

San José, 03 de octubre del 2022
08690-SUTEL-OTC-2022

Señor
Juan Alfaro López
Presidente de Junta Directiva.
Instituto Nacional de Aprendizaje (INA).
Correo electrónico: jalfarolopez@ina.ac.cr

Asunto: Opinión sobre el pliego de condiciones de la compra pública 2022CD-000173-0002100001 para la contratación de “SERVICIO COMUNICACION PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CE, UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS” del Instituto Nacional de Aprendizaje.

Estimados señores:

La Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 incisos k) y l) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y en los artículos 2 y 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, presenta para su valoración el análisis sobre el pliego de condiciones de la compra pública 2022CD-000173-000210000 para la contratación del “SERVICIO COMUNICACION PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CE, UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS” del Instituto Nacional de Aprendizaje (INA), en términos de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la Ley 9736.

1. ANTECEDENTES

1. Que el 28 de setiembre del 2022 el INA publicó en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) por medio del procedimiento 2022CD-000173-000210000 para la contratación directa (bajo la excepción de actividad contractual desarrollada entre sujetos de derecho público según los artículos 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y 138 de su Reglamento) del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) para que brinde el “SERVICIO COMUNICACION PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CE, UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS”, cuya fecha de apertura de ofertas será el día 05 de octubre del 2022 y cuyo presupuesto total estimado es de \$4.770.847,95.

2. 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 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.

San José, 03 de octubre del 2022
08690-SUTEL-OTC-2022

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”.*

Si bien es cierto, la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, no facultan a la SUTEL para ejercer funciones particulares en cuanto a regular o emitir política pública o regulatoria en materia de servicios de telecomunicaciones; esta Superintendencia como autoridad sectorial de competencia debe velar porque la regulación y otros actos administrativos impulsados e implementados no genere restricciones anticompetitivas, que afecten el desempeño eficiente del mercado de telecomunicaciones.

De conformidad con lo anterior, la prestación de servicios de telecomunicaciones y la operación de redes, incluyendo aquellas que soportan los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, están sujetos al régimen sectorial de competencia en telecomunicaciones y su aplicación corresponde exclusivamente a la SUTEL.

El artículo 2 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736 señala:

“Artículo 2.- Autoridades de competencia

[...]

La Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel) es la autoridad sectorial encargada de la defensa y promoción de la competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, según se establece en el artículo 29 y en el capítulo II del título III de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, de 4 de junio de 2008 y sus reglamentos.”

En igual sentido el artículo 52 de la Ley 8642 dispone que la “operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones estarán sujetas a un régimen sectorial de competencia, que se regirá por lo previsto en esta ley y supletoriamente por los criterios establecidos en el capítulo III de la Ley N.º 7472, Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, de 20 de diciembre de 1994 y por lo previsto en la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica”.

San José, 03 de octubre del 2022
08690-SUTEL-OTC-2022

Así las cosas, la SUTEL es la autoridad sectorial de competencia con potestad para ejercer sus facultades en los sectores de telecomunicaciones y de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre (en relación con las redes que soportan los servicios).

El artículo 20 de la Ley 9736 establece que la SUTEL realizará actividades de promoción y abogacía de la competencia con el objetivo de fomentar e impulsar mejoras en el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado; eliminar y evitar las distorsiones o barreras de entrada, así como aumentar el conocimiento y la conciencia pública sobre los beneficios de la competencia. Así legalmente la normativa establece las diversas herramientas no coercitivas que posee la SUTEL, tales como emisión de opiniones y recomendaciones¹, emisión de guías², realización de estudios de mercado³ actividades de asesoramiento, capacitación y difusión⁴, acuerdos de cooperación⁵, programas de cumplimiento voluntario⁶, además de la difusión y publicación de su labor⁷.

En particular, según los artículos 21 de la Ley 9736 y 24 de su Reglamento (Decreto Ejecutivo 43305-MEIC), **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. Asimismo, **podrá emitir opiniones sobre pliegos de condiciones o carteles de contratación administrativa, cuyos elementos puedan obstruir el principio de competencia y libre concurrencia**. Las opiniones que emita cada autoridad de competencia no tendrán efectos vinculantes.

Es importante señalar, que la opinión que emita la SUTEL no tendrá efectos vinculantes para la entidad a la que se dirige, no obstante, de apartarse de la opinión quedará obligada en informar a la Autoridad sobre sus motivaciones de separación.

En el caso en particular del análisis del pliego de condiciones de la Contratación Directa 2022CD-000173-000210000 de *"SERVICIO COMUNICACION PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CE, UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS"* del INA, **en razón del objeto contractual, el cual se refiere a servicios de telecomunicaciones, y las facultades de la SUTEL dispuestas en el artículo 2 de la Ley 9736 y 52 de la Ley 8642, se considera que esta Superintendencia tiene competencia para emitir la presente opinión.**

¹ Artículo 21

² Artículo 22

³ Artículo 23

⁴ Artículo 24

⁵ Artículo 25

⁶ Artículo 26

⁷ Artículo 27

San José, 03 de octubre del 2022
08690-SUTEL-OTC-2022

3. SOBRE LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN REGIR LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DENTRO DEL AMBITO DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES.

La Ley 8642 en su artículo 52 dispone un régimen sectorial de competencia para la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, **correspondiéndole a la SUTEL entre otras facultades, promover los principios de competencia en el mercado nacional de las telecomunicaciones y emitir opiniones en materia de competencia y libre concurrencia** con respecto a leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos administrativos relacionados con el sector de las telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva. **Asimismo, podrá emitir opiniones sobre pliegos de condiciones o carteles de contratación administrativa, cuyos elementos puedan obstruir el principio de competencia y libre concurrencia.**

Lo cual es consistente con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494, el cual es claro en señalar que en los procedimientos de contratación administrativa se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales y que los reglamentos de dicha ley o las disposiciones que rijan los procedimientos específicos de cada contratación no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes.

En este contexto, el documento **“Guía de Contratación Administrativa y Competencia”** de la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM)⁸, señala que el principio de competencia es complementario de los preceptos de igualdad de oportunidades, transparencia, publicidad, seguridad jurídica, formalismo de los procedimientos, equilibrio de intereses, buena fe, mutabilidad del contrato y control de los procedimientos, que rigen la contratación administrativa.

La Guía de Contratación Administrativa de la COPROCOM entre los puntos que resalta se encuentra el uso excesivo que se le da a la modalidad de contratación directa:

“Se trata de un procedimiento de excepción que por un lado tiende a garantizar el interés público, y por otro responde a necesidades muy puntuales que urgen ser satisfechas por medios más expeditos que el que ofrece el procedimiento licitatorio común, lo que debe procurarse en armonía con los supuestos expresamente dispuestos previamente en una norma de carácter legal. Sin embargo, a pesar de ser excepcional, el 81% de los procedimientos de contratación realizados en el año 2016 por medio del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) se hicieron mediante esta figura.

[...]

Cabe indicar que en el procedimiento de contratación directa no procede recurso alguno contra el cartel. Lo que impide que empresas que se encuentran disconformes con los requisitos, especialmente en el caso de que estén orientados a que sólo los satisfaga una sola empresa, no tienen ninguna posibilidad de hacerlo ver a la Administración. Si se tratara de un procedimiento efectivamente excepcional, la

⁸ Si bien como parte del proceso de implementación de la Ley 9736, la SUTEL como Autoridad Sectorial de Competencia espera desarrollar sus propias guías en materia de contratación administrativa en el sector de las telecomunicaciones, en este momento al no contarse con instrumentos propios en la materia se estima pertinente, se emite la opinión en estricto apego con los principios desarrollados en la Guía de la COPROCOM y en la metodología desarrollada por la OCDE.

San José, 03 de octubre del 2022
08690-SUTEL-OTC-2022

limitación a la competencia podría no ser importante, no obstante, está comprobado que la mayor parte de las contrataciones públicas se realizan mediante este procedimiento.”

Sobre el uso de excepciones, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en la “*Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública*”⁹ explica cuándo se deben usar las excepciones a los concursos públicos:

“ii) Recurrir a licitaciones abiertas a la participación, limitando el uso de las posibles excepciones y de las contrataciones con un único proveedor. Las licitaciones mediante concurso deberán ser el método habitual en la contratación pública, como instrumento adecuado que son para lograr la eficiencia, combatir la corrupción, obtener unos precios justos y razonables y garantizar unos resultados competitivos. Si se dan circunstancias excepcionales que justifiquen limitar el uso de los concursos públicos y aconsejen el recurso a la contratación con un único proveedor, esas excepciones deberán quedar establecidas a priori, ser por motivos tasados y llevar aparejada la oportuna justificación cuando se recurra a ellas, sin perjuicio de que se tenga en cuenta, para su supervisión, el mayor riesgo que suponen de corrupción, incluida la de proveedores extranjeros.” (El resaltado es intencional) (Pág. 8).

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

Asimismo, en el 2021, mediante la emisión de las “*Recomendaciones del Consejo en Neutralidad Competitiva*”¹¹ la OCDE recomendó “*establecer condiciones de competencia abiertas, justas, no discriminatorias y transparentes en los procesos de contratación pública a fin de garantizar que ninguna Empresa, independientemente de su titularidad, nacionalidad o forma jurídica, obtenga una ventaja indebida*” (Pág. 6).

En similar sentido, la “*Recomendación del Consejo de la OCDE*”¹² para *Combatir La Colusión en la Contratación Pública*”¹³, es clara en destacar la importancia de la promoción de la competencia y libre concurrencia en los procesos de compras públicas, toda vez que dicho informe estima que los países circunscritos a dicha organización destinan aproximadamente un 12% de su PIB en compras públicas, tendiendo este monto a valores superiores, para el caso de las economías en desarrollo. Señala dicho informe:

“[...] los procesos de adquisición competitivos y eficientes son clave para obtener bienes y servicios con la mejor relación calidad-precio en beneficio de los contribuyentes, los consumidores finales y los usuarios de

⁹ OCDE (2015). Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública. Recuperado el 2 de setiembre del 2021 del sitio web: <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

¹⁰ OCDE (2012). Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business. Recuperado el 1 de setiembre del 2021 en el sitio web: <https://www.oecd.org/corporate/50302961.pdf>

¹¹ OCDE (2021). Recommendation of the Council on Competitive Neutrality. Recuperado el 1 de setiembre del 2021 en el sitio web: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0462>

¹² El informe en cuestión caracteriza al Comité de Competencia de la OCDE como: “*El Comité de Competencia de la OCDE está a la vanguardia del debate sobre políticas de competencia y aplicación. Reuniendo a los líderes de las autoridades de competencia, promueve el intercambio regular de puntos de vista, análisis y mejores prácticas sobre cuestiones clave de política de competencia.*”

¹³ Documento C(2012)115 del 3 de julio de 2012.

San José, 03 de octubre del 2022
08690-SUTEL-OTC-2022

los servicios públicos en general. Sin embargo, la forma en que se lleva a cabo una licitación y el diseño de la licitación en sí misma pueden obstaculizar la competencia y promover acuerdos de colusión o conspiraciones para manipular licitaciones entre competidores” (Lo destacado es intencional).

Si bien la Sala Constitucional en su sentencia 2060-01 de las 15:24 horas del 04 de abril de 2001 ha reconocido que el establecimiento de las excepciones en materia de contratación administrativa son constitucionalmente válida ¹⁴, también reconoce en esa misma sentencia que “...el régimen constitucional establece como regla de principio el procedimiento concursal formal, es decir, la licitación, como el mecanismo idóneo para garantizar la más amplia participación de los proveedores en condiciones que permitan a la Administración seleccionar la mejor oferta del mercado, en aras de la más sana administración de los fondos públicos y el principio de eficiencia”.

Lo anterior, siendo que no debe subestimarse el papel que tiene el Estado como comprador de bienes y servicios en el mercado y la forma en que el doble rol de demandante y oferente de servicios tiene el potencial de generar distorsiones en la competencia de los mercados. Por lo cual, la administración pública debe promover la libre concurrencia en los concursos públicos, siendo que la licitación es el procedimiento de contratación pública que mejor promueve estos fines, lo cual ha sido reconocido por la Sala Constitucional en su sentencia de amparo 2633-93 de las 16:03 horas del 9 de junio de 1993, donde dispuso: “En relación con los particulares el procedimiento de licitación, en tanto caracterizado por el principio de “publicidad” que lo informa, busca garantizar a los administrados la más amplia garantía de libre concurrencia, en condiciones de absoluta igualdad, en el procedimiento de contratación. El sistema tiende a evitar tratos preferenciales e injustos y el procedimiento de licitación definido por la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, «como el medio idóneo y el más deseado instrumento para el trámite de los contratos administrativos», se fundamenta en el doble propósito de lograr las mejores condiciones para la Administración Pública y de garantizar la libertad de oportunidades a los interesados y todo ello conforme el llamado principio de legalidad de la contratación administrativa, al que debe sujetarse todo el que quiera contratar con la Administración (véase el artículo 182 de la Constitución Política); y se concluyó que el obviar los procedimientos licitatorios además de implicar una burla al procedimiento constitucional de la licitación, constituyen también una violación “...de los principios de la más amplia participación de los administrados y de la búsqueda de las mejores condiciones para la Administración, propicia y provoca, de hecho, la creación de monopolios de carácter privado, lo que el Estado está llamado a evitar. Y precisamente el camino para hacerlo, es permitiendo, como se indicó, la mayor participación posible de los particulares interesados, en condiciones de absoluta igualdad, en un procedimiento amplio y cristalino de contratación administrativa.”

4. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN

El INA mediante el procedimiento de contratación directa 2022CD-000173-000210000, bajo la excepción de actividad contractual desarrollada entre sujetos de derecho público dispuesta en los artículos 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y 138 de su Reglamento, publicado en el SICOP el 28 de setiembre del 2022, requiere contratar al ICE para la prestación del servicio de enlace

¹⁴ “...es constitucionalmente válido que se establezcan en el ordenamiento calificadas excepciones a este régimen, que por sus especiales condiciones determinan que la realización de este tipo de concursos sea abiertamente incompatible con la consecución del fin público”.

San José, 03 de octubre del 2022
08690-SUTEL-OTC-2022

punto a punto e internet para cada uno de los centros de formación profesional, centros especializados y unidades regionales hasta los centros de datos del INA en sus diferentes ubicaciones, por un plazo de 4 años. La fecha de apertura de ofertas será el día 05 de octubre del 2022, tal y como se aprecia en la imagen 1.

Imagen 1: Información general de la contratación del “SERVICIO COMUNICACION PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CE, UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS” del INA.

[1. Información general]

Funcionarios relacionados	Funcionarios relacionados con el concurso	Estado del concurso	En recepción de ofertas
Fecha/hora de publicación	28/09/2022 14:37	Cartel	Real
Número de procedimiento	2022CD-000173-0002100001	Número de SICOP	20220903676 - 00
Nombre de la institución	INSTITUTO NACIONAL DE APRENDIZAJE	Concurso confidencial	No
Encargado de publicación, gestión de objeciones y apertura	MARICEL CALDERON AZOFEIFA	Elaborador	MARICEL CALDERON AZOFEIFA
Encargado de solicitar estudio de ofertas/recomendación de adjudicación	MARICEL CALDERON AZOFEIFA	Registro del cartel	Registro
Versiones del cartel		Versión en consulta	20220903676-00
Descripción del procedimiento	SERVICIO COMUNICACION PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP ,CE,UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS DEL INA		
Clasificación del objeto	SERVICIOS		
Tipo de procedimiento	CONTRATACIÓN DIRECTA		
Excepción de contratación directa	Contratación directa de actividad contractual desarrollada entre sujetos de derecho público (Artículo 2 inc. c) LCA y artículo 138 RLCA.		
Tipo de modalidad	Servicios		
Tipo de recepción de ofertas	En línea	Lugar de apertura	https://www.sicop.go.cr
Inicio de recepción de ofertas	29/09/2022 07:00	Cierre de recepción de ofertas	05/10/2022 14:00
Fecha/hora de apertura de ofertas	05/10/2022 14:01	Plazo de adjudicación	10 Días hábiles
Presupuesto total estimado	3.055.203.318,7005 [CRC]	Presupuesto total estimado USD (Opcional)	4.770.847,95 [USD]

Fuente: SICOP. Expediente electrónico 2022CD-000173-000210000

Para ello, según consta en el documento USIT-1112-2022 del 26 de mayo del 2022, **el INA realizó un estudio de mercado en el que únicamente participaron cuatro empresas que prestan los servicios a contratar, dos de ellas pertenecientes al Grupo ICE**, tal y como se observa en la imagen 2.

San José, 03 de octubre del 2022
08690-SUTEL-OTC-2022

Imagen 2: Cuadro con el estudio de mercado realizado en el cual participaron las empresas ICE-KOLBI, ITS-TIGO, RACSA y SONDA-TELECABLE.

Tabla de Costo de Enlaces						
	Sin Impuestos	Impuestos *	Con Impuestos	Costo total 48 meses	Diferencia de costos entre proveedores	%
ICE	\$ 86 218,89	\$ 12 717,29	\$ 98 936,18	\$ 4 748 936,46		
RACSA	\$ 105 351,40	\$ 15 539,33	\$ 120 890,73	\$ 5 802 755,11	\$ 1 053 818,65	22%
ITS-TIGO	\$ 110 398,62	\$ 16 283,80	\$ 126 682,42	\$ 6 080 755,99	\$ 1 331 819,53	28%
SONDA	\$ 128 140,24	\$ 18 900,69	\$ 147 040,93	\$ 7 057 964,42	\$ 2 309 027,96	49%
*Nota:	Los impuestos que se incluyen son los siguientes: Impuesto al Valor agregado (13%), Impuesto del 911 (0,75%), Impuesto Cruz Roja (1%).					

Fuente: SICOP. Expediente electrónico 2022CD-000173-000210000

El estudio de mercado realizado con solo cuatro empresas proveedoras del servicio de enlaces punto a punto e internet (dos de ellas pertenecientes al Grupo ICE), no resulta representativo, siendo que para dicho mercado hay 129 empresas autorizadas por la SUTEL para brindar el servicio de transferencia de datos y enlaces punto a punto. En el siguiente enlace pueden acceder a la lista de regulados: <https://www.sutel.go.cr/usuarios/operadores-autorizados>

Sobre el uso de la modalidad de contratación directa, se debe resaltar el trabajo realizado tanto por la Contraloría General de la República¹⁵ y el Ministerio de Hacienda¹⁶, particularmente respecto al uso de la excepción contemplada en el artículo 2 inciso c) de la Ley 7494, donde ambas instituciones han sido enfáticas en que para utilizar esta excepción se deben de cumplir una serie de requisitos.

Al respecto, debe el INA considerar lo señalado por la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda mediante Circular DGABCA-NP-99-2015¹⁷ respecto de los “Aspectos mínimos por considerar en contrataciones de servicios de Telecomunicaciones e Infocomunicaciones”, donde se deja establecido que “a partir de la promulgación de la Ley General de Telecomunicaciones, la Administración puede optar por contratar mediante un concurso ordinario”, y define que en los procesos de compras de servicios de telecomunicaciones las

¹⁵ Contraloría General de la República (2012). Oficio 11095 del 22 de octubre del 2012. Recuperado el 30 de agosto del 2021 en el sitio web: https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docs_cgr/2012/SIGYD_D_2012019270.pdf

Contraloría General de la República (2015). Oficio 11553 del 13 de agosto del 2015. Recuperado el 30 de agosto del 2021 en el sitio web: https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docs_cgr/2015/SIGYD_D_2015014674.pdf

¹⁶ Decreto Ejecutivo N° DE-40680-H “Reforma al artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo N° 33411 de 27 de setiembre de 2006 y sus reformas” del 30 de agosto del 2017. Recuperado el 30 de agosto del 2021 en el sitio web:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=85167&nValor3=110044&strTipM=TC

¹⁷ Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa (2016). CIRCULAR GABCA-NP-99-2015. Recuperado el 20 de setiembre del 2022 del sitio web:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=81611&nValor3=104113&strTipM=TC

San José, 03 de octubre del 2022
08690-SUTEL-OTC-2022

administraciones contratantes deben tomar en consideración una serie de consideraciones, mismas que continúan siendo válidas:

- *“Acreditar en el expediente respectivo los estudios técnicos y legales, que determinaron la selección del servicio que ofrece el proveedor respectivo.*
- *Analizar la idoneidad del proveedor que brinda el servicio a contratar, a fin de determinar si este cumple a satisfacción las especificaciones técnicas que solventan la necesidad que origina la contratación, cumpliendo así con la obligación de administrar los recursos públicos en apego a los principios de legalidad, eficacia y eficiencia, economía.*
- *Deberá la Administración contratante monitorear periódicamente tanto el servicio recibido como los que se ofrecen en el mercado, a efectos de verificar si las prestaciones que recibe son las más convenientes. Una vez vencido el plazo de la contratación, la administración contratante está obligada a verificar si existen mejores condiciones en el mercado que puedan satisfacer de una mejor manera el interés público, garantizando una sana administración de los fondos públicos.*
- *Este tipo de contrataciones no deben ser por plazo indefinido, se recuerda que las mismas deben explicitar la vigencia de los contratos de prestación del servicio según corresponda”.*

Lo anterior, en concordancia con lo indicado por la Sala Constitucional en sus sentencias previamente citadas, en el sentido de que es el procedimiento concursal formal, es decir, la licitación, el mecanismo idóneo para garantizar la más amplia participación de los proveedores en condiciones que permitan a la Administración seleccionar la mejor oferta del mercado, en aras de la más sana administración de los fondos públicos y el principio de eficiencia.

Por lo anterior, en consideración de los principios desarrollados en el apartado 3 anterior en materia de contratación pública por parte de la Sala Constitucional, la COPROCOM y la OCDE, así como lo dispuesto en la circular DGABCA-NP-99-2015 del Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, **se recomienda al INA con el objetivo de favorecer el principio de libre competencia y concurrencia, realizar un proceso de licitación abierto a cualquier posible oferente interesado en prestar los servicios que pretende contratar** toda vez que en el mercado hay 129 empresas autorizadas, eliminándose la excepción de actividad contractual desarrollada entre sujetos de derecho público dispuesta en los artículos 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y 138 de su Reglamento de ese cartel.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A partir de lo desarrollado de previo se concluye lo siguiente:

- i. Que la Ley 8642 en su artículo 52 dispone un régimen sectorial de competencia para la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, correspondiéndole a la SUTEL entre otras facultades, promover los principios de competencia en el mercado nacional de las telecomunicaciones y emitir opiniones en materia de competencia y libre concurrencia con respecto a leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos administrativos relacionados con el sector de las telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva.

San José, 03 de octubre del 2022
08690-SUTEL-OTC-2022

- ii. Que los artículos 21 de la Ley 9736 y 24 de su Reglamento, establecen que la SUTEL tiene la potestad de emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia, de oficio o a solicitud de parte sobre pliegos de condiciones o carteles de contratación administrativa, cuyos elementos puedan obstruir el principio de competencia y libre concurrencia, sin que dichas opiniones resulten vinculantes.
- iii. Que el INA promueve la Contratación Directa 2022CD-000173-000210000 para la contratación directa (bajo la excepción de actividad contractual desarrollada entre sujetos de derecho público según los artículos 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y 138 de su Reglamento) del ICE para que brinde el *“SERVICIO COMUNICACION PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CE, UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS”*.
- iv. Que previo a la publicación de la Contratación Directa 2022CD-000173-000210000, el INA realizó un estudio de mercado en el que únicamente participaron cuatro empresas que prestan los servicios a contratar, dos de ellas pertenecientes al Grupo ICE, con lo cual se considera que dicho estudio no resulta representativo, siendo que para dicho mercado hay 129 empresas autorizadas por la SUTEL para brindar el servicio de transferencia de datos y enlaces punto a punto.
- v. Que los artículos 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y 138 de su Reglamento, posibilitan vía excepción la actividad contractual desarrollada entre sujetos de derecho público.
- vi. Que si bien la contratación vía excepción resulta un mecanismo constitucionalmente válido, la Sala Constitucional ha reconocido asimismo que *“...el régimen constitucional establece como regla de principio el procedimiento concursal formal, es decir, la licitación, como el mecanismo idóneo para garantizar la más amplia participación de los proveedores en condiciones que permitan a la Administración seleccionar la mejor oferta del mercado, en aras de la más sana administración de los fondos públicos y el principio de eficiencia”*.
- vii. Que, en línea con lo referido por la Sala Constitucional, la Contraloría General de la República y el Ministerio de Hacienda, respecto al uso de la excepción contemplada en el artículo 2 inciso c) de la Ley 7494, han sido enfáticas en que para utilizar esta excepción se deben de cumplir una serie de requisitos.
- viii. Que, en particular, la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda mediante Circular DGABCA-NP-99-2015 definió los *“Aspectos mínimos por considerar en contrataciones de servicios de Telecomunicaciones e Infocomunicaciones”*.

A partir de las anteriores conclusiones, se recomienda al INA valorar lo siguiente, como un mecanismo para promover la libre concurrencia:

- i. Que en virtud de lo expuesto en esta opinión, se recomienda al INA la eliminación en el procedimiento 2022CD-000173-000210000 de la excepción de actividad contractual desarrollada entre sujetos de derecho público dispuesta en los artículos 2 inciso c) de la Ley de

San José, 03 de octubre del 2022
08690-SUTEL-OTC-2022

Contratación Administrativa y 138 de su Reglamento de ese cartel, lo anterior con el objetivo de favorecer el principio de libre competencia y concurrencia y que en su lugar se realice un proceso de licitación abierto a cualquier posible oferente interesado en prestar el “SERVICIO COMUNICACION PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CE, UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS” que pretende contratar.

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

Atentamente,
Superintendencia de Telecomunicaciones

GILBERT CAMACHO MORA (FIRMA)  Firmado digitalmente por GILBERT
CAMACHO MORA (FIRMA)
Fecha: 2022.10.03 15:51:04 -06'00'

Gilbert Camacho Mora
Presidente
Consejo de la SUTEL.

selc/dmb
Exp: GCO-OTC-CGL-00051-2022