sido asignadas. Para realizar una alianza estratégica se debe contar con la autorización del máximo jerarca institucional.

Para la selección del aliado estratégico, la Administración deberá:

a) Realizar un estudio de posibles aliados idóneos que puedan desarrollar el proyecto que se pretende realizar.

b) Tomar en cuenta el conocimiento y experiencia técnica del aliado en el objeto del proyecto, su capacidad financiera y que no le alcance el régimen de prohibiciones, entre otros.

Corresponde a la Administración designar un fiscalizador de la ejecución del proyecto, quien deberá rendir al jerarca informe periódicos sobre el avance y la calidad de la ejecución de la alianza estratégica con periodicidad.

Una vez concluida la alianza, la Administración deberá evaluar los resultados obtenidos, considerando entre otros aspectos, el cumplimiento de plazos, la calidad obtenida, el nivel de ejecución alcanzado y los beneficios obtenidos.

Las alianzas estratégicas no podrán utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en la Ley General de Contratación Pública, todo lo cual la tornará irregular, en caso de que así se proceda.

Artículo 73. Estrategias para promover la participación de las PYMES. En los procedimientos de contratación pública se promoverá la participación de las PYMES, para lo cual la Autoridad de Contratación Pública coordinará con el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, la definición de estrategias e indicadores en el Plan Nacional de Compra Pública.

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

Para el fomento de la participación de las PYMES en las contrataciones, la Autoridad de Contratación Pública podrá propiciar el desarrollo regional, la innovación, la inclusión, la sostenibilidad y promoción de PYMES, mediante directrices que aseguren mejores condiciones de competencia en el mercado, todo lo anterior en apego al valor público de las compras, de conformidad con lo establecido en los artículos 21, 23 y 128 inciso iii) de la Ley General de Contratación Pública.

La Autoridad de Contratación Pública deberá contar con un análisis, emitido por Ministerio de Economía, Industria y Comercio, sobre las condiciones del mercado que justifique la aplicación de las medidas y los objetos en que las PYMES mantienen mayor posibilidad de competir, todo lo cual se deberá armonizar con los objetivos e indicadores definidos en el Plan Nacional de Compra Pública.

La Autoridad definirá en coordinación con el Ministerio de Economía, Industria y Comercio la aplicación del criterio de desarrollo regional para asignar un puntaje en el sistema de calificación de ofertas de hasta un diez por ciento (10%) para las PYMES de la región que se pretende desarrollar; para lo cual deberán identificar cuáles regiones deben priorizarse y en función de qué objetos contractuales según cada una de ellas, de forma que permitan la generación de empleo. El funcionario competente que se separe de la aplicación de este criterio regional, deberá considerar dicho estudio en el acto motivado que emita, así como los análisis de mercado y del objeto de la contratación respectivo.

Artículo 74. Verificación de Condición PYME. *En aplicación del artículo 23 de la Ley General de Contratación Pública, la entidad contratante deberá verificar la condición PYME de la empresa, por los medios que el Ministerio de Economía, Industria y Comercio disponga al efecto.*

La Administración deberá establecer los métodos de verificación de la ubicación de la empresa y podrá apoyarse en la información que consta en el sistema digital unificado.

En lo que respecta a la generación de empleo local, la PYME que opte por el beneficio del puntaje adicional deberá aportar una declaración jurada firmada por su representante legal en la que indique que al menos el sesenta por ciento (60%) de su planilla tiene domicilio en dicho cantón, cuando se trate de un municipio o en la región, en los restantes casos.

En caso de que el personal contratado no reúna el origen declarado, se procederá descartar la oferta y proceder con la denuncia respectiva.

Artículo 75. Compra pública consolidada para impulsar la participación de las PYMES. *Las modalidades de compra pública consolidada como los convenios marco o los sistemas dinámicos de adquisiciones, podrán utilizarse para favorecer la participación de las PYMES en la contratación pública. De igual forma, se podrá promover compras consolidadas exclusivas para PYMES, en tanto las condiciones del mercado lo permitan y así resulte acreditado por la Dirección de Contratación Pública en coordinación con el Ministerio de Economía, Industria y Comercio.*

Para estos efectos, la Autoridad de Contratación Pública también podrá implementar criterios de regionalización atendiendo a los lineamientos que al efecto le proporcione el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, los cuales deberán ser considerados por la Dirección de Contratación Pública al diseñar los convenios marco que garanticen la inclusión de PYMES por zonas y objetos específicos, como puede ser el caso de micros, pequeños y medianos productores agrícolas.

Artículo 82. Alertas Tempranas. *Se faculta a la Administración para el empleo de alertas tempranas mediante las cuales la Administración comunicará la intención de efectuar un procedimiento de compra, con antelación a la publicación del pliego de condiciones, con el propósito de alertar a los posibles oferentes sobre aspectos relevantes de necesaria consideración para ofertar y permitirles una preparación previa al momento de la promoción del concurso.*

Dentro de los avisos, se podrán poner a disposición de los interesados: estudios, diseños u otra información relevante para los potenciales oferentes.

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

Las alertas tempranas y los documentos asociados se comunicarán en el sistema digital unificado a todos los proveedores registrados para la categoría de bien, obra o servicio que se pretende contratar y, a su vez, el aviso debe quedar disponible para consulta general.

Las alertas tempranas se podrán comunicar en cualquier momento antes de la publicación del pliego de condiciones y no implican una obligación de promover el procedimiento.

Artículo 98. Desempate. *En aquellos objetos susceptibles de empate, deberán fijarse en el pliego de condiciones las cláusulas de desempate y en caso de que este persista, lo definirá la suerte. En este último supuesto, si el pliego de condiciones no definiera otro método, se convocará a los oferentes cuya propuesta tenga la misma puntuación a un sorteo público, el cual se realizará en el lugar, fecha y hora que defina la Administración, utilizando para ello los dados, monedas o cualquier otro sistema que cumpla con el principio de transparencia. De todo ello se levantará un acta que será suscrita por los asistentes al evento, y posteriormente se adoptará el acto de adjudicación, todo lo anterior deberá constar en el sistema digital unificado.*

De mantenerse la igualdad, la Administración considerará como factor de evaluación de desempate para la contratación, una puntuación adicional a las PYMES que han demostrado su condición a la Administración según lo dispuesto en este Reglamento, la Ley de Fortalecimiento de las Pequeñas y Medianas Empresas y sus reformas, Ley N°8262 de 02 de mayo de 2002 y sus reglamentos, así como el artículo 34 de la Ley de Desarrollo, Promoción y Fomento de la Actividad Agropecuaria Orgánica, Ley 8591 del 28 de junio de 2007 y sus reglamentos, y el DE-37911-MAG Sistema de Registro del Ministerio de Agricultura y Ganadería para certificar condición de pequeño y mediano productor agropecuario (PYMPA), del 19 de agosto de 2013.

En caso de empate, las Instituciones o Dependencias de la Administración Pública, deberán incorporar la siguiente puntuación adicional:

- a) PYME de industria 5 puntos.
- b) PYME de servicio o agropecuaria 5 puntos.
- c) PYME de comercio 2 puntos.

En caso de que el empate persista se definirá por lo dispuesto según el párrafo cuarto de este artículo o el pliego de condiciones respectivo.

Artículo 103. Línea de crédito en caso de duda sobre la razonabilidad del precio. *En el supuesto de que la Administración presente dudas acerca de la razonabilidad del precio cotizado en la oferta, en el caso específico que dude sobre su ruinosidad y ese sea el único factor determinante para seleccionar al contratista, podrá adjudicar la contratación siempre y cuando el oferente presente, de previo a la adjudicación, una línea de crédito o garantía que asegure que cuenta con medios para cumplir con el bien, la obra o el servicio, sin que la Administración cancele un mayor precio que el cotizado, conforme a lo previsto en el artículo 41 de la Ley General de Contratación Pública.*

Artículo 235. Criterios Sustentables. *Para la realización de los convenios marco, se promoverá la incorporación de criterios sociales, económicos, ambientales, culturales, de calidad y de innovación, según corresponda, los cuales podrán ser mejorados en cualquiera de sus etapas según las disposiciones del pliego de condiciones; asimismo se promoverá la participación de las PYMES considerando el desarrollo regional. En caso que la Administración licitante considere la no utilización de los criterios de desarrollo regional para las PYMES, deberá justificar mediante acto motivado, las razones técnicas y/o económicamente correspondientes.*

De tal manera, los artículos 3 y 5 del proyecto de reglamento exceptúan de los procedimientos ordinarios la actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público, así como las alianzas estratégicas de ciertas entidades que operan dentro de mercados en competencia y que unen a una o a varias

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

empresas públicas o privadas con las que comparte mercados afines (artículo 12); los artículos 73 a 75, 98 y 235 establecen la posibilidad de que la Autoridad de Contratación Pública eventualmente pueda crear normas preferenciales a efectos de promover o beneficiar a las Pymes. Por su parte, el artículo 82 propuesto otorga en cierto grado ventaja a los posibles oferentes previamente registrados en el sistema digital unificado, sobre potenciales nuevos oferentes no inscritos en ese sistema, al generarse la emisión de una alerta temprana respecto de la intención de la Administración de iniciar un proceso de contratación, pudiendo generarse una asimetría en el acceso a información relevante. Finalmente, el numeral 103 propuesto dispone una priorización en la ejecución de la contratación, aún y cuando, la Administración presente dudas acerca de la razonabilidad del precio cotizado en la oferta, lo cual podría limitar la capacidad competitiva de los demás participantes.

4. *¿Establece requisitos técnicos, administrativos o de tipo económico para que los agentes participen en el (los) mercado(s)?*

La normativa no está relacionada con requisitos técnicos, económicos o administrativos que deban cumplir los operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones.

5. *¿Establece condiciones o delimita áreas geográficas u horarios para ofrecer bienes o servicios?*

La reforma propuesta posibilita la creación de condiciones o límites de áreas geográficas para brindar bienes o servicios, lo que además se da con el fin de promover o beneficiar la contratación de las Pymes, al estipular:

Artículo 75. Compra pública consolidada para impulsar la participación de las PYMES. *Las modalidades de compra pública consolidada como los convenios marco o los sistemas dinámicos de adquisiciones, podrán utilizarse para favorecer la participación de las PYMES en la contratación pública. De igual forma, se podrá promover compras consolidadas exclusivas para PYMES, en tanto las condiciones del mercado lo permitan y así resulte acreditado por la Dirección de Contratación Pública en coordinación con el Ministerio de Economía, Industria y Comercio.*

Para estos efectos, la Autoridad de Contratación Pública también podrá implementar criterios de regionalización atendiendo a los lineamientos que al efecto le proporcione el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, los cuales deberán ser considerados por la Dirección de Contratación Pública al diseñar los convenios marco que garanticen la inclusión de PYMES por zonas y objetos específicos, como puede ser el caso de micros, pequeños y medianos productores agrícolas.

En los mismos términos de definir criterios de regionalización se refieren los artículos 73 a 74 y 235 del texto propuesto del Reglamento a la Ley 9986.

En suma, a partir del análisis de los primeros cinco parámetros que contiene la Guía, es posible concluir que la propuesta normativa, específicamente los artículos 3, 5, 12, 73 a 75, 82, 98, 103 y 235 que se analizan, tienden a limitar el número de empresas.

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

B. ¿La normativa que se propone limita la capacidad o aptitud de uno o más proveedores para competir?

6. *¿Establece canales exclusivos o tipos de establecimientos para la venta o distribución?*

La normativa no está relacionada con el tema de canales de venta implementados a los operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones. De tal forma, la propuesta no interfiere ni en las estrategias de comercialización, ni restringe la capacidad de operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones para competir y diferenciarse entre sí.

7. *¿Establece normas o reglas de calidad para los productos o servicios?*

La propuesta no establece expresamente y de manera específica algún tipo de norma o regla de calidad para los operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones; sin embargo, sí contempla la posibilidad de que estas normas o reglas se establezcan en el pliego de condiciones o en la realización de los convenios marco, al señalar:

Artículo 55. Incorporación de criterios de compra pública estratégica en los pliegos de condiciones.

Las entidades contratantes deberán promover en los pliegos de condiciones la inclusión de criterios sociales, económicos, ambientales, culturales, de calidad y de innovación, atendiendo a las particularidades del objeto contractual y del mercado, así como a los objetivos que sean definidos en el Plan Nacional de Compra Pública y su Plan de Acción.

Para la aplicación de estos criterios, deberá también respetarse los lineamientos que emita la Autoridad de Contratación Pública. No obstante, la Administración cuenta con la discrecionalidad para definir la ponderación que le otorgará a cada criterio, siempre que la suma de estos, no supere el veinte por ciento (20%) del total de la valoración preestablecida en el pliego de condiciones.

Cualquier criterio de compra pública estratégica previsto en otras disposiciones legales o reglamentarias que se pretenda aplicar, deberán atender a los criterios preestablecidos en el artículo 21 de la Ley General de Contratación Pública y deberán estar considerados en ese veinte por ciento (20%) correspondiente a los criterios de compra pública estratégica. Lo anterior con el fin de asegurar que el pliego de condiciones contenga, además, otros factores de evaluación, que garanticen la satisfacción del interés público en la adquisición del bien, obra o servicio.

Artículo 91. Contenido del pliego de condiciones. *El pliego de condiciones y sus anexos estarán a disposición de cualquier interesado en el sistema digital unificado, al menos desde el día siguiente en que se curse la última invitación y deberá contener:*

1- *Información general de la contratación:*

- a) *Identificación de la Administración promovente, la indicación del tipo y número del concurso y una breve descripción del objeto contractual.*
- b) *Indicación de la dependencia que tramita el procedimiento y de los funcionarios que proporcionará la información adicional necesaria respecto de las especificaciones y documentación relacionada.*

2- *Condiciones generales:*

- a) *La fecha y hora límite para la presentación de ofertas.*
- b) *El porcentaje de la garantía de cumplimiento.*

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

- c) *Indicación de las especies fiscales y demás timbres que deba aportar el oferente.*
- d) *Indicación de cualquier opción de compra futura, y de ser posible, una estimación del momento en que se podrán ejercer dichas opciones.*
- e) *Términos de pago.*
- f) *Plazo de vigencia de la oferta y plazo de adjudicación.*
- g) *Lugar y fecha de inicio y conclusión de la entrega de los bienes o servicios, cuando así proceda.*
- h) *Indicación de que se reserva el derecho de adjudicar parcialmente una misma línea o bien parte de un mismo objeto de conformidad con lo establecido en la decisión inicial. En este último caso, esta alternativa será posible cuando el objeto lo permita y ello no afecte su funcionalidad. En ambos supuestos se exigirá, al menos, los precios unitarios. No será necesario advertir en el pliego de condiciones, la posibilidad de adjudicar parte de la totalidad de las líneas contempladas en este. La obligación de participar en la totalidad de los renglones, solamente será posible cuando exista una justificación técnica para ello y así haya sido advertido en el pliego de condiciones.*
- i) *Resolución de controversias cuando así proceda.*

3- Requerimientos especificaciones técnicas y evaluación de ofertas:

- a) *Descripción de la naturaleza y cantidad de los bienes o servicios objeto del procedimiento, incluidas especificaciones técnicas que podrán acompañarse de planos, diseños e instrucciones correspondientes. Las especificaciones técnicas se establecerán prioritariamente en términos de desempeño y funcionalidad. El sistema internacional de unidades, basado en el sistema métrico decimal es de uso obligatorio. En lo que atañe a las regulaciones de calidad se deberán respetar las regulaciones de la Ley del Sistema Nacional de la Calidad.*
- b) *Sistema de evaluación, conforme a lo previsto en el artículo 40 de la Ley General de Contratación Pública.*
- c) *Indicación de los estudios que realizará la Administración a las ofertas, ya sean legales, técnicos, financieros, u otros.*
- d) *Solicitud de muestras, cuando se estimen indispensables.*
- e) *Indicación precisa, de los documentos que se deberán aportar para la evaluación de la idoneidad del oferente en aspectos económicos, legales, técnicos u otros.*

Con la presentación de la oferta se tendrá por aceptada todas las condiciones establecidas en el pliego de condiciones. En ningún caso se aceptará la presentación de ofertas en medios distintos.

El pliego de condiciones, no podrá imponer restricciones, ni exigir el cumplimiento de requisitos que no sean indispensables o resulten convenientes al interés público, si con ello limita las posibilidades de concurrencia a eventuales participantes. Tampoco podrá exigir que el oferente efectúe manifestaciones, repeticiones o transcripciones de aspectos del pliego de condiciones sobre los cuales los participantes no tengan ningún poder de disposición.

En el pliego de condiciones la Administración podrá establecer referencias a modelos o sistemas de calidad que contengan las mejores prácticas de la industria correspondiente, conforme al nivel de desarrollo de cada mercado de bienes y servicios.

En la definición de esas especificaciones de admisibilidad, la entidad licitante deberá asegurar las características técnicas del bien, obra o servicios, que aseguren su calidad y su funcionalidad, como un elemento de su buena gestión pública para la debida atención de las necesidades de los habitantes.

La Administración podrá incorporar en el pliego de condiciones un mecanismo de mejora de los precios cotizados, según las reglas generales incluidas en el artículo 100 de este Reglamento.

La omisión en el pliego de condiciones de aquellas obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico a los potenciales oferentes en atención al objeto contractual, no exime a estos de su obligado cumplimiento.

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

Artículo 235. Criterios Sustentables. *Para la realización de los convenios marco, se promoverá la incorporación de criterios sociales, económicos, ambientales, culturales, de calidad y de innovación, según corresponda, los cuales podrán ser mejorados en cualquiera de sus etapas según las disposiciones del pliego de condiciones; asimismo se promoverá la participación de las PYMES considerando el desarrollo regional. En caso que la Administración licitante considere la no utilización de los criterios de desarrollo regional para las PYMES, deberá justificar mediante acto motivado, las razones técnicas y/o económicamente correspondientes.*

De este modo, se crea un portillo para que eventualmente se puedan crear normas o reglas de calidad (incluso condiciones por motivos sociales y culturales) que sólo algunos operadores estén en condiciones de cumplirlas o de limitar la oferta de servicios, produciendo un efecto indebido sobre la competencia.

8. *¿Otorga preferencias o ventajas de cualquier tipo a algún agente?*

Tal y como se refirió en la pregunta 3, el proyecto de reglamento establece que en los procedimientos de contratación pública se fomentará la participación de las Pymes, específicamente en sus numerales 73 a 75, 98 y 235, creando una serie de preferencias o ventajas para ese tipo de empresas, respecto de por ejemplo, el establecimiento de puntajes adicionales en el sistema de calificación de ofertas o incluso entre las propias Pymes según el servicio que presten, sin ninguna consideración a los eventuales perjuicios que esto podría tener sobre la competencia.

9. *¿Determina el uso obligatorio de algún estándar, modelo, plataforma o tecnología en particular, o de algún producto o servicio protegido por derechos de propiedad intelectual o que resulte costoso?*

Tal y como se indicó en el punto 7 de este análisis, al disponer los artículos 55, 91 y 235 la posibilidad de que se establezcan normas o reglas de calidad en el pliego de condiciones o en la realización de los convenios marco, ello también genera la oportunidad de llegar a exigir estándares, plataformas o tecnologías particulares que se encuentren protegidos por derechos de propiedad intelectual o que resultan costosos, para poder asegurar dichas normas o reglas de calidad.

Al respecto, si bien la normativa analizada no realiza valoraciones relacionadas con el uso de determinado estándar, servicio o tecnología y/o producto protegido por derechos de propiedad intelectual, si abre la posibilidad de que mediante el establecimiento de normas o reglas de calidad se exija el uso obligatorio de algún estándar, modelo, plataforma o tecnología en particular, o de algún producto o servicio protegido por derechos de propiedad intelectual o que resulte costoso. Por lo tanto, el establecimiento de esta normativa podría generar un incremento de los costos, que afecte el número de competidores o las opciones para el consumidor.

10. *¿Restringe de alguna forma la capacidad de los productores o vendedores de innovar u ofrecer nuevos productos?*

La propuesta no está relacionada con el establecimiento de algún tipo de restricción a la capacidad de los operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional, para innovar u ofrecer nuevos productos. Con ello, la propuesta no está reduciendo la capacidad de los agentes para distinguirse frente al consumidor y competir por sus preferencias.

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

11. *¿Establece o influye de manera sustancial en la determinación de precios máximos, mínimos, tarifas o en general, cualquier otro mecanismo de control de precios y/o cantidades de bienes o servicios?*

La normativa analizada no aborda de manera alguna el establecimiento de precios máximos, mínimos, tarifas o en general, de cualquier otro mecanismo de control de precios y/o cantidades de bienes o servicios de aquellos agentes económicos que brinden el servicio que se pretende gravar con la reforma legal.

12. *¿Exime del cumplimiento de otra normativa o regulación a una o a ciertas empresas, incrementando de este modo los costos de competidores y nuevos proveedores?*

La normativa no establece algún tipo de eximente en cuanto al cumplimiento de normativa o regulación a algún agente económico determinado que puedan incrementar los costos de competidores y nuevos proveedores.

Así las cosas, con base en el análisis de los siete parámetros anteriores es posible concluir que el proyecto de reglamento propuesto, mediante los artículos 55, 73 a 75, 91, 98 y 235, tiene las características para permitir que mediante normas infra legales se emitan regulaciones que limitan la capacidad o aptitud de uno o más proveedores para competir; al fijarse mediante esas normas la posibilidad de que los entes públicos que formulan los pliegos de contratación o la propia Autoridad de Contratación Pública, establezcan regulaciones que impidan a algunos agentes económicos participar de las contrataciones públicas, al establecer por ejemplo, normas de calidad que resulten según sea el caso, desmedidas o innecesarias (lo cual posibilitaría además de ser el caso, exigir estándares, plataformas o tecnologías particulares que se encuentren protegidos por derechos de propiedad intelectual o que resultan costosos, para poder asegurar dichas normas o reglas de calidad); así como normas que pongan en ventaja a alguno o a un grupo de posibles oferentes sobre otro o se les otorgue ventajas desmedidas a un sector específico (Pymes), con la única justificación de estar fomentándolo.

C. ¿La normativa que se propone limita las opciones e información disponibles para los consumidores?

13. *¿Hace o haría más difícil a los consumidores cambiar de proveedor o compañía?*

La normativa propuesta no limita la capacidad de los consumidores para elegir entre los operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional, así que no reduce los incentivos de los proveedores de mejorar condiciones para retener o ganar clientelas.

14. *¿Modifica o disminuye la información indispensable para que los consumidores puedan tomar una decisión de consumo informada?*

La propuesta no entra en valoraciones relacionadas con la generación o circulación de información a los consumidores, de manera que la propuesta no modifica o disminuye la información esencial para que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones puedan tomar una decisión de consumo informada.

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

En suma, con base en el análisis de los dos puntos que componen el apartado C. es posible concluir que el proyecto de reglamento no limita las opciones e información disponibles para los consumidores, restringiéndose la movilidad y capacidad de decisión de éstos o desincentivando a las empresas a esforzarse por ganar clientela, mediante incrementos en calidad o disminuciones en precio.

D. ¿La normativa propuesta reduce los incentivos de las empresas para competir?

15. ¿Exime del cumplimiento de la Legislación de Competencia o genera incentivos para violarla?

La normativa que se analiza no contempla ni incentivos, ni exenciones en favor de operadores de redes y/o proveedores de los servicios de telecomunicaciones, de la aplicación de la normativa de competencia vigente; de manera que no genera beneficios en favor de alguna empresa o actividad en particular. Al contrario, en sus numerales 24, 56, 85, 107, 141 y 296 se reconoce la importancia del cumplimiento de la legislación de competencia durante todo el proceso de contratación pública.

Sin embargo, en su numeral 141 se dispone que:

Artículo 141. Detección de prácticas colusorias o cualquier otro tipo de práctica anti-competitiva en los procedimientos de contratación. *Conforme a lo previsto en el artículo 14, inciso h) de la Ley General de Contratación Pública, las Provedurías Institucionales de las entidades promoventes, así como cualquier otra dependencia, tendrán la obligación de informar a la Comisión para Promover la Competencia, cuando se tenga indicios de actuaciones ligadas a posibles acuerdos colusorios y a cualquier otro tipo de práctica monopolística o anti-competitiva en procedimientos de contratación pública, con el fin de que las autoridades procedan de conformidad con la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N°7472, del 20 de diciembre de 1994, y a la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencias de Costa Rica, Ley N°9736 de 5 de setiembre de 2019.*

La norma omite señalar que la obligación que se le fija a las Provedurías Institucionales de las entidades promoventes, así como cualquier otra dependencia, de informar cuando tengan indicios de actuaciones ligadas a posibles acuerdos colusorios y a cualquier otro tipo de práctica monopolística en procedimientos de contratación pública, es tanto respecto de la Comisión para Promover la Competencia, como de la Superintendencia de Telecomunicaciones, según sea el caso del que se trate y a quien competa la facultad legal de conocer sobre dicho sector; siendo que como se desarrollo en el apartado 1.b, la SUTEL es la Autoridad sectorial de competencia en lo que respecta a la prestación de servicios de telecomunicaciones y a la operación de redes, incluyendo aquellas que soportan los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, tal y como lo estipula la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736.

16. ¿Crea o fomenta un régimen de autorregulación o co-regulación?

La normativa no establece o fomenta un régimen de autorregulación o co-regulación por parte de los operadores de redes y/o proveedores de los servicios que se pretende gravar. Así que no existe afectación a nivel de competencia.

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

17. *¿Obliga, faculta o favorece que los participantes en el (los) mercado(s) intercambien, compartan o hagan pública información sobre costos, precios, ventas, producción u otros datos de tipo confidencial?*

La propuesta favorece que los participantes en los mercados intercambien, compartan o hagan pública información sobre precios, ventas, producción u otros datos confidenciales, al disponer lo siguiente:

Artículo 28. Expediente electrónico y conservación de la información. *En cada procedimiento de contratación pública que se realice en el sistema digital unificado, el expediente será electrónico y contendrá todos los documentos que se generen en el trámite del procedimiento. El expediente electrónico estará foliado mediante un índice de asientos consecutivos que genera el mismo sistema.*

Cada documento agregado por la Administración al expediente deberá estar numerado y ordenado cronológicamente. No se deberán incorporar documentos duplicados.

Todo interesado tendrá libre acceso al expediente electrónico del procedimiento de contratación, el cual podrá ser consultado en línea.

Posterior a la ejecución total del respectivo contrato y por un plazo de cinco años, deberá conservarse en el sistema digital unificado el expediente electrónico en línea, para que pueda ser consultado por cualquier interesado. Una vez transcurrido este plazo, el expediente pasará a un archivo electrónico donde permanecerá en estado pasivo y bajo custodia del prestador del servicio del sistema digital unificado por un periodo igual. Después de diez años, el expediente se trasladará a la Administración usuaria para que esta disponga de él según lo establecido por la Dirección General del Archivo Nacional, previa coordinación entre la Administración usuaria y el prestador del servicio del sistema digital unificado. La Dirección de Contratación Pública fiscalizará que el resguardo, custodia e integridad de la información sea de conformidad con las políticas de las Tecnologías de la Información (TI).

Artículo 31. Información del Registro Electrónico Oficial de Proveedores y Subcontratistas. *Para inscribirse en el Registro electrónico oficial de proveedores y subcontratistas del sistema digital unificado, los interesados deben registrar de manera obligatoria los siguientes datos:*

a) **Identificación del proveedor.** *Nombre, razón o denominación social y número de cédula física, jurídica, nacionalidad de persona física, residencia o identificación en el caso de proveedores extranjeros, según corresponda.*

En el caso de una persona jurídica se deberá indicar: Información del representante legal o apoderado incluyendo las facultades y limitaciones del mandato que deberá incluir en el Sistema Electrónico de Reconocimiento (SER), indicación de la fecha de inscripción y fecha de expiración, número y tipo de acciones, monto de las acciones o cuotas, ya sea nominal o real, propiedad, distribución del capital (titulares y distribución), país de constitución de la sociedad en caso de ser extranjero. El proveedor registrado será responsable de mantener actualizada dicha información.

b) **Domicilio electrónico permanente (dirección de correo electrónico).** *En tal dirección el oferente recibirá las notificaciones, el cual podrá ser variado en cualquier momento previa comunicación a la Administración, asimismo, se indicará un correo electrónico subsidiario. Además, señalará el número o números telefónicos y la dirección física. Para aplicar la notificación automática, es indispensable agotar el medio subsidiario.*

c) **Bienes obras o servicios ofrecidos.** *El oferente deberá señalar: i) Actividad a la que se dedica; ii) Obras, bienes y/o servicios que ofrece según el código de clasificación; iii) Indicar si es proveedor o subcontratista; si está registrado como pymes debe señalar el número de registro y su categoría, así como el país de origen del bien, obra y/o servicio que ofrece y; iv) La zona geográfica para la cual ofrece sus bienes, obras y/o servicios.*

Además de la información antes detallada, el proveedor podrá incluir en el sistema digital unificado su sitio web, número telefónico del centro de servicio, métodos de producción, normas universales de calidad,

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

distribución de planta, manejo sustentable de bienes, obras y/o servicios, y cualquier otro aspecto o dato que por interés de la Administración se considere importante incorporar a ese registro.

Artículo 81. Planificación. En el primer mes de cada período presupuestario, la Administración dará a conocer el Programa de Adquisiciones proyectado para ese año, lo cual no implicará ningún compromiso de contratar.

La Administración deberá incluir en el Programa de Adquisiciones al menos, la siguiente información:

- a) Tipo de bien, servicio u obra por contratar.
- b) Proyecto o programa dentro del cual se realizará la contratación.
- c) Monto estimado de la compra.
- d) Período estimado del inicio de los procedimientos de contratación.
- e) Fuente de financiamiento.
- f) Cualquier otra información complementaria que contribuya a la identificación del bien o servicio.

El Programa de Adquisiciones podrá ser modificado cuando surja una necesidad administrativa no prevista. Quedan excluidas de la obligación de publicación, las contrataciones efectuadas con prescindencia de los procedimientos ordinarios y las efectuadas con fundamento en los supuestos de urgencia.

Todas las instituciones públicas deberán divulgar el respectivo programa de adquisiciones y sus eventuales modificaciones a través del sistema digital unificado.

Artículo 82. Alertas Tempranas. Se faculta a la Administración para el empleo de alertas tempranas mediante las cuales la Administración comunicará la intención de efectuar un procedimiento de compra, con antelación a la publicación del pliego de condiciones, con el propósito de alertar a los posibles oferentes sobre aspectos relevantes de necesaria consideración para ofertar y permitirles una preparación previa al momento de la promoción del concurso.

Dentro de los avisos, se podrán poner a disposición de los interesados: estudios, diseños u otra información relevante para los potenciales oferentes.

Las alertas tempranas y los documentos asociados se comunicarán en el sistema digital unificado a todos los proveedores registrados para la categoría de bien, obra o servicio que se pretende contratar y, a su vez, el aviso debe quedar disponible para consulta general.

Las alertas tempranas se podrán comunicar en cualquier momento antes de la publicación del pliego de condiciones y no implican una obligación de promover el procedimiento.

Artículo 127. Tipos de ofertas. Las ofertas presentadas en los procedimientos de contratación podrán ser las siguientes:

- a) **Ofertas base:** Todo oferente deberá presentar una oferta base que responda al llamado de la Administración, pudiendo limitar la entidad contratante en el pliego de condiciones la cantidad de ofertas alternativas que aceptará de un mismo oferente.
- b) **Ofertas alternativas:** Para que sea procedente la presentación de una oferta alternativa que responde a una solución distinta a la propuesta de la Administración, tal posibilidad deberá estar contemplada en el pliego de condiciones y la oferta base deberá cumplir todos los extremos de lo requerido por la Administración para que sea procedente su adjudicación. Cualquier alternativa a la oferta base ganadora, podrá ser adjudicada, en el tanto la Administración acredite en el expediente las razones de su decisión, esta no contravenga el interés público ni institucional y existan fondos suficientes para cubrir la erogación.
- c) **Ofertas en conjunto:** En el pliego de condiciones la Administración podrá habilitar la presentación de ofertas en conjunto cuando esto responda a la adecuada satisfacción del interés público. Este supuesto aplica cuando dos o más oferentes se unen para cotizar, respondiendo cada quien, por su parte, y en caso de que la diferenciación de responsabilidades no pueda realizarse, se entiende que ambos responden solidariamente por la totalidad del contrato. Para efectos de procedimiento, será suficiente

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

que una sola de las empresas que cotizan de manera conjunta haya sido invitada, para que las restantes puedan participar.

- d) **Ofertas en consorcio:** *Dos o más oferentes podrán participar presentando una oferta en consorcio, sin que ello implique crear una persona jurídica diferente, con el objetivo de cumplir y fortalecer los requisitos dispuestos por la Administración en el pliego de condiciones. Las obligaciones que asume cada uno de los miembros que conforman el consorcio, deberán quedar plasmados en el respectivo acuerdo consorcial. La responsabilidad derivada de la participación consorcial es solidaria. Para efecto de los procedimientos será suficiente que una sola de las empresas consorciadas haya sido invitada, para que el grupo pueda participar. Además de lo anterior, se podrá exigir en el pliego de condiciones, los requisitos de capacidad y solvencia técnica y financiera para cada uno de los miembros del consorcio, sin perjuicio de que para cumplir ciertos requisitos se admita la sumatoria de elementos. Para esto se deberá indicar con toda precisión cuáles requisitos deben ser cumplidos por todos y cada uno de los integrantes y cuáles por el consorcio.*

Artículo 164. Registro precalificado de la subasta inversa electrónica. *Para utilizar el procedimiento extraordinario de subasta inversa electrónica, la Administración deberá conformar un registro precalificado de proveedores de servicios, bienes y tecnologías cuya fabricación responda a reglas estandarizadas y sean de uso común.*

El registro estará conformado por aquellos potenciales oferentes que reúnan los requisitos técnicos, legales, financieros y de experiencia que fije la Administración. La incorporación al registro se mantendrá abierta a fin de que en cualquier momento puedan ingresar potenciales oferentes siempre que cumplan con los requisitos de preselección.

Artículo 172. Contratación abierta de servicios para instituciones y empresas en competencia. *La contratación regulada en el artículo 69 de la Ley General de Contratación Pública, regirá únicamente para la contratación de servicios tales como, abogacía, notariado, ingeniería, u otros que resulten necesarios para atender necesidades esenciales para cumplir con la prestación última del servicio en competencia.*

Cada entidad en competencia deberá contar con un registro abierto de proveedores estableciéndose los requisitos que deben cumplir los interesados en formar parte de él y que aseguren la adecuada prestación del servicio y sin que se imponga ningún tipo de barrera de ingreso injustificada. Las bases para ingresar al registro deberán definir en forma clara la asignación de servicios, ya sea por rol, zona u otro parámetro, así como el pago, ya sea por comisión o según los aranceles establecidos por el Colegio respectivo.

Los requisitos generales deberán constar en el sistema digital unificado.

Los oferentes deberán, en todo caso, estar inscritos en el Registro de Proveedores del sistema digital unificado, conforme lo establece el artículo 34 de este Reglamento.

Por lo cual, con la normativa transcrita se podrían propiciar conductas colusivas entre competidores, al disminuir los costos de contar con información relevante de sus oponentes, como serían, los mercados en los que participan, costos y precios, métodos de producción, normas de calidad, entre otros. Lo anterior podría favorecer el desarrollo de prácticas anticompetitivas, tales como, fijación de precios, restricción de oferta o segmentación de mercados, que afectan indebidamente la competencia y en última instancia las finanzas públicas del Estado.

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

Dicho lo anterior, con base en el análisis de los tres puntos que se desarrollaron de previo es posible concluir que el proyecto de ley, según lo establecido en los artículos 28, 31, 81 a 82, 127, 164 y 172, podría reducir los incentivos de las empresas para competir, ya que se facilita el intercambio de información.

3. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL PROYECTO DE REGLAMENTO A LA LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA QUE TIENEN UN IMPACTO SOBRE LA COMPETENCIA.

El análisis realizado en las secciones anteriores arroja como resultado que existen normas en particular que podrían tener un impacto perjudicial sobre la competencia del mercado de telecomunicaciones, sin que esto quiera decir que no pueda afectar la competencia en otros mercados.

En síntesis, dichas normas tenderían a:

- 1) Limitar el número de empresas a participar en procesos de compra pública, siendo que la normativa propuesta establecería: a) una excepción de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa de la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público (Artículos 3 y 5) y así como de las alianzas estratégicas de ciertas entidades que operan dentro de mercados en competencia y que unen a una o a varias empresas públicas o privadas con las que comparte mercados afines (artículo 12), b) normas preferenciales a efectos de promover o beneficiar a las Pymes (artículos 73 a 75, 98 y 235), c) una ventaja a los posibles oferentes previamente registrados en el sistema digital unificado, sobre potenciales nuevos oferentes no inscritos en ese sistema (denominada alerta temprana, estipulada en artículo 82), d) una priorización en la ejecución de la contratación, aun y cuando, la Administración presente dudas acerca de la razonabilidad del precio cotizado en la oferta (numeral 103) y e) creación de condiciones o límites de áreas geográficas para brindar bienes o servicios (artículos 73 a 75 y 235).
- 2) Limitar la capacidad o aptitud de uno o más proveedores para competir, ya que la reglamentación que se propone implementar: a) avalaría la incorporación de normas de calidad en los pliegos de condiciones y en los convenios marco; lo que a su vez posibilitaría exigir estándares, plataformas o tecnologías particulares que se encuentren protegidos por derechos de propiedad intelectual o que resultan costosos (artículos 55, 91 y 235) y b) una serie de preferencias o ventajas para las Pymes (artículos 73 a 75, 98 y 235).
- 3) Reducir los incentivos de las empresas para competir, siendo que la normativa bajo consulta pública favorece tener acceso a información de los competidores que resultaría confidencial en otras circunstancias (Artículos 28, 31, 81 a 82, 127, 164 y 172).

La Guía indica que se deben seguir tres fases una vez detectado el o los elementos de la regulación que tienen el potencial de tener un impacto perjudicial sobre la competencia, la primera de ellas es analizar si éstos:

- i) persiguen un fin de política pública válido,
- ii) son idóneos para alcanzar dicho fin, y

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

- iii) son estrictamente necesarios, o bien, si existen medios menos restrictivos que permitan satisfacer el fin.

La segunda fase se da en caso de que efectivamente la política pública que persigue esa regulación sea válida, siendo entonces que se deben desarrollar alternativas sin afectar la competencia, para lo cual se requiere tener plenamente identificado el problema que pretenden resolver u el objetivo de política pública perseguido (contexto, antecedentes, características del mercado afectado, consecuencias de no generar la intervención, etc.).

Por último, la tercera fase se trata de comparar alternativas y elegir. La Guía establece que este análisis es de corte cualitativo y deberá ponderar los diversos pros y contras de cada medida, así como considerar limitaciones legales, obstáculos prácticos y aspectos de implementación. Es importante tomar en cuenta que se trata de un análisis por fases, por lo que dependiendo de la situación que se analice en cada elemento, no resulta necesario continuar con las siguientes etapas.

En esta línea de análisis, se debe tener claro que el objetivo central de la contratación pública es adquirir bienes y servicios al menor precio y mayor calidad posibles para satisfacer los requerimientos del gobierno. La OCDE en su *“Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública”*⁷ (en adelante la Recomendación) establece que la contratación pública representa un enorme volumen de gasto para los gobiernos y que por ello un sistema de contratación pública bien gestionada *“puede y debe desempeñar un papel de primer orden en el fomento de la eficiencia del sector público y como elemento que inspira confianza en los ciudadanos”*.

Ahora bien, para poder realizar un análisis adecuado de los aspectos mencionados, resulta imprescindible aclarar el concepto de “fin de política pública válido”. Una política pública se entiende como *“[...] la decisión (es este caso del Gobierno) que desarrolla determinada acción orientada a resolver problemas públicos relevantes”*⁸. El Ministerio de Planificación Nación y Política Económica (MIDEPLAN) reconoce como temas relevantes para la política pública los siguientes:

*“[...] igualdad y equidad de género, déficit habitacional, estado de la vivienda, seguridad ciudadana, cambio climático, calidad de la educación y deserción, infraestructura social y vial, tecnología e innovación o bien referido a las situaciones que requieren ser atendidas integralmente, ser orientadas o rediseñadas, vinculadas directamente con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, mujeres en condición de pobreza, migrantes y refugiados, pueblos indígenas, violencia, riesgo y vulnerabilidad, que afectan a las personas por causas estructurales y de contexto, relacionadas con la desigualdad y la distribución inequitativa de la riqueza, el desempleo, entre otras.”*⁹

En este mismo sentido, la OCDE reconoce en la Recomendación que un sistema de contratación pública que esté bien diseñado, puede contribuir igualmente a alcanzar logros de política pública, tales como la protección ambiental, la innovación, la creación de empleo y el desarrollo de las Pymes (Pág. 3).

⁷ Recuperado el 24 de marzo del 2020 en la dirección: <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>. Pág. 3.

⁸ Ministerio de Planificación Nación y Política Económica (2016). “Guía para la elaboración de políticas públicas”. San José, Costa Rica: MIDEPLAN. Pág. 6. Recuperado el 24 de marzo del 2020 en la dirección: <https://www.mideplan.go.cr/politicas-publicas>

⁹ Ídem. Pág. 17 y 18.

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

De tal manera, que se considera que **un fin de política pública es válido cuando responda a un problema público relevante**, tal y como los mencionados anteriormente.

Aunado a lo anterior, con el objetivo de tener claridad y evitar la repetición innecesaria en cada uno de los elementos que se analizan, el mercado que para nuestros efectos se considera podría resultar afectado es el mercado de telecomunicaciones a nivel nacional, esto por cuanto se trata de un análisis general que se da con base en el proyecto de Reglamento a la Ley de Contratación Pública, normativa de aplicación en todo el territorio nacional, por lo que podrían verse afectados operadores y/o proveedores de los servicios de telecomunicaciones que tengan presencia en todos los cantones del país, así como operadores regionales.

Tomando en cuenta las precisiones realizadas anteriormente y que aplican para los tres aspectos que se van a analizar, se procede a continuar con la valoración de estos.

3.1. Reglamentación relacionada con la posible limitación en el número de empresas a participar en procesos de compra pública.

Respecto de la excepción de utilización de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa en la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, así como de las alianzas estratégicas de ciertas entidades que operan dentro de mercados en competencia y que unen a una o a varias empresas públicas o privadas con las que comparte mercados afines (dispuesta en los numerales 3, 5 y 12), el determinar cuál es el fin de esa norma resulta ser una tarea complicada, ya que se trata de un precepto reglamentario que a su vez se basa en un precepto legal, que por sí mismo no explica cuál es su objetivo y que además, su origen data desde la Ley de Administración Financiera de la República, Ley 1279, del 27 de mayo de 1951, lo cual impide deducir su finalidad a través de un análisis de contexto histórico, al ser la realidad en la que se promulgó la Ley de Administración Financiera de la República muy diferente a la actual.

Sobre el uso de excepciones, la OCDE en su Recomendación indica que se debe:

“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.” (El resaltado es intencional) (Pág. 8).

Partiendo de lo analizado por la OCDE, no se encuentra por parte de la DGCO, cuál es la circunstancia excepcional que justifique la tipificación de este tipo de actividad contractual como excepcional, más allá de que el texto de reglamento propuesto desarrolla lo referido en el artículo 3 inciso b) de la Ley 9986.

Asimismo, **la OCDE ha sido enfática al afirmar en múltiples instrumentos que es necesario que tanto las empresas públicas** (SOE, por sus siglas en inglés de *state-owned enterprise*), como el mismo

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

Estado, se ajusten a las reglas de la contratación pública, para que estas apliquen a entes públicos y privados por igual, con el fin de cumplir con el principio de neutralidad competitiva, sea, cuando en un mercado nadie es sujeto de ventajas o desventajas¹⁰.

Aunado a lo anterior, se debe recordar tal y como se dijo anteriormente, que la contratación pública representa una buena parte del gasto del Estado, por lo que el contratar con este resulta muy atractivo tanto para los entes públicos como para los privados. De manera que se sugiere valorar dicha excepción del texto propuesto de Reglamento a la Ley de Contratación Pública, al considerarse que la misma no tiene un claro beneficio o un fin público.

Respecto del establecimiento de normas preferenciales a efectos de promover o beneficiar a las Pymes (artículos 73 a 75, 98 y 235), así como de la creación de condiciones o límites de áreas geográficas para brindar bienes o servicios (que en este caso, nuevamente tienen la finalidad de beneficiar a ese tipo de empresas (artículos 73 a 75 y 235), cabe destacar que el fomento de las Pymes puede constituir un fin de política pública válido, tal y como lo ha reconocido la OCDE en la citada Recomendación (Pág. 3).

La Guía establece respecto a las preferencias o ventajas que se le pueden dar a cualquier agente que:

“La regulación que trata de manera diferenciada a agentes ubicados en condiciones similares genera ventajas en favor de unos y eleva el costo en perjuicio de los otros. Esto distorsiona la capacidad de competir de los agentes, al mismo tiempo que puede reducir la innovación y la intensidad competitiva en un mercado”.
(Pág. 17)

De esta forma, lo que no resultaría válido es un fomento desproporcionado o que conceda ventajas excesivas a las Pymes.

Ahora bien, existen diferentes mecanismos que se utilizan para fomentar la participación de las Pymes en compras públicas. Al respecto, el Instituto Mexicano para la Competitividad (IMC) emitió la *“Guía práctica de compras públicas”*¹¹, en la cual indica que existen diferentes métodos para apoyar a las Pymes: 1) Definir cuotas específicas de compras Pymes, 2) En las licitaciones que utilicen la evaluación de puntos y porcentajes, se otorgarán puntos a Pymes que produzcan bienes con innovación tecnológica, 3) No aplicar la modalidad de mejora de precios y descuentos, 4) Cuando exista empate en igualdad de condiciones, darle preferencia a las Pymes, 5) Llevar a cabo concursos exclusivos para Pymes, 6) Establecer la obligación de que como mínimo el 50% de las compras menores que hagan los entes públicos deben adjudicarse a las Pymes. Refiriéndose a estos puntos, el IMC estableció:

“Entre estos mecanismos, el menos nocivo a la competencia es el de desempate porque la preferencia entra en efecto una vez que ya se seleccionaron las mejores ofertas (esta medida también se contempla en la legislación de Sonora). En segundo lugar está la práctica de otorgar mayor peso a la innovación al utilizar el método de evaluación de puntos y porcentajes, esto se debe a que el uso de tecnologías innovadoras tiene un efecto directo en la calidad del bien o servicio a contratar. En contraste, las medidas relacionadas

¹⁰ OCDE (2012). Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business.” Pág. 17, 99 y 100

¹¹ Instituto Mexicano para la Competitividad (2012). “Guía práctica de compras públicas”. Recuperado el 23 de marzo del 2020 en: <https://www.cofece.mx/guia-practica-de-compras-publicas-recomendaciones-para-comprar-bien-a-nivel-estatal-por-imco/>

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

con el cumplimiento de cuotas y los concursos exclusivos no tienen ningún impacto sobre la calidad o precio del bien o servicio a adquirir, y sí limitan la competencia.” (Pág. 102)

El artículo 73 del texto propuesto de Reglamento a la Ley 9986, como estrategias para promover la participación de las Pymes en los procesos de contratación pública, establece que *“la Autoridad de Contratación Pública podrá propiciar el desarrollo regional, la innovación, la inclusión, la sostenibilidad y promoción de PYMES, mediante directrices que aseguren mejores condiciones de competencia en el mercado”*. Para ello, ese mismo artículo dispone que esa Autoridad deberá contar con un análisis, emitido por Ministerio de Economía, Industria y Comercio, sobre las condiciones del mercado que justifique la aplicación de las medidas y los objetos en que las PYMES mantienen mayor posibilidad de competir.

Se plantea en el numeral 73 propuesto, asimismo, un puntaje en el sistema de calificación de ofertas de hasta un diez por ciento (10%) para las PYMES de la región que se pretende desarrollar; para lo cual deberá identificarse las regiones que deben priorizarse y en función de qué objetos contractuales según cada una de ellas, de forma que permitan la generación de empleo. Ese mismo beneficio de puntaje adicional en función de la ubicación de la Pyme, se encuentra desarrollado en los numerales 74 a 75 y 235 del texto propuesto.

Así, si bien los numerales 73 a 75 y 235 podrían en un principio considerarse como un fin de política pública válido, al propiciar la participación de Pymes, asegurándose para ello las mejores condiciones de competencia en el mercado; lo cierto es que formalmente establecen un beneficio del puntaje adicional basado en un criterio de desarrollo regional que no se encuentra contemplado como un mecanismo válido en términos de competencia para apoyar a este tipo de empresas, según mejores prácticas internacionales. Nótese que, pese a que el numeral 73 habilita que se propicie la innovación por parte de las Pymes, lo cierto es que en el texto propuesto no se da un desarrollo adecuado de esta temática en relación con la evaluación de puntos y porcentajes, otorgando por ejemplo, puntos a Pymes que produzcan bienes con innovación tecnológica.

Por otra parte, en el artículo 98 del texto propuesto se desarrolla lo relacionado con las contrataciones susceptibles de empate, estableciéndose que *“de mantenerse la igualdad, la Administración considerará como factor de evaluación de desempate para la contratación, una puntuación adicional a las PYMES que han demostrado su condición a la Administración según lo dispuesto en este Reglamento, la Ley de Fortalecimiento de las Pequeñas y Medianas Empresas y sus reformas, Ley N°8262 de 02 de mayo de 2002 y sus reglamentos, así como el artículo 34 de la Ley de Desarrollo, Promoción y Fomento de la Actividad Agropecuaria Orgánica, Ley 8591 del 28 de junio de 2007 y sus reglamentos, y el DE-37911-MAG Sistema de Registro del Ministerio de Agricultura y Ganadería para certificar condición de pequeño y mediano productor agropecuario (PYMPA), del 19 de agosto de 2013”*.

Incluso, ese mismo artículo 98 dispone que, en casos de empate entre Pymes, se establezca una puntuación adicional para desempatar consistente en:

- a) PYME de industria 5 puntos.
- b) PYME de servicio o agropecuaria 5 puntos.
- c) PYME de comercio 2 puntos.

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

Y en caso de que el empate persista se definirá por lo dispuesto según el párrafo cuarto de este artículo o el pliego de condiciones respectivo; sin embargo, respecto de este punto, no queda claro si la referencia al párrafo cuarto de ese mismo artículo es correcta o no, pues este versa sobre la misma puntuación adicional para desempatar entre Pymes.

Según la referida “*Guía práctica de compras públicas*” del IMC, un mecanismo válido para fomentar la participación de las Pymes en compras públicas es que, en igualdad de condiciones, se le de preferencia a las Pymes, lo cual recoge el texto de reglamento propuesto. Sin embargo, no queda claro el criterio empleado en la propuesta para hacer diferencias entre ellas en caso de mantenerse ese empate.

Así las cosas, esta autoridad sectorial de competencia considera que se debe eliminar de los artículos 73 a 75 y 235 propuestos el beneficio del puntaje adicional para las Pymes basado en un criterio de desarrollo regional; y precisar respecto del numeral 98 el criterio empleado en la propuesta para hacer diferenciación por el sector en que prestan los bienes y servicios las Pymes. Asimismo, se recomienda adicionar un artículo al texto propuesto del Reglamento a la Ley 9986, que establezca que las estrategias a seguir para el fomento de la participación de las Pymes, no implicarán el otorgamiento de ventajas desmedidas a este segmento en el tema de contratación pública, dándole énfasis a la selección de aquellas que lesionen lo menos posible la competencia.

Por otra parte, el numeral 82 del texto propuesto dispone como una facultad de la Administración el emplear alertas tempranas, a través de las cuales la Administración comunicará a los posibles oferentes que se encuentren dentro del sistema digital unificado de la categoría de bien, obra o servicio que se pretende contratar, su intención de efectuar un procedimiento de compra, con antelación a la publicación del pliego de condiciones, con el propósito de alertarlos sobre aspectos relevantes de necesaria consideración para ofertar y permitirles una preparación previa al momento de la promoción del concurso; pudiendo poner a su disposición los estudios, diseños u otra información relevante para esos potenciales oferentes. El determinar cuál es el fin de esa norma resulta complicado de discernir, ya que se trata de un precepto reglamentario que a su vez se basa en un precepto legal, que por sí mismo no explica cuál es su objetivo (artículo 31 de la Ley 9986). Sin embargo, más allá que este tipo de alertas podrían propiciar la comisión de prácticas colusorias, al facilitar el intercambio de información entre posibles competidores, a criterio de la DGCO constituye una ventaja para un grupo determinado de oferentes previamente registrados en el sistema digital unificado, sobre potenciales nuevos oferentes no inscritos en ese sistema y genera una asimetría en el acceso a información relevante respecto de esa posible contratación para los nuevos oferentes.

Finalmente, el artículo 103 establece un tipo de priorización en la ejecución de la contratación, aún y cuando, la Administración presente dudas acerca de la razonabilidad del precio cotizado en la oferta al señalarse:

Artículo 103. Línea de crédito en caso de duda sobre la razonabilidad del precio. *En el supuesto de que la Administración presente dudas acerca de la razonabilidad del precio cotizado en la oferta, en el caso específico que dude sobre su ruinosidad y ese sea el único factor determinante para seleccionar al contratista, podrá adjudicar la contratación siempre y cuando el oferente presente, de previo a la adjudicación, una línea de crédito o garantía que asegure que cuenta con medios para cumplir con el bien,*

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

la obra o el servicio, sin que la Administración cancele un mayor precio que el cotizado, conforme a lo previsto en el artículo 41 de la Ley General de Contratación Pública.

Ese texto, se basa en la disposición legal contenida en el numeral 41 de la Ley 9986, que al igual que lo indicado respecto del artículo anterior, por sí mismo no explica cuál es su objetivo, lo que imposibilita determinar cuál es el fin de esa propuesta. Pese a ello, el numeral 103 faculta que la Administración adjudique una contratación, basándose como único factor determinante para la selección de ese contratista, en el precio que ofertó (aún y cuando este pudiere ser ruinoso, al existir dudas sobre su razonabilidad), para lo cual el oferente únicamente deberá presentar una línea de crédito o garantía que asegure que podrá cumplir con el bien o servicio contratado; todo lo cual a criterio de la DGCO dejaría por fuera a otros competidores, que oferten a precios razonables, limitando su capacidad competitiva. Este elemento también podría llevar a la selección de ofertas que resultaran de un proceso de colusión, lo cual va en perjuicio no sólo de la competencia del mercado, sino del propio interés público de la administración contratante.

De manera que respecto de los numerales 82 y 103, se sugiere considerar que no tienen un claro beneficio o un fin público, más allá de que esos textos del reglamento propuesto desarrollan lo referido en los artículos 31 y 41 de la Ley 9986.

3.2. Reglamentación relacionada con la posible limitación de la capacidad o aptitud de uno o más proveedores para competir.

Sobre los artículos 55, 91 y 235 de la propuesta de Reglamento a la Ley 9986 (que se basan en el numeral 21 de la Ley 9986), contemplan la incorporación de normas de calidad en los pliegos de condiciones y en los convenios marco, lo que a su vez posibilitaría exigir estándares, plataformas o tecnologías particulares que se encuentren protegidos por derechos de propiedad intelectual o que resultan costosos; al respecto, es importante aclarar las disposiciones propuestas no se redactaron como una regulación por sí misma, sino de manera amplia, en términos de posibilidad de su incorporación por parte de los entes contratantes. Por lo anterior, el análisis que se realiza se da en términos de lo que permitiría restringir eventualmente esa normativa.

En este sentido, el establecer normas de calidad en los pliegos de condiciones y en los convenios marco no genera per se un obstáculo para la competencia, siendo que tal y como lo establece la Guía:

"[...] las normas de calidad son utilizadas para garantizar la oferta de un bien o servicio en ciertas condiciones cuando el consumo de éste puede representar riesgos a la salud o la seguridad. Sin embargo, la imposición de normas de calidad demasiado estrictas puede afectar la competencia en los mercados, provocando que solo algunos operadores estén en condiciones de cumplirlas". (Pág. 17)

De tal manera, que el incluir ciertas normas de calidad en los pliegos de condiciones y en los convenios marco podría constituirse como parte de un fin de política pública válido, que busca garantizar las condiciones de un bien o servicio en particular. Así las cosas, resulta la medida igualmente idónea y necesaria para cumplir con dicho objetivo.

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

Sin embargo, lo que provoca un riesgo para la competencia en el mercado es que las eventuales normas de calidad que se establezcan en los pliegos de condiciones y en los convenios marco, sean demasiado estrictas, provocando que solamente algunos posibles oferentes las puedan cumplir; obstaculizando de esta forma la competencia, en virtud de que otros competidores no podrían satisfacer los requisitos establecidos, al exceder de manera injustificada los parámetros necesarios para garantizar las condiciones de un bien o servicio en particular.

Asimismo, se considera en el análisis de estas disposiciones que el establecer normas o reglas de calidad puede generar eventualmente que se exijan, tal y como lo establece la Guía, “*el uso de estándares, servicios o tecnología y/o productos protegidos por derechos de propiedad intelectual con el objetivo de asegurar ciertos estándares de calidad u homologar las características de los productos o servicios*”. Siendo entonces que se podría producir un aumento en los costos de los competidores, lo que provocaría que se dificulte la entrada de nuevos agentes e inclusive se fomente la salida de los competidores que no se encuentren en capacidad financiera de asumir esos costos, disminuyendo de esta forma la cantidad de posibles oferentes y opciones para la Administración.

Así, se considera apropiado valorar delimitar el establecimiento de esas normas o reglas de calidad respecto de los pliegos de condiciones o convenios marco, ya que el no hacerlo da la posibilidad de que quienes aplican esa norma no respeten el Principio de igualdad y libre concurrencia que ordena el artículo 8 inciso f) de la Ley de Contratación Pública, que dispone:

“f) Principio de igualdad y libre concurrencia. En los procedimientos de contratación pública 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.”

Por otra parte, se recomienda adicionar un artículo al texto propuesto del Reglamento a la Ley 9986, que establezca que los criterios de calidad que se incorporen en los pliegos de condiciones, además de respetar los principios de contratación pública, deben ser los mínimos necesarios para garantizar las condiciones de un bien o servicio en particular y que no podrán ser empleados como un mecanismo para restringir la competencia y la libre concurrencia.

En lo que respecta a las preferencias o ventajas para la contratación de las Pymes, específicamente la reglamentación dispuesta en los numerales 73 a 75, 98 y 235 de la propuesta, estas fueron desarrolladas en el apartado 3.1. por lo que remitimos al mismo para su lectura.

3.3. Regulación relacionada con la posible reducción de los incentivos de las empresas para competir.

Los artículos 28, 31, 81 a 82, 127, 164 y 172 del proyecto de Reglamento a la Ley de Contratación Pública establecen expresamente facilidades para que los participantes en los mercados intercambien, compartan o hagan pública información sobre precios y costes, ventas, métodos de producción, normas de calidad, mercados en los que participan u otros datos confidenciales.

Al respecto, la Guía indica lo siguiente:

TEL: +506 4000-0000
FAX: +506 2215-6821

Apartado 151-1200
San José - Costa Rica

800-88-SUTEL
800-88-78835

gestiondocumental@sutel.go.cr

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

“El intercambio o publicidad de cierto tipo de información entre agentes económicos competidores entre sí, sobre todo cuando abarca variables sensibles como precios, costos de producción, mercados atendidos o estrategias comerciales, puede propiciar conductas colusivas (por ejemplo, fijación de precios, restricción de oferta o segmentación de mercados). Es por ello que la regulación debe evitar esquemas que impliquen intercambios de esta naturaleza”. (Pág. 25)

Por su parte la OCDE en su Recomendación establece que:

“[...] los Adherentes deberán:

- i) Fomentar un trato justo y equitativo a los potenciales proveedores aplicando el adecuado grado de transparencia en cada fase del ciclo de la contratación pública, al tiempo que dan la necesaria consideración a las legítimas necesidades de protección de los secretos comerciales, de la información exclusiva del propietario y demás cuestiones relativas a la privacidad, **así como a la necesidad de evitar información que puedan utilizar partes interesadas para distorsionar la competencia en el proceso de contratación.** Además, deberá exigirse a los proveedores que actúen con la debida transparencia en los procesos de subcontratación en que participen.” (El resaltado es intencional) (Pág. 7)*

Así las cosas, el determinar cuál es el fin de esa normativa no resulta sencillo, siendo que no se encuentra que siquiera tenga sustento en una disposición legal o supra legal.

Por ello, la DGCO no encuentra cuál es la circunstancia que justifica este tipo de disposiciones reglamentarias, que lejos de responder a un fin de política pública válido, idóneo y necesario, podrían propiciar conductas colusivas entre competidores, al disminuir los costos de contar con esa información relevante de su oponente, todo lo cual afecta indebidamente la competencia y en última instancia las finanzas públicas del Estado.

De tal manera que se sugiere eliminar toda la normativa reglamentaria que facilite que los participantes en los mercados intercambien, compartan o hagan pública información sobre precios y costes, ventas, métodos de producción, normas de calidad, mercados en los que participan u otros datos confidenciales.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A partir de lo desarrollado de previo este Órgano Técnico concluye lo siguiente:

- A.** Que según el artículo 21 de la Ley 9736, la SUTEL tiene la potestad de emitir de oficio, opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia sobre la promulgación, modificación o derogación de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos y resoluciones administrativas, vigentes o en proceso de adopción.
- B.** Que la propuesta de Reglamento a la Ley 9986 desarrolla lo regulado en el artículo 1 de la Ley General de Contratación Pública, es decir, toda la actividad contractual que emplee total o parcialmente fondos públicos, salvo aquellas exclusiones de aplicación de la Ley General de Contratación Pública y las excepciones de la aplicación de los procedimientos ordinarios, según lo dispuesto en los numerales 1 a 3 de la propia Ley 9986.

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

- C.** Que dentro de su articulado se encuentra normativa que se entra a analizar en detalle, por su potencial de afectar la competencia, en particular aquella que podría:
- a. Limitar el número de empresas a participar en procesos de compra pública.
 - b. Limitar la capacidad o aptitud de uno o más proveedores para competir
 - c. Reducir los incentivos de las empresas para competir.
- D.** Que la SUTEL basándose en la *“Guía para la evaluación de la regulación desde la óptica de competencia”* de la COFECE, realizó el análisis del proyecto de *“REGLAMENTO A LA LEY N° 9986, LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”*.
- E.** Que de acuerdo con los principios evaluados se encuentra que:
- a. La propuesta tiene diez artículos que tienen la capacidad de limitar el número de participantes del mercado (3, 5, 12, 73 a 75, 82, 98, 103 y 235).
 - b. La propuesta tiene siete artículos que pueden limitar la capacidad o aptitud de uno o más proveedores para competir en igualdad de condiciones con los otros agentes del mercado (55, 73 a 75, 91, 98 y 235).
 - c. La propuesta no limita las opciones e información disponibles para los consumidores.
 - d. La propuesta tiene siete artículos que puede reducir los incentivos de las empresas para competir (28, 31, 81 a 82, 127, 164 y 172).
- F.** Que a partir de los resultados de los anteriores parámetros se considera que el proyecto de *“REGLAMENTO A LA LEY N° 9986, LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”* contiene artículos que tienen el potencial de generar barreras a la competencia entre los agentes del mercado.
- G.** Que en vista lo analizado, se propone lo siguiente:
- a. Eliminar de los artículos 73 a 75 y 235 propuestos, el beneficio del puntaje adicional para las Pymes basado en un criterio de desarrollo regional.
 - b. Precisar respecto del numeral 98 propuesto, el criterio empleado para hacer diferenciación por el sector en que prestan los bienes y servicios las Pymes.
 - c. Adicionar un artículo al texto propuesto del Reglamento a la Ley 9986, que establezca que las estrategias a seguir para el fomento de la participación de las Pymes, no implicarán el otorgamiento de ventajas desmedidas a este segmento en materia de contratación pública, dándole énfasis a la selección de aquellas que lesionen lo menos posible la competencia.
 - d. Delimitar en la redacción de los artículos 55, 91 y 235 de la propuesta de reglamento, el establecimiento de las normas o reglas de calidad, en acatamiento de lo que dispone el Principio de igualdad y libre concurrencia contemplado en el artículo 8 inciso f) de la Ley de Contratación Pública.
 - e. Adicionar un artículo al texto propuesto del Reglamento a la Ley 9986, que establezca que los criterios de calidad que se incorporen en los pliegos de condiciones, además de respetar los principios de contratación pública, deben ser los mínimos necesarios para

San José, 22 de abril del 2022
03625-SUTEL-OTC-2022

garantizar las condiciones de un bien o servicio en particular y que no podrán ser empleados como un mecanismo para restringir la competencia y la libre competencia.

- f. Eliminar de los artículos 28, 31, 81, 82, 127, 164 y 172 propuestos, toda aquella referencia que facilite que los participantes en los mercados intercambien, compartan o hagan pública información sobre precios y costes, ventas, métodos de producción, normas de calidad, mercados en los que participan u otros datos confidenciales.

H. Que el proyecto de “*REGLAMENTO A LA LEY N° 9986, LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA*” contiene algunos artículos que garantizan el acatamiento de la normativa de competencia (numerales 24, 56, 85, 107, 141 y 296).

I. Que con base en lo señalado en el apartado 1.b. de este informe, el numeral 141 del reglamento propuesto omite señalar que la obligación que se le fija a las Proveedurías Institucionales de las entidades promoventes, así como cualquier otra dependencia, de informar cuando tengan indicios de actuaciones ligadas a posibles acuerdos colusorios y a cualquier otro tipo de práctica monopolística en procedimientos de contratación pública, es tanto respecto de la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), como de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), según sea el caso.

En virtud de las conclusiones indicadas de previo, se recomienda al Consejo de la SUTEL valorar lo siguiente:

- i. Dar por recibido y aprobar el presente informe.
- ii. Remitir como parte de las labores de abogacía de la competencia de la SUTEL el presente informe de Opinión a la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, encargada de analizar, estudiar, proponer y modificar el proyecto de “*Reglamento a la Ley N° 9986, Ley General de Contratación Pública*”.

De esta forma se deja rendido por parte de la Dirección General de Competencia formal criterio sobre el proyecto de “*Reglamento a la Ley N° 9986, Ley General de Contratación Pública*”, en relación exclusivamente con los potenciales efectos del citado proyecto de ley en materia de competencia y libre competencia en el mercado de telecomunicaciones, en particular en relación con la generación de distorsiones o barreras de entrada a la competencia entre los agentes del mercado.

Atentamente,

SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

SILVIA LEON
CAMPOS (FIRMA)
Firmado digitalmente por
SILVIA LEON CAMPOS
(FIRMA)
Fecha: 2022.04.26 15:31:46
-06'00'

Silvia Elena León Campos
Jefa de Instrucción y Promoción y Abogacía

DERYHAN MUÑOZ
BARQUERO
(FIRMA)
Firmado digitalmente por
DERYHAN MUÑOZ BARQUERO
(FIRMA)
Fecha: 2022.04.26 15:56:44
-06'00'

Deryhan Muñoz Barquero
Directora General de Competencia

Expediente: GCO-OTC-CGL-00051-2022

TEL: +506 4000-0000
FAX: +506 2215-6821

Apartado 151-1200
San José - Costa Rica

800-88-SUTEL
800-88-78835

gestiondocumental@sutel.go.cr