

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

Señores  
Miembros del Consejo  
Superintendencia de Telecomunicaciones

**Asunto: Informe sobre Opinión sobre la contratación 2022-CD-00059-0007300001 “Migración de Contratos del Convenio para Servicio de Telecomunicaciones con el ICE de conformidad con lo establecido en la CIRCULAR DGABCA 0023-2022” del Ministerio de Educación Pública.**

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 la Contratación Directa por Excepción 2022-CD-00059-0007300001 sobre la “Migración de Contratos del Convenio para Servicio de Telecomunicaciones con el ICE de conformidad con lo establecido en la CIRCULAR DGABCA 0023-2022” del Ministerio de Educación Pública (MEP), en términos de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la Ley 9736.

## 1. ANTECEDENTES

- I. Que el 9 de febrero del 2004, el MEP y el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) realizan la firma del convenio CON-011-04-2004 “*Convenio de cooperación entre el Instituto Costarricense de Electricidad y el Ministerio de Educación Pública*” cuyo objetivo consistía en propiciar de manera conjunta el desarrollo y la consolidación de una red de innovación educativa, que involucraba todos los centros educativos públicos del país, así como la administración central y regional perteneciente al MEP, este convenio está compuesto de las siguientes cláusulas: primera (objetivo), segunda (obligaciones MEP), tercera (obligaciones ICE), cuarta (unidades coordinadoras), quinta (vigencia), sexta (modificaciones), séptima (responsabilidad) y octava (estimación) .
- II. Que el 21 de julio del 2007, el MEP y el ICE realizan la firma del convenio CON-102-07 “*Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre el Instituto Costarricense de Electricidad y el Ministerio de Educación*” cuyo objetivo consistía en establecer relaciones de cooperación entre ambas entidades, para el desarrollo conjunto de proyectos, intercambio de conocimientos y experiencias en las distintas ramas de cada institución, además la implementación del convenio marco posibilitaba la firma de convenios específicos entre ambas instituciones.
- III. Que el 2 de abril del 2013, el MEP y el ICE realizan la primera adenda (CON-011-04-2013) al convenio original, cuyo objetivo consistía en aumentar los anchos de banda, así como nuevas conexiones de internet con la finalidad de garantizar el 100% de la conectividad

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

de los centros educativos públicos incluidos en el convenio original, además en esta adenda se incluyó una nueva cláusula llamada “descripción del plan en el corto plazo”, además se realizaron modificaciones a la primera, segunda, tercera y cuarta cláusula del convenio original, dada la inclusión de una nueva cláusula las restantes exceptuando la primera sufrieron cambios en su numeración.

- IV. Que el 16 de junio del 2017, el MEP y el ICE realizan la segunda adenda (CON-011-04-2017) al convenio original, cuyo objetivo consistía en aumentar los anchos de banda, así como nuevas conexiones de internet con la finalidad de garantizar el 100% de la conectividad de los centros educativos públicos incluidos en el convenio original, además de la implementación de soluciones de infocomunicaciones, *datacenter* y servicios administrados. En esta segunda adenda solamente las cláusulas correspondientes a la vigencia, modificaciones y estimación no sufrieron modificaciones.
- V. Que el 22 de marzo del 2022, el Ministerio de Hacienda emitió la Directriz DGABCA-0023-2022 “*Lineamiento para generar los procesos de contratación para la adquisición de los servicios de Telefonía e Internet en el SICOP*”, dirigida a sus proveedurías e indicaba los procedimientos, documentos e información a cumplir con la finalidad de continuar con la recepción de servicios de telefonía e internet en aquellos casos en que los contratos y prorrogas habían sido creados fuera del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) en cumplimiento con el artículo 40 y 40 bis de la Ley 7494 y artículo 138 de su Reglamento.
- VI. Que el 24 de noviembre de 2022 fue creado por parte del MEP en el sistema SICOP la contratación administrativa denominada Contratación Directa por Excepción N. 2022-CD-00059-0007300001, cuya finalidad consistía en migrar el “*Convenio de cooperación entre el Instituto Costarricense de Electricidad y el Ministerio de Educación Pública*” y sus respectivas adendas, para lo cual el MEP cursó una invitación directa al ICE, misma que fue respondida a través de una oferta el 28 de noviembre del 2022.

## **2. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA SUTEL PARA EL DICTADO DE LA PRESENTE OPINIÓN**

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 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

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

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”. (El resaltado es intencional).*

Si bien es cierto, la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, facultan a la SUTEL para ejercer funciones particulares en cuanto a regular o emitir política pública o regulatoria en materia de servicios de telecomunicaciones; adicionalmente esta Superintendencia como autoridad sectorial de competencia debe velar porque la regulación y otros actos administrativos impulsados e implementados no generen restricciones contrarias a los principios de competencia y libre concurrencia, 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 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”. (El resaltado es intencional)

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).

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

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 recomendaciones<sup>1</sup>, emisión de guías<sup>2</sup>, realización de estudios de mercado<sup>3</sup> actividades de asesoramiento, capacitación y difusión<sup>4</sup>, acuerdos de cooperación<sup>5</sup>, programas de cumplimiento voluntario<sup>6</sup>, además de la difusión y publicación de su labor<sup>7</sup>.

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.**

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 por Excepción N. 2022-CD-00059-0007300001 "Migración de Contratos del Convenio para Servicio de Telecomunicaciones con el ICE de conformidad con lo establecido en la CIRCULAR DGABCA 0023-2022", **en 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.**

### **3. SOBRE LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN REGIR LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA PARA GARANTIZAR LA LIBRE CONCURRENCIA EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES.**

El artículo 5 de la ya derogada Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494, señalaba que, en los procedimientos de contratación administrativa, se debía de respetar la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales y los procedimientos específicos de cada contratación, no podían incluir

---

<sup>1</sup> Artículo 21  
<sup>2</sup> Artículo 22  
<sup>3</sup> Artículo 23  
<sup>4</sup> Artículo 24  
<sup>5</sup> Artículo 25  
<sup>6</sup> Artículo 26  
<sup>7</sup> Artículo 27

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

ninguna regulación que impidiera la libre competencia entre los oferentes potenciales (Principio de igualdad y libre competencia).

Por su parte el artículo 8 inciso f) de la actual Ley General de Contratación Pública, Ley 9986<sup>8</sup>, establece que en los procedimientos de contratación pública se respetará el Principio de igualdad y libre competencia en el que se dará un trato igualitario a todos los oferentes, se procurará la más amplia competencia y se invitará a potenciales oferentes idóneos. No se podrán establecer restricciones injustificadas a la libre participación ni incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes.

En este contexto, el documento **“Guía de Contratación Administrativa y Competencia”** de la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM)<sup>9</sup>, 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.**

En similar sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en su **“Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública”**<sup>10</sup>, recomienda, entre otros elementos, que se **“hagan accesibles las oportunidades de concurrir a la contratación pública a los potenciales competidores sin importar su tamaño o volumen”**.

De la misma manera el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia De la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en su documento **“La política de la competencia y las adquisiciones del sector público”**<sup>11</sup>, indica que **“el resultado de los procedimientos de contratación pública depende del grado de competencia al que estén sujetos los contratos públicos. Así pues, el grado de competencia en los mercados respectivos es de vital importancia para que la contratación pública se haga en las mejores condiciones de calidad y precio”**, añadiendo que **“Lo ideal es que los encargados de la contratación pública tengan acceso a un número suficiente de ofertas competitivas. Por ello, es importante establecer un sistema de contratación que se base en el principio de la competencia y lo promueva, y diseñar las licitaciones de manera que atraigan a licitadores de un espectro suficientemente amplio de posibles proveedores”**.

Finalmente conviene tener en cuenta los elementos indicados por la SUTEL en su reciente **“Estudio de Mercado de referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones”**<sup>12</sup>, que entre otros

<sup>8</sup> La reciente Ley General de Contratación Pública, Número 9986, publicada en el Alcance Número 109 a la Gaceta Número 103 del Lunes 31 de mayo del 2021, entró a regir el 01 de diciembre de 2022 y dispone que transitoriamente en general, todos los procedimientos y contratos iniciados antes de la entrada en vigencia de esa ley, “continuarán su trámite conforme al procedimiento anterior que les aplicaba”.

<sup>9</sup> COPROCOM (2016). Guía de Contratación Administrativa y Competencia. San José, Costa Rica. Recuperado el 08 de febrero del 2023 en el sitio web: [https://www.coprocom.go.cr/publicaciones/H\)%20GUIA-CONTRATACION-NV.html](https://www.coprocom.go.cr/publicaciones/H)%20GUIA-CONTRATACION-NV.html) 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.

<sup>10</sup> 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>

<sup>11</sup> UNCTAD. (2012). *La política de la competencia y las adquisiciones del sector público*. Documento TD/B/C.I/CLP/14. Ginebra, Suiza.

<sup>12</sup> Disponible en: [https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/informe\\_estudio\\_mercado\\_compras\\_publicas.pdf](https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/informe_estudio_mercado_compras_publicas.pdf)



San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

elementos concluye que: “El establecimiento de mecanismos que disminuyan la libre competencia en los procesos de compras públicas del Estado no sólo genera una distorsión en el mercado, sino que van en detrimento de los intereses del propio Estado, que al desincentivar la competencia obtiene en sus procesos de compra pública menos ofertas y por tanto, no recibe los beneficios propios de la libre competencia, como lo son: mejores precios, mejor calidad y mayor innovación”.

#### **a. Sobre el uso de excepciones en los procedimientos de compras públicas del Estado**

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 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 OCDE en la citada “Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública”<sup>13</sup> 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

<sup>13</sup> 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>

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

con el principio de neutralidad competitiva, sea, cuando en un mercado nadie es sujeto de ventajas o desventajas<sup>14</sup>.

Asimismo, en el 2021, mediante la emisión de las “*Recomendaciones del Consejo en Neutralidad Competitiva*”<sup>15</sup> 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*”<sup>16</sup> para *Combatir La Colusión en la Contratación Pública*”<sup>17</sup>, 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 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 válidas<sup>18</sup>, 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 anterior, 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:

<sup>14</sup> 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>

<sup>15</sup> 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>

<sup>16</sup> 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*”.

<sup>17</sup> Documento C(2012)115 del 3 de julio de 2012.

<sup>18</sup> “...*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, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

*“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**

##### **4.1. Sobre la Circular DGABCA-0023-2022 del Ministerio de Hacienda**

El Ministerio de Hacienda mediante Circular DGABCA-0023-2022 relativa a “Lineamiento para generar los procesos de contratación para la adquisición de los servicios de Telefonía e Internet en el SICOP” recuerda a las proveedurías institucionales la necesidad de trasladar a SICOP aquellos procesos que no hayan sido promovidos a través de dicha plataforma, esto en cumplimiento a lo señalado en el artículo 40 y 40 bis de la Ley de Contratación Administrativa y 148 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, los cuales establecen la obligatoriedad de todas las instituciones y órganos del sector público para la tramitación de los procedimientos de contratación administrativa a través del SICOP.

Esta Circular busca establecer un mecanismo que garantice la transparencia y publicidad de cada uno de los procedimientos, documentos e información relacionados con los contratos creados fuera del SICOP para los servicios de telefonía e internet que se encontraban vigentes tanto con operadores privados como públicos, **estableciendo que para aquellos contratos que se deseen continuar por parte de la administración contratante se usará una figura de contratación por excepción**, a saber: por oferente único (para oferentes privados) o actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público (para operadores públicos). Estableciendo a su vez un procedimiento sugerido para este proceso por parte de las proveedurías institucionales.

**La citada circular también dispone que, para aquellos casos, donde la administración determine salir a concurso para contratar los servicios de telefonía e internet, deberá hacerlo mediante concurso ordinario.**



San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

#### **4.2. Contratación 2022-CD-000059-0007300001**

El MEP mediante el procedimiento de Contratación 2022-CD-000059-0007300001, 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 (vigentes a la fecha de inicio de la contratación), efectuó a través del SICOP el 28 de noviembre de 2022 la migración del convenio CON-011-04-2004 y adendas CON-011-04-2013 y CON-011-04-2017 contratando con ello de manera directa al ICE para la provisión de servicios de telecomunicaciones.

En el inciso 17) del oficio “Acto de Adjudicación N. 038-2022”, señala las razones que al ser una migración la Contratación 2022-CD-000059-0007300001 mantiene todos los términos del convenio CON-011-04-2004 y adendas CON-011-04-2013 y CON-011-04-2017:

*“(…)al tratarse de una migración, las condiciones de la contratación No. 2022CD-000059-0007300001 mantiene en todos los extremos los términos, montos, especificaciones técnicas solicitadas, características, plazos y condiciones de entrega, fase de ejecución contractual y demás regulaciones plasmados en el convenio vigente y sus adendas No. CON-011-04-2004 y su Adenda 1: CON-011-04-2013 y Adenda 2: CON-011-04-2017”.*

Respecto a este tema en otro apartado del oficio “Acto de Adjudicación N. 038-2022” se menciona lo siguiente:

*“De esta forma, al tratarse el presente trámite de una migración se deben respetar los términos y montos ya pactados en los convenios vigentes No. CON-011-04-2004 y su Adenda 1: CON-011-04-2013 y Adenda 2: CON-011-04-2017; por lo que la presente adjudicación se registrará por las especificaciones técnicas solicitadas, características, plazos y condiciones de entrega, fase de ejecución contractual y demás regulaciones plasmadas en el convenio y sus adendas.*

*Por lo tanto, **no se puede interpretar que el contrato sujeto a migración en este acto se trata de una contratación nueva, sino que mediante esta gestión se pretende dar continuidad a un contrato iniciado bajo la figura de convenio** cuyo servicio se brinda de forma continua, lo cual se considerará para efectos de pago con cada orden de pedido en el sistema SICOP” (lo destacado es intencional).*

Según lo indicado en el Acto de Adjudicación N. 038-2022, la Contratación Directa por Excepción 2022-CD-000059-0007300001 responde a las disposiciones establecidas en la circular DGABCA-0023-2022, la cual establece el lineamiento a seguir por parte de las dependencias de proveedurías del MEP para la adquisición de servicios de Telefonía e Internet en el SICOP, esto con la finalidad de cumplir con lo establecido en los artículos 40 y 40 bis de la Ley 7494, misma que se encontraba vigente a ese momento.

A demás en circular DGABCA-0023-2022 hace referencia a la circular de la Dirección General de Administración de Bienes Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda DGABCA-DNC-052-2019 denominada “Aspectos mínimos por considerar en contrataciones de servicios de Telecomunicaciones e Infocomunicaciones y requerimiento de información respecto a contratos de esta índole” que indica las consideraciones mínimas a tomar en cuenta por parte de los administradores contratantes en aquellos procesos de compra amparados en el artículo 2 inciso c) de la Ley 7494 y 138 de su Reglamento.

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

*“Con respecto a las contrataciones excepcionadas y con fundamento en la normativa citada, las administraciones contratantes deberán observar al menos las siguientes consideraciones:*

- 1. Acreditar en el expediente respectivo los estudios técnicos y legales, que determinaron la selección del servicio que ofrece el proveedor respectivo. (Artículos 7, 8 y 9 LCA).*
- 2. 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, eficiencia, economía, igualdad y libre competencia. (Artículos 4 y 5 LCA).*
- 3. 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 son las más convenientes. Una vez vencido el plazo de la contratación, la administración contratante está obligada a documentar 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. (Artículo 13 LCA).*
- 4. Este tipo de contrataciones no deben ser por plazo indefinido, se recuerda que las mismas deben explicitar su vigencia según corresponda. (Artículo 171 RLCA)”.*

La circular DGABCA-0023-2022 también señala el procedimiento a seguir en aquellos casos en los que la administración decida continuar con la recepción de servicios por parte de empresas cuyos contratos de telefonía e internet se encontraran fuera del SICOP, para lo cual detalla lo siguiente:

*“(…) De conformidad con lo antes expuesto y a fin de lograr la eficiencia en los procedimientos de contratación administrativa, disminuir los tiempos de respuesta y unificar los trámites en el Sistema, se sugiere el siguiente procedimiento para aquellos casos en los que la administración determine continuar recibiendo los servicios de aquellas empresas con las que actualmente tienen contratos de telefonía e internet, fuera del SICOP:*

- a. Deberá acreditar en el expediente respectivo los estudios técnicos y legales, que determinen la selección del servicio que ofrece el proveedor respectivo (Artículos 7, 8 y 9 LCA)*
- b. Realizará la migración de dichos contratos al SICOP, amparados a la excepción de los procedimientos ordinarios de contratación.*
- c. La migración se realizará a través de la excepción de contratación denominada “oferente único” (en caso de que el actual contrato sea con un sujeto de derecho privado) o bien “Actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público” (en caso de que el contrato actual sea con un ente de derecho público) en la plataforma SICOP. Cabe aclarar que, se aplicará excepcionalmente a fin de poder continuar con los contratos y sus respectivas prorrogas generados fuera del SICOP y según el sustento antes citado (...).”*

**En el Acto de Adjudicación N. 038-2022 se señala que la vigencia de la contratación corresponde al 16 de junio del 2027 y que a su vez existe una prórroga automática de 10 años, extendiéndose el plazo hasta el año 2037, según lo indicado en este oficio el plazo de vigencia se fundamenta en la cuarta cláusula del convenio CON-102-07 “Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre le**

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

*Instituto Costarricense de Electricidad y el Ministerio de Educación* firmado por ambas instituciones en el año 2017, la cual indica lo siguiente:

*“El presente convenio tendrá una vigencia de cinco años contados a partir de su firma y se prorrogará sin necesidad de gestión de parte y en forma tácita por cuatro periodos iguales más (...).”*

Sin embargo, la migración realizada en la Contratación 2022-CD-000059-0007300001 corresponde al convenio CON-011-04-2004, adenda 1: CON-011-04-2013 y adenda 2: CON-011-04-2017, según indica la cuarta cláusula del convenio CON-011-04-2004, cláusula aún vigente en vista que este solo ha sufrido modificaciones en el numeral en las adendas 1 y 2.

*“El presente convenio tendrá una duración de diez años, pudiendo ser prorrogado por periodos iguales de forma automática (...).”*

De igual manera en el apartado “Resuelve” del Acto de Adjudicación N. 038-2022 se muestra como vigencia del contrato el convenio CON-011-04-2004, adenda 1: CON-011-04-2013 y adenda 2: CON-011-04-2017, así como el año 2027 con una prórroga automática por un periodo de 10 años, sin embargo, en el SICOP no se muestra ningún detalle en el apartado de vigencia, elemento que es necesario de mostrar según el inciso 4) de la circular DGABCA-DNC-052-2019 del Ministerio de Hacienda.

**En relación con el plazo de este convenio vale notar que el mismo es de 4 años, pudiéndose extender el mismo de manera automática por 10 años.** El contar con plazo tan extenso para la ejecución de esta contratación tiene también un importante efecto de restricción de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, al respecto se puede considerar que para el año 2020 el presupuesto para la adquisición de servicios de telecomunicaciones del MEP representaban 8,62% del total de egresos del sector público destinados a la adquisición de servicios de telecomunicaciones<sup>19</sup>.

Al respecto conviene tener presente lo indicado en la “Guía de contratación administrativa y competencia” de la COPROCOM la cual reconoce que: *“los convenios marco pueden ofrecer beneficios a la Administración contratante, lo cierto es que también pueden provocar, efectos negativos sobre la competencia consistentes en un cierre temporal de mercado definido por la propia licitación que, a su vez, propicia un entorno más favorable para la colusión, especialmente, en las contrataciones derivadas posteriores”.*

De igual forma, **es relevante valorar lo dispuesto en cuanto a prórrogas automáticas, que genera un cierre a la competencia por un plazo extenso**, esto más allá del hecho de que lo ahí planteado tampoco es consistente con el Reglamento a la LCA vigente al momento de dicha contratación que disponía que las prórrogas de este tipo de convenios no son automáticas, sino que definía en su artículo 122 que *“En caso de que proceda la prórroga de un convenio marco según los términos establecidos en el cartel, el órgano o ente que lo administra deberá realizar un estudio de ejecución contractual en el plazo previo al vencimiento de cada período establecido en el cartel, evaluando la utilidad, ahorros obtenidos y en general el comportamiento de este, a fin de determinar la viabilidad de su continuidad”.*

<sup>19</sup> Estimación propia con información de la Contraloría General de la República.

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

En igual sentido, el MEP debería tener en consideración lo dispuesto en el nuevo Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 33808-H el cual en cuanto al plazo de convenios marco dispone en su artículo 229: **“El plazo de los convenios marco será por un periodo de dos años y podrá prorrogarse por periodos adicionales de un año, hasta un máximo de cuatro años. Para efectos de las prórrogas, la Administración licitante deberá iniciar su trámite en el último año de vigencia, procediendo a realizar el estudio correspondiente para fundamentar su decisión, antes de su vencimiento, en el cual deberá evaluar las condiciones básicas de calidad y servicio por parte de los contratistas y las Instituciones Usuarias, debiendo comunicarla al contratista con al menos un mes de anticipación al vencimiento del convenio”.**

**Las disposiciones del Reglamento a la Ley 9986 en cuanto a la vigencia de este tipo de convenios son esenciales para garantizar un entorno competitivo de los mercados**, procurando la existencia de procesos recurrentes de contratación por parte de la administración pública y lo que abre oportunidad para que nuevos oferentes puedan participar de este tipo de procesos y para que la propia administración se pueda beneficiar de los beneficios de la libre concurrencia en la adquisición de sus bienes y servicios, en el caso particular en materia de servicios de telecomunicaciones.

En este sentido se recalca que **se debe velar porque el plazo de este tipo de instrumentos sea el adecuado de forma tal que la competencia del mercado no se vea obstaculizada, restringida o falseada.**

Sin pretender ser exhaustivos, ni llevar a cabo un análisis de los elementos propios del proceso de la contratación 2022-CD-000059-0007300001, lo cual compete a otros entes de la administración pública, pero con el objetivo de determinar si los elementos indicados por el MEP son suficientes para justificar el empleo de un proceso de contratación que debe ser de naturaleza excepcional y no ordinaria, por sus efectos de restricción del principio de igualdad y libre concurrencia, a continuación se procede a realizar un análisis de las justificaciones del MEP en cuanto a la decisión inicial y el análisis de ofertas, como elemento que debe servir de justificación en cuanto a la selección de un mecanismo que no promueve la competencia.

La Contratación Directa por Excepción 2022-CD-000059-0007300001 contiene dos líneas: la línea 1 la correspondiente a los servicios de telecomunicaciones bajo las tecnologías: ADSL, Fibra Óptica, WIMAX, VSAT, Móvil, VPN u otras, además de soluciones de infocomunicaciones, soluciones de telecomunicaciones, ICE Datacenter, servicios administrados y cualquier otra tecnología emergente que pudiera surgir y la línea 2 por su parte incluye servicios de telefonía fija y móvil, traslado de líneas telefónicas según requerimiento del MEP, solución de averías y otros servicios de naturaleza similar.

Tal y como es señalado en el artículo 138 del Reglamento a la Ley 7494 (vigente a la fecha de la inclusión de la contratación en SICOP), las actividades contractuales entre entes de derecho público deben cumplir una serie de requisitos.

*“Artículo 138.—Actividad contractual desarrollada entre entes de Derecho Público. Las entidades de Derecho Público podrán celebrar contrataciones entre sí, sin sujeción a los procedimientos ordinarios de contratación, siempre y cuando esa actividad atienda al menos los siguientes requisitos:*

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

- 1) *Cumplir en lo pertinente con los requisitos previos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento, en particular, respecto de la correcta definición del objeto contractual y las fases de planificación y presupuestación. Asimismo, en fase de ejecución contractual serán aplicables las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento.*
- 2) *Estar acreditado en expediente la idoneidad del sujeto público para la dotación del objeto contractual. El jerarca deberá acreditar en la decisión inicial los motivos técnicos y financieros que hacen de esta vía la mejor para la satisfacción del fin público, disponiendo de un estudio de mercado que considere a los potenciales agentes públicos y privados.*
- 3) *Observar el marco jurídico que regule las competencias legales de ambas partes.*
- 4) *Observar ambas entidades el equilibrio y la razonabilidad de sus prestaciones en sus relaciones contractuales.*
- 5) *Asegurar que la participación de la entidad contratada sea de al menos un 50% de la prestación objeto del contrato. Las contrataciones con terceros por parte de la contratada deberán estar referidas a cuestiones especializadas y según su régimen de contratación.*
- 6) *Acreditar financieramente la razonabilidad del precio, conforme a las disposiciones de este Reglamento.”*

El documento denominado: Decisión inicial y solicitud de pedido línea 1 de la contratación, oficio PP555-256-2022 (Formulario especial para la migración de convenio de servicios de internet y telefonía), indica los elementos técnicos y operativos que a juicio del MEP justifican la continuidad en la prestación de servicios por parte del ICE.

- “- Brinda el servicio de Telecomunicaciones en todo el país de acuerdo según la zona donde se encuentren los Centros Educativos.*
- Se ajusta a lo establecido en el Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) vigente, en el cual se definen los parámetros que debe cumplir el proveedor de servicios de telecomunicaciones.*
- Cuenta con presencia de sedes en todo el país para poder ofrecer soporte de manera oportuna a los Centros Educativos.*
- Realiza el mantenimiento preventivo a los equipos que se instalen con los servicios para garantizar la adecuada operación.*
- Cuenta con un contacto y el número de teléfono al cual se reportarán las fallas, adicionalmente debe asignar un número de reporte, el cual será informado vía telefónica o por correo electrónico al encargado general de contrato.*
- Proporciona un número único para atender los casos de averías que se presenten a los Centros Educativos”.*

Además, en dicho oficio se detalla:

*“En cuanto a lo definido en el convenio cabe mencionar que en la presente relación entre estos entes no existe limitantes en cuanto a cambios de servicios, bajo demanda, estos cambios relacionados con; modificar anchos de banda, migración de servicios de una tecnología a otra, rescindir de servicio en alguna locación, traslado de servicios de localidades, revisión de facturación y actualización tecnológica del servicio.*

(...)



San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

Además, la aplicación del artículo 162, inciso b, del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que establece lo siguiente: “-Modalidades del contrato de suministros. La contratación del suministro de bienes muebles podrá realizarse bajo alguna de las siguientes modalidades:

b) *Entrega según demanda: cuando las condiciones del mercado, así como el alto y frecuente consumo del objeto lo recomienden, en suministros tales como alimentos, productos para oficina y similares, se podrá pactar no una cantidad específica, sino el compromiso de suplir los suministros periódicamente, según las necesidades de consumo puntuales que se vayan dando durante la fase de ejecución (...)*”

Es así como haciendo una revisión del documento de decisión inicial relacionada a la línea 1 de la contratación, oficio PP555-256-2022, **no se logra evidenciar la disponibilidad de un estudio de mercado en él se consideren a los potenciales agentes públicos y privados para la dotación del objeto contractual**, tal y como lo señala el inciso 2) del artículo 138 del Reglamento a la Ley 7494.

En el estudio técnico relacionado a la línea 1 de la contratación se menciona como razones para la operatividad del servicio de telecomunicaciones proporcionada al MEP por parte del ICE a través del convenio:

“

- *Mayor cobertura en zonas rurales y de difícil acceso del territorio nacional, ya que, aunque existan otros proveedores pueden cubrir estas zonas, los mismos se enlazan sobre la infraestructura de ICE. Esta cobertura se puede evidenciar en el ICE, por medio de un sistema de geolocalización con que cuenta dicho proveedor. Lo anterior nos revela que, si el ICE no puede llegar a alguna zona, por cuestión de rentabilidad, los otros proveedores tendrían mayor dificultad para ofrecer el servicio. Finalmente se observa en el sitio web de la SUTEL ( Sutel | Tu comparador a la mano ), el mapa de cobertura de los cuatro principales operadores del país, donde muestra que el ICE está presente en todas las provincias, no así los otros proveedores.*
- *Calidad de servicio de acuerdo con los diferentes servicios prestados en forma ininterrumpida en la mayor parte del país en los últimos 18 años ha sido muy buena, se puede destacar que al día de hoy existen herramientas complementarias que permiten medir la estabilidad de los servicios en tiempo real, por ejemplo, el SIMSE (Sistema ICE de Monitoreo de Servicios Empresariales).*
- *El proveedor ICE cuenta con líneas telefónicas 24/7 para dar soporte correctivo en caso de averías, por otro lado, posee gran cantidad de sucursales a nivel nacional lo cual facilita la atención al usuario final de una manera ágil y efectiva para atender y/o solucionar las incidencias de los servicios de telecomunicaciones.*
- *Referente a la razonabilidad del precio del proveedor ICE, existe en el sitio web de la SUTEL ( Sutel | Tu comparador a la mano ) un comparador de precios de diferentes proveedores de servicios de telecomunicaciones, donde se muestran los precios de las diversas tecnologías y las velocidades asociadas a las mismas, que ofrece el mercado hoy en día, realizando un análisis se puede verificar que el precio que ofrece el ICE es razonable y competitivo, además que el ICE en el actual convenio aplica descuentos”. (El resaltado es nuestro).*

Además, en este mismo informe técnico se concluye lo siguiente:

*“Desde el punto de vista técnico es factible, darle continuidad al servicio de telecomunicaciones haciendo los ajustes necesarios de la contratación, puesto que no habría una afectación en cuanto a la cobertura, calidad y soporte, mediante el convenio ICE-MEP(CON-011-04) y sus adendas.*”

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

*En el aspecto financiero y referente a la razonabilidad del precio; existe una viabilidad por parte de la administración para continuar bajo la modalidad del convenio, **pues el proveedor se encuentra dentro de un rango aceptable de la oferta existente en el mercado*** (lo destacado es intencional).

**En cuanto a los elementos de justificación que se brindan respecto a la línea 1** de la contratación tanto en el oficio PP555-256-2022 (decisión inicial) como informe técnico relacionado, se hacen mención de elementos tales como un número único para la atención de averías, el contar con un contacto y el número de teléfono de un agente para el reporte de averías, la realización de mantenimiento preventivo a equipos por parte de un operador, **elementos que no son diferenciadores ni de peso para la selección de un oferente particular, y que en muchos casos corresponden a requisitos regulatorios que deben cumplir todos los proveedores de servicios de telecomunicaciones, según lo dispuesto en el Reglamento de Protección al Usuario Final, o bien a obligaciones del propio contratista dispuestas en el artículo 121 del anteriormente vigente Reglamento a LCA.**

Así mismo se manifiesta temas como cobertura en zonas rurales y de difícil acceso del territorio nacional como parte de la justificación, esto sin detallar al tipo de cobertura a la cual hacen referencia bien sea por servicio o tecnología, además se indica que existen otros operadores que se enlazan a la infraestructura ICE para la prestación de servicios y que si el ICE no tiene presencia en una zona geográfica nacional por temas de rentabilidad otros operadores tendrán más dificultades para ello, sin embargo, en estas afirmaciones son presentadas sin elementos que las sustenten.

Además, se indica que por medio del sitio web de la SUTEL específicamente en “*Tu comparador a la mano*” fue posible observar el mapa de cobertura de los cuatro principales operadores del país, es importante, resaltar que la SUTEL cuenta con una herramienta llamada “*Mi comparador*” en el que los usuarios pueden realizar comparaciones de planes y promociones de servicios de telefonía fija y móvil, televisión e internet, esta herramienta no brinda información sobre servicios empresariales ni corporativos ni pymes, es por ello, que temas como cobertura no puede ser determinada por medio de la herramienta “*Mi comparador*”. Y dicha herramienta tampoco resulta adecuada, para analizar la razonabilidad del precio ofrecido para servicios de naturaleza empresarial.

En cuanto a calidad de servicios se menciona por parte el MEP que esta ha sido buena y ha sido brindada de manera ininterrumpida en los últimos 18 años por parte del ICE, sin embargo, parte de ese lapso de tiempo mencionado en el informe técnico constituye a una coyuntura de mercado de monopolio, en el cual las necesidades de los servicios de telecomunicaciones en país eran provista por un único operador, hoy en día la realidad del mercado de las telecomunicaciones es diferente, lo que permite a los usuarios finales disfrutar de una mayor variedad de servicios, calidad y precio; a su vez se hace referencia de una herramienta propia del ICE abreviada como SIMSE, sin embargo, no se visualiza un análisis de calidad de servicios comparativo con otros operadores del mercado.

Así mismo se menciona que pudo ser analizado la razonabilidad de precios del ICE, por medio de la herramienta “*Tu comparador a la mano*” de la SUTEL, sin embargo, no se brinda evidencia de las comparaciones realizadas que sustentan la conclusión brindada, además, es importante mencionar que la herramienta “*Mi comparador*” mencionada excluye servicios empresariales, corporativos y Pymes; según señala la nota 3604-543-2022 enviada por el ICE hacia el MEP algunos de los servicios

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

ofertados por el ICE por medio de la contratación constituyen servicios empresariales, por ello, a través de la documentación que consta en el expediente de la contratación no pudo acreditarse la razonabilidad de precios tal y como se expresa en el inciso 6) del artículo 138 del Reglamento a la Ley 7494.

Otro requisito que no pudo ser identificado es la acreditación de participación del ICE de al menos un 50% de la prestación del objeto de contrato, tal y como se solicita en el inciso 5) del artículo 138 del Reglamento a la Ley 7494. Sin embargo, ante consulta de la SUTEL el ICE aclara sobre dicho punto indicando que cumple lo dispuesto en tal norma.

En cuanto a la decisión inicial relacionada a la línea 2 de la contratación, oficio PP555-256-2022, se indican los elementos técnicos y operativos que a juicio del MEP justifican la continuidad en la prestación de servicios por parte del ICE.

“

- *Brinda el servicio de telefonía a Direcciones Regionales, Supervisiones y Oficinas Centrales del MEP.*
- *Se ajusta a lo establecido en el Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) vigente, en el cual se definen los parámetros que debe cumplir el proveedor de servicios de telecomunicaciones.*
- *Cuenta con presencia de sedes en todo el país para poder ofrecer soporte de manera oportuna a las Direcciones Regionales y Circuitos*
- *Se cuenta con un contacto y el número de teléfono al cual se reportarán las fallas, adicionalmente debe asignar un número de reporte, el cual será informado por correo electrónico al encargado general de contrato.*
- *Tiene un mayor alcance en telefonía fija y móvil que las demás operadoras a nivel nacional.*
- *Cuando se inició el convenio, no existía competencia en el mercado de telefonía por lo cual el ICE fue la mejor opción para optar por el servicio.*
- *El servicio de telefonía es vital para realizar las operaciones del MEP”.*

De igual manera dentro del documento Decisión inicial se hace referencia al Dictamen C-152-2000 del 7 de julio de 2000, en el cual la Comisión para Promover la Competencia, indica:

*“El servicio de telefonía básico como parte de los servicios de telecomunicaciones, constituye en Costa Rica un servicio público y, como tal, goza de las características del servicio universal. De esta forma, todo habitante tiene derecho a recibir el servicio a un precio razonable.”*

En otro apartado de este mismo documento se menciona:

*“De esta forma y de acuerdo con los dictámenes precedentes el servicio de telefonía es un servicio público que goza de las características de servicio universal, el cual a vez resulta ser esencial de manera que todos los funcionarios del MEP tienen derecho a recibirlo.”*

En el documento Decisión inicial línea 2 de la contratación, oficio DVM-A-P551-0987-2022, no se logra evidenciar la disponibilidad de un estudio de mercado en el que se consideren a los potenciales agentes públicos y privados respecto a los servicios contenido en la línea 2, tal y como lo señala el inciso 2) del artículo 138 del Reglamento a la Ley 7494.

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

En el estudio técnico relacionado a la línea 2 de la contratación denominado “Informe técnico para la migración a SICOP del convenio ICE-MEP (CON-011-04), según circular DGABCA 023-2022” se mencionan los siguientes elementos como justificación para la continuación en la prestación de servicios de telefonía fija y móvil por parte del ICE.

Brinda el servicio de telefonía a Direcciones Regionales, Supervisiones y Oficinas Centrales del MEP.

“

- Se ajusta a lo establecido en el Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) vigente, en el cual se definen los parámetros que debe cumplir el proveedor de servicios de telecomunicaciones.
- Cuenta con presencia de sedes en todo el país para poder ofrecer soporte de manera oportuna a las Direcciones Regionales y Circuitos.
- Se cuenta con un contacto y el número de teléfono al cual se reportarán las fallas, adicionalmente debe asignar un número de reporte, el cual será informado por correo electrónico al encargado general de contrato.
- Tiene un mayor alcance en telefonía fija y móvil que las demás operadoras a nivel nacional.
- Cuando se inició el convenio, no existía competencia en el mercado de telefonía por lo cual el ICE fue la mejor opción para optar por el servicio.
- El servicio de telefonía es vital para realizar las operaciones del MEP”.

Este mismo documento concluye:

*“Es de interés público dar continuidad al servicio que brinda el MEP a las Direcciones Regionales, Supervisiones y Oficinas Centrales, basado en la telefonía fija y móvil que tienen cada una, dotando de un servicio que en la actualidad se puede definir como indispensable en el área administrativa. En este caso la figura del MEP y el ICE cumplen con el requisito que se señala acá, al ser entes de derecho público ambas, y sus competencias están acordes a la actividad desplegada por cada uno.*

*Es importante mencionar, que el contrato va ser de cuantía inestimable, se dotará de presupuesto y pagará de acuerdo a las necesidades de la Administración”.*

Tal y como fue señalado en la línea 1 de la contratación, el elemento de contar con un contacto y el número de teléfono de un agente para el reporte de averías no corresponde en la línea 2 a un elemento diferenciador ni de peso para la selección de un oferente particular, tal y como se señalan en el oficio DVM-A-P551-0987-2022 (Decisión inicial línea 2) y el informe técnico respectivo. De igual manera el cumplimiento de los parámetros de calidad definidos por SUTEL, es un requisito regulatorio que deben cumplir todos los proveedores del mercado, y por tanto no es un diferenciador del servicio prestado por el ICE, de igual manera el contar con un punto de atención directo es un requisito del contratista dispuesto en el artículo 121 del RLCA.

Además, **respecto a la justificación brindada acerca de que el servicio de telefonía es vital para las actividades operativas realizadas por el MEP, el ser un servicio vital no impide que este pueda ser provisto por algún otro operador**, si bien al momento de suscribir el contrato entre ambas entidades solo el ICE proveía servicios de telefonía en país, hoy el mercado cuenta con más operadores que pueden proveer servicios tanto de telefonía fija por medios como VoIP como de telefonía móvil. Y

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

en particular la existencia de portabilidad numérica para los servicios móviles no impide que se puedan conservar los números telefónicos que actualmente posee el MEP, en el caso de la telefonía fija, la inexistencia de la portabilidad numérica fija sí resulta en una limitante para el traslado de los números que tradicionalmente ha venido empleando el MEP.

Además, se hace referencia a que el ICE tiene un mayor alcance en telefonía fija y móvil que el resto de los operadores a nivel nacional, el término alcance muestra ser ambiguo y carente para vislumbrar a que variable corresponde dicho término bien sea a cobertura, calidad, suscripciones u otros, es importante señalar que ninguna de las justificaciones brindadas tanto en la Decisión inicial así como en el informe técnico del MEP vienen acompañadas de un análisis que sustente dichas manifestaciones, **de igual manera en la documentación que consta en el expediente de la contratación no se pudo acreditar la razonabilidad de precios**, tal y como se solicita en el inciso 5) del artículo 138 del Reglamento a la Ley 7494.

#### **4.3. Sobre los posibles impactos para la competencia del mercado de la contratación en cuestión**

A partir de los elementos analizados en relación con la contratación 2022-CD-00059-0007300001, se encuentra que la decisión del MEP de extender el convenio de cooperación con el ICE, en lugar de realizar un proceso de licitación abierta puede tener los siguientes impactos a nivel de competencia.

##### **4.3.1. Brindar continuidad por parte del MEP al Convenio de Cooperación con el ICE es una decisión que no favorece el principio de libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones.**

Tal y como se explicó, el MEP en aplicación de la Directriz CIRCULAR DGABCA-0023-2022 del 22 de marzo de 2022 realizó una migración de dicho contrato al sistema SICOP. Adicionalmente, la modalidad de contratación es contra demanda y como se indicó en el punto anterior, no se evidencia del expediente contratación directa 2022CD-000059-0007300001 que se hayan satisfecho todos los requisitos a cumplir en las actividades contractuales desarrolladas entre entes de Derecho Público indicados en el artículo 138 incisos 2), 5) y 6) del Reglamento de la Ley 7494.

El MEP entre las razones que alega para continuar con dicho convenio (expuestos en dos informes técnicos<sup>20</sup>) es que el ICE tiene alcance nacional, cuenta con sedes en todo el país, se ajusta a lo establecido en el Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), el precio que ofrece el ICE es razonable y competitivo, además que el ICE en el actual convenio aplica descuentos, etc., -así como que de no contar con el convenio-, las diferentes dependencias del MEP, como lo son oficinas centrales, regionales, supervisiones escolares, así como centros educativos, tendrían afectación completa en todos los servicios implícitos en el convenio, viéndose interrumpidos los servicios de telecomunicaciones utilizados por cada una de las áreas mencionadas, quedando sin estos servicios.

<sup>20</sup> MEP (2022). DVA-A-DIG-344-2022. Programa presupuestario 555. Criterio Técnico Contratación 2022CD-000059-0007300001 "Migración de Contratos de Servicio de Telecomunicaciones con el ICE de conformidad con lo establecido en la CIRCULAR DGABCA 0023-2022" y DVM-A-OM-0726-2022 criterio técnico contrato ICE línea 2.



San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

No obstante, sirva recalcar nuevamente que **no existe un estudio de mercado dentro del expediente del SICOP que permita respaldar lo indicado en los informes técnicos del MEP** y que permita evidenciar que la oferta de servicios del ICE es la mejor para satisfacer los fines del interés público, lo requiere una valoración de precios y calidades en cuanto a los servicios requeridos por el MEP.

Esta contratación inició cuando aún no existía a nivel nacional competencia en el sector de telecomunicaciones, por lo que en aquel momento (febrero de 2004) el único proveedor era el ICE, - eso hace ya 19 años-<sup>21</sup>, sin embargo la situación del mercado ha cambiado, y como lo ha venido reconociendo el Ministerio de Hacienda en diversas circulares “*con la promulgación y entrada en vigencia de la Ley General de Telecomunicaciones en el año 2008, la Administración Pública se encuentra facultada para contratar, mediante concurso ordinario con proveedores de telecomunicaciones e infocomunicaciones que sean sujetos de Derecho Privado*”.

**Si bien es cierto, el uso del convenio marco es legal y válido, este puede tener efectos sobre la competencia del mercado que debe sopesar la administración contratante.** A modo de ejemplo, la COPROCOM en el Estudio técnico licitación pública 2020 LN-000002-0009100001, “Convenio marco de Servicios de infraestructura con fondos propios” EXP. N° 039-2021-C<sup>22</sup> fue enfática en señalar para la figura de convenio marco que:

*“(…) Sobre el particular y desde el punto de vista del Derecho de Competencia que nos ocupa, cabe cuestionarse concomitantemente, la oportunidad y conveniencia de haberse acudido a la figura contractual del Convenio Marco, estimando la naturaleza de las opciones de negocio involucradas. Si bien es cierto se reconocen los beneficios que tal figura puede tener para la Administración en algunos supuestos concretos, lo también cierto es que **su implementación práctica puede llevar a limitar la competencia y libre concurrencia, por lo que se exige suma prudencia y cautela en su uso y una adecuada ponderación de interés fundamentales en juego.***

*Por ese motivo es que hemos señalado como marco conceptual en líneas precedentes, que la “(…) **posibilidad de aplicar este sistema de acuerdos marco se encuentra limitado (...) y se aconseja que no se utilice de forma abusiva o de manera que la competencia quede obstaculizada, restringida o falseada. (...) los acuerdos marco, pueden provocar, en determinadas circunstancias, efectos negativos sobre la competencia consistentes en un cierre temporal de mercado que define la propia licitación que, a su vez, propicia un entorno más favorable para la colusión, especialmente, en las contrataciones derivadas posteriores. (...)**”.* (Acuerdos Marco en el ámbito de la contratación pública: Guía para un uso procompetitivo. Autoridad Catalana de la Competencia. Versión 2.0. mayo 2013. Páginas 3, 4 y 5. (...)). (El resaltado es nuestro). Pág. 42.

**El sistema de contratación administrativa como se ha reiterado a lo largo de esta opinión debe propiciar la mayor competencia en la búsqueda de la mejor satisfacción del interés público; para ello se necesita que el Estado no sólo permita, sino que propicie, que diversas personas le**

21 A modo de derecho comparado, la Fiscalía Nacional Económica de Chile (2020), por medio del estudio de Mercado sobre compras públicas de la División de estudios de mercado. Recuperado el 09 de febrero del 2023 en el sitio web: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/08/informe\\_preliminar\\_EM05\\_2020.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/08/informe_preliminar_EM05_2020.pdf) ha indicado que: “(…)De acuerdo con la muestra analizada de tratos directos, el 45% de las contrataciones directas que invocaban la causal de “proveedor único” establecida en el artículo 8 literal d) de la Ley N°19.886 se encontraban incorrectamente justificados por los organismos públicos demandantes (...). Pág. 247.

22 COPROCOM-Unidad de Investigaciones (2021). Estudio técnico licitación pública 2020 In-000002-0009100001, “Convenio marco de Servicios de infraestructura con fondos propios” EXP. N° 039-2021-C. Recuperado el 09 de febrero del 2023 en el sitio web: [https://www.coprocom.go.cr/publicaciones/estudios\\_mercado/EM\\_ConveniosMarco080921.pdf](https://www.coprocom.go.cr/publicaciones/estudios_mercado/EM_ConveniosMarco080921.pdf)

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

**ofrezcan sus bienes o servicios.** El concurso abierto y, particularmente, la posibilidad de una mayor competencia tiene como objeto que el Estado contrate con la persona, física o jurídica que reúna las mejores condiciones para satisfacer las necesidades administrativas. En la medida en que participe el mayor número de oferentes, la Administración puede realizar una mejor selección y por ende, puede lograr una mejor satisfacción del interés general. Esa satisfacción explica que la contratación administrativa moderna se rija por los principios de amplia publicidad, libre acceso de los que reúnan los requisitos y la igualdad de participación.

En esta misma línea, la Procuraduría General de la República ha reconocido:

*“(...) la necesidad de concurrencia, la publicidad de los procedimientos tiende a concretizar principios de buena administración y moralidad administrativa y, por ende, la necesidad de una gestión honorable de los fondos públicos. Gestión que obliga a evitar el favoritismo y el negociado. Es por ello que se propicia el concurso como forma de selección del cocontratante de la Administración. Esa necesidad lleva a postular la licitación como la regla del procedimiento de contratación administrativa.*

*La Administración no es libre para contratar con quien desee. Debe hacerlo buscando la satisfacción del interés público, pero con apego al procedimiento que legalmente corresponda. Se parte de que la satisfacción del interés público no se logra si no se propicia la libre concurrencia en condiciones de igualdad de participación. Estos objetivos se consiguen sujetándose al procedimiento de concurso que corresponda, lo cual está determinado por el monto del gasto que implique el contrato en relación con el presupuesto ordinario de la Administración interesada en la contratación.*

*De lo anterior se sigue el rechazo de la negociación directa como forma de contratación administrativa. Se estima que esta negociación directa, al rehuir la competencia, puede dar lugar a una contratación ilícita, viciada e incluso a prácticas de corrupción. Es por ello que la necesidad de una cierta concurrencia se impone para todos los organismos públicos que puedan actuar con un grado de poder en el mercado (...).” Opinión jurídica número OJ-227-2003 del 11 de noviembre de 2003.*

En ese sentido también la **Fiscalía Nacional Económica de Chile**<sup>23</sup>, ha reconocido que la competencia es un principio general de las compras públicas:

*“(...) las normas que señalan que la licitación pública constituye la regla general en materias de contratación administrativa y del artículo 30 literal g) de la Ley de Compras, que establece que una de las funciones de la Dirección de Compras y Contratación Pública es la promoción de la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración”. Pág. 44.*

Actualmente dada la situación fiscal, el Estado cuenta con un presupuesto limitado, por lo que los recursos públicos existente deben ser invertidos contratando los mejores y mayores servicios que se pueda, y el que la administración cuente con el mayor número posible de opciones, que le permitan obtener el mejor precio y a la mejor calidad de los bienes y servicios que requiere, todo ello en razón de la óptima y eficiente utilización de los recursos públicos.

<sup>23</sup> Fiscalía Nacional Económica de Chile (2020). Estudio de Mercado sobre compras públicas de la División de estudios de mercado. Recuperado el 09 de febrero del 2023 en el sitio web: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/08/informe\\_preliminar\\_EM05\\_2020.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/08/informe_preliminar_EM05_2020.pdf)

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

Esta Superintendencia, por medio del **Estudio de Mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones**<sup>24</sup> ha señalado:

*“Se debe recordar que la contratación pública representa una buena parte del gasto del Estado y que en períodos de déficit fiscal como el actual, dichos fondos deben adjudicarse con la mayor eficiencia posible. (...)”*. Pág. 44.

Dicho estudio también realiza un análisis del por qué diversos proveedores deciden no participar de contrataciones públicas, señalándose en particular: “(...) la existencia de acuerdos previos de las instituciones con proveedores que limitan o incluso hacen nula la posibilidad de participar en ciertos procesos (...)”. (Lo destacado es intencional). Pág.45.

El establecimiento de mecanismos que disminuyan la libre competencia en los procesos de compras públicas del Estado no sólo genera una distorsión en el mercado, sino que van en detrimento de los intereses del propio Estado, que al desincentivar la competencia obtiene en sus procesos de compra pública menos ofertas y por tanto, no recibe los beneficios propios de la libre competencia, como lo son: mejores precios, mejor calidad y mayor innovación.

En ese sentido, si bien **la Circular DGABCA-0023-2022**, establecía dentro del procedimiento propuesto la posibilidad de que las diversas administraciones públicas en lugar de procesos abiertos de contratación, procedieran a “migrar” sus contratos de servicios de telecomunicaciones a SICOP mediante el empleo de la aplicación de excepciones, aplicables tanto para antes del derecho público como del derecho privado, lo cierto es que **dejaba abierta a cada administración contratante la posibilidad de realizar procesos de concurso abierto**.

**La obligación definida por el Ministerio de Hacienda de migrar los contratos de servicios de telecomunicaciones que se encontraban fuera de SICOP a procesos de contratación pública dentro del SICOP representaba una oportunidad para favorecer procesos de compras públicas abiertos.**

En ese sentido, es claro que la migración realizada por el MEP de los Contratos de Servicio de Telecomunicaciones con el ICE a SICOP (el Convenio de Cooperación Institucional -CON-011-04 del 2004- entre el MEP y el ICE y sus adendas) mediante el empleo de la figura de la excepción de contratación entre antes del derecho público constituye un proceso que no favorece la competencia. **El haber empleado en este proceso una licitación abierta hubiera resultado particularmente relevante para favorecer la competencia del mercado, considerando que la suscripción de dicho Convenio entre el MEP y el ICE es previa a la apertura del mercado de telecomunicaciones, lo que impidió en su momento que el mismo pudiera tratarse de un procedimiento abierto.**

En ese sentido un proceso abierto a la competencia, le habría permitido al MEP obtener la posibilidad de contar con diversas ofertas para la mejor selección del interés público que perseguía.

<sup>24</sup> SUTEL (2022). Estudio de mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones, San José, Costa Rica. Recuperado el 08 de febrero del 2023 del sitio web: [https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/informe\\_estudio\\_mercado\\_compras\\_publicas.pdf](https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/informe_estudio_mercado_compras_publicas.pdf)

San José, 14 de febrero del 2023

**01278-SUTEL-OTC-2023**

Si bien se entiende la pertinencia de que cada administración valore y sopesa el cumplimiento de sus fines públicos en este tipo de procesos, es importante que se tenga en consideración que los procesos abiertos de contratación administrativos no sólo protegen los intereses financieros del Estado, sino que también logran generarle a la administración una diversidad de opciones para la selección de la oferta que mejor logre satisfacer el interés público perseguido.

En consecuencia, se **considera que el MEP debe valorar, de acuerdo con la normativa aplicable en el ámbito de las compras públicas, optar a futuro por procesos de licitación abiertos en materia de adquisición de servicios de telecomunicaciones.**

#### **4.4. El no empleo de los principios de igualdad y libre concurrencia va en detrimento de procesos de contratación que favorezcan la competencia del mercado.**

El Plan de trabajo para la implementación de la Ruta de la conectividad educativa 2022-2026 pretende operacionalizar, en el periodo 2022-2026, el Convenio de Cooperación Institucional (CON-011-04 del 2004) entre el MEP y el ICE y sus adendas, el cual cubre actualmente al 47% de los centros educativos del país. El alcance de este plan, como se ha venido desarrollando, se encuentra bajo el número de contratación directa 2022CD-000059-0007300001. Mientras que la conectividad del restante 53% (2.497) de los centros educativos es actualmente responsabilidad del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL).

Así la conectividad de los centros educativos del país se realiza mediante dos mecanismos distintos, los procesos del MEP y los procesos de FONATEL. En sentido, **es importante llamar la atención en relación con la diferencia en el proceso seguido por el MEP para la conectividad de centros educativos, y los lineamientos en materia de política pública emitidos por el Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT) a través del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2022-2027<sup>25</sup>**, el cual en su numeral 4.7.1 denominado “Lineamientos para las intervenciones financiadas por FONATEL” enumera una serie de puntos a considerar de forma integral en materia de compras públicas en las intervenciones financiadas con recursos del FONATEL para la conectividad de centros educativos:

*“(…) En el diseño y ejecución de los proyectos y programas con cargo al FONATEL, se deberá asegurar **La transparencia, la amplia participación de todos los posibles oferentes, el respeto del concurso público como procedimiento constitucionalmente dispuesto para la contratación pública, la calidad, la rendición de cuentas, la optimización de los servicios públicos e infraestructura nueva y existente, y la compartición de infraestructura, a satisfacción de las instituciones beneficiarias (…)**”. Pág. 74. (El resaltado es nuestro).*

*(…)10. En el diseño y ejecución de los proyectos y programas con cargo al FONATEL, se deberá asegurar la transparencia, la amplia participación de todos los posibles oferentes, el respeto del concurso público como procedimiento constitucionalmente dispuesto para la contratación pública, la calidad, la rendición*

---

<sup>25</sup> Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (2022). Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2022-2027. Costa Rica: Hacia la disrupción digital inclusiva. - San José, C. R. Recuperado el 08 de febrero del 2023 del sitio web: <https://www.micitt.go.cr/wp-content/uploads/2022/12/PNDT-2022-2027-V12-12-22.pdf>

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

*de cuentas, la optimización de los servicios públicos e infraestructura nueva y existente, y la compartición de infraestructura, a satisfacción de las instituciones beneficiarias (...). Pág. 75.*

Si bien los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones están dirigidos a FONATEL, lo cierto es que los mismo deberían estar constituidos como principios no sólo para las intervenciones financiadas por la FONATEL en materia de conectividad educativa, sino también para todas aquellas financiadas con fondos administrados por parte del Poder Ejecutivo en materia de telecomunicaciones, al tenor de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 8642:

*“Corresponde al Poder Ejecutivo, por medio del Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, definir las metas y las prioridades necesarias para el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad (...). Con este fin, dicho Plan deberá contener una agenda digital, como un elemento estratégico para la generación de oportunidades, el aumento de la competitividad nacional y el disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento, que a su vez contenga una agenda de solidaridad digital que garantice estos beneficios a las poblaciones vulnerables y disminuya la brecha digital”.*

Lo anterior implica que a nivel del propio Estado existen dos realidades en materia de la aplicación de procesos de compras públicas para los proyectos de conectividad educativa, una para aquellos proyectos a ser desarrollados por FONATEL y otra la seguida por el MEP.

De conformidad con lo anterior, **resulta pertinente que en materia de conectividad educativa el MEP siga los lineamientos definidos en el PNDDT, los cuales garantizan el cumplimiento de los principios de igualdad y libre concurrencia que deben primar en materia de contratación de servicios de telecomunicaciones, incluyendo aquellos procesos que incluyen el empleo de fondos públicos.**

Los lineamientos del **PNDDT** buscan que **los procedimientos de contratación pública den un trato igualitario a todos los oferentes en procura de la más amplia competencia, evitando así el establecimiento de restricciones injustificadas a la libre participación.**

La aplicación por parte del MEP de estos principios definidos en el PNDDT para la conectividad educativa, garantizarían no sólo el respeto al principio de libre concurrencia, sino también el hecho de que el actuar del Estado en la aplicación de la política pública resulte consecuente y coordinado.

## **5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

A partir de lo desarrollado de previo se concluye:

- 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



San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

relacionados con el sector de las telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisa.

- 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 esta Opinión se emite en el marco de las facultades de abogacía y promoción de la competencia con que cuenta la SUTEL en el marco de la Ley 9736, y la misma busca impulsar mejoras en el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones, eliminar y evitar distorsiones al funcionamiento de los mercados de telecomunicaciones y aumentar el conocimiento sobre los beneficios de la competencia, y no pretende realizar una valoración de temas específicos de la materia de contratación administrativa en relación con el procedimiento de contratación 2022CD-000059-0007300001, lo cual corresponde a una competencia legal que recae sobre otros órganos públicos.
- iv. Que previamente el MEP y el ICE realizaron la firma de los convenios CON-011-04-2004 y CON-102-07, así como de las adendas CON-011-04-2013 y CON-011-04-2017, la firma de los convenios fue realizada bajo una coyuntura en la que no existía competencia en el mercado de las telecomunicaciones, lo que impedía a la administración pública contar con diferentes oferentes para la satisfacción de necesidades en materia de servicios de telecomunicaciones, realidad que sí es posible hoy en día.
- v. Que el Ministerio de Hacienda mediante circular DGABCA 0023-2022 relativa a “Lineamiento para generar los procesos de contratación para la adquisición de los servicios de Telefonía e Internet en el SICOP” recuerda a las proveedurías institucionales la necesidad de trasladar a SICOP aquellos procesos que no hayan sido promovidos a través de dicha plataforma. Dicha Circular establece que para aquellos contratos que se deseen continuar por parte de la administración contratante se usará una figura de contratación por excepción, a saber: por oferente único (para oferentes privados) o actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público (para operadores públicos). La citada circular también dispone que, para aquellos casos, donde la administración determine salir a concurso para contratar los servicios de telefonía e internet, deberá hacerlo mediante concurso ordinario.
- vi. Que, en virtud de lo dispuesto por el Ministerio de Hacienda, el MEP promueve la Contratación Directa 2022CD-000059-0007300001, bajo la excepción de actividad contractual desarrollada entre sujetos de derecho público según los artículos 2 inciso c) de la anterior Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494 y 138 de su Reglamento, por medio de la que realiza la migración de Contratos de Servicio de Telecomunicaciones con el ICE.
- vii. 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*

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

*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”.*

- viii. 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.
- ix. Que, en particular, la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda mediante Circular DGABCA-DNC-052-2019 definió los *“Aspectos mínimos por considerar en contrataciones de servicios de Telecomunicaciones e Infocomunicaciones y requerimiento de información respecto a contratos de esta índole”.*
- x. Que de la documentación que consta en el expediente de la contratación 2022CD-000059-0007300001 no incluye un estudio de mercado que considere a los potenciales agentes públicos y privados que podían ofrecer el servicio, ni tampoco se presenta un detalle que acredite financieramente la razonabilidad del precio.
- xi. Que la omisión de estos elementos impide determinar si el empleo de la excepción contenido en el inciso c) de la Ley 7494, pese a restringir la libre competencia y competencia, resulta en un mecanismo idóneo para la satisfacción del interés público.
- xii. Que la decisión de brindar continuación por parte del MEP al Convenio de Cooperación con el ICE es una decisión que limita la posibilidad de los restantes operadores que se encuentran en el mercado para ofrecer sus bienes al Estado e impide del disfrute de los beneficios de la competencia.
- xiii. Que el plazo del convenio y su posterior ampliación por un período de 10 años, generan un segmento de mercado cautivo en materia de compras públicas del Estado por un período que supera lo establecido en la nueva Ley 9986, sino también las recomendaciones sobre duración de contratos en materia de competencia, para prevenir que se presenten cierres de mercado.
- xiv. Que la decisión del MEP de extender el convenio de cooperación con el ICE mediante la contratación 2022-CD-00059-0007300001, en lugar de realizar un proceso de licitación abierta, es una decisión que no favorece el principio de libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, siendo que el no empleo de los principios de igualdad y libre competencia va en detrimento de procesos de contratación que favorezcan la competencia del mercado.
- xv. Que la migración de los Contratos de Servicio de Telecomunicaciones con el ICE (el Convenio de Cooperación Institucional -CON-011-04 del 2004- entre el MEP y el ICE y sus adendas) de conformidad con lo establecido en la Circular DGABCA 0023-2022, promovido y llevado a cabo por MEP no constituye el mejor mecanismo de contratación pública desde la perspectiva de la competencia, toda vez que no favorece la libre competencia.

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

- xvi.** Que el Estado debe trabajar de manera integral y coordinada, velando por la aplicación del Principio de igualdad y libre concurrencia en toda la actividad contractual en que medie el empleo de fondos públicos y durante todo el ciclo de la compra pública.
- xvii.** Que existe una diferencia en el proceso seguido por el MEP para la conectividad de centros educativos, y los lineamientos en materia de política pública emitidos por el MICITT a través del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2022-2027, el cual en su numeral 4.7.1 denominado “Lineamientos para las intervenciones financiadas por FONATEL” enumera una serie de puntos a considerar de forma integral en materia de compras públicas en las intervenciones financiadas con recursos del FONATEL para la conectividad de centros educativos.
- xviii.** Que resulta pertinente que en materia de conectividad educativa el MEP siga los lineamientos definidos en el PNDT, los cuales garantizan el cumplimiento de los principios de igualdad y libre concurrencia que deben primar en materia de contratación de servicios de telecomunicaciones. Los lineamientos del PNDT buscan que los procedimientos de contratación pública den un trato igualitario a todos los oferentes en procura de la más amplia competencia, evitando así el establecimiento de restricciones injustificadas a la libre participación.
- xix.** Que la aplicación por parte del MEP de los principios definidos en el PNDT para la conectividad educativa, garantizarían no sólo el respeto al principio de libre concurrencia, sino también el hecho de que el actuar del Estado en la aplicación de la política pública resulte consecuente y coordinado.

A partir de las anteriores conclusiones, se recomienda al Consejo de la SUTEL valor recomendar al MEP lo siguiente como un mecanismo para promover la libre concurrencia en los procesos de contratación de servicios de telecomunicaciones:

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

San José, 14 de febrero del 2023  
**01278-SUTEL-OTC-2023**

- iv. Hacer saber al MEP 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**

Laura López Carrillo  
Economista  
Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Michelle Corrales Sánchez  
Abogada  
Unidad de Investigación y Concentraciones

Silvia León Campos  
Jefe  
Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Deryhan Muñoz Barquero  
Directora  
Dirección General de Competencia

**dmb/mcs/lc**

Expediente: GCO-OTC-CGL-00023-2023