

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

Señores
Miembros del Consejo
Superintendencia de Telecomunicaciones

Asunto: Informe de opinión sobre la contratación 2023PX-000054-0007100001 de “Servicios de Telecomunicaciones por Demanda” del Ministerio de Seguridad Pública.

Estimados señores:

La Dirección General de Competencia (DGCO) de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), con base en las competencias establecidas en los artículos 46 bis y 46 tris del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF) y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 incisos a), d), k) y l) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642; 2, 3, 13, 14, 15 y 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736; 24 del Reglamento a la Ley 9736, Decreto Ejecutivo 43305-MEIC y 30 del Reglamento del régimen de competencia en telecomunicaciones de la SUTEL, se permite remitir para su valoración el análisis sobre la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000054-0007100001 del Ministerio de Seguridad Pública para la adquisición de “Servicios de Telecomunicaciones por Demanda”.

1. Antecedentes

- I. Que el 05 de abril de 2022, la Dirección de Tecnología de Información (DTI) del Ministerio de Seguridad Pública (MSP) a través del Departamento de Telemática contacta a las empresas: Tigo Business, American Data Networks, Claro y Cabletica-Movistar (Liberty) para realizar un sondeo de los distintos servicios que proveen estas empresas en el sector de telecomunicaciones y solicitar una cotización, con el fin de establecer un marco referencial para la contratación en cuestión. (Pág. 11 “2. Especif. Técnicas Telecomunicaciones V9 - 26-12-2023.docx”, Expediente electrónico del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP)).
- II. Que el 21 de diciembre de 2022, la DTI del MSP, a través del Departamento de Telemática contacta a las empresas: Telecable e Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), con el fin de ampliar el sondeo iniciado el 05 de abril de 2022. (Pág. 33 “2. Especif. Técnicas Telecomunicaciones V9 - 26-12-2023.docx”, Expediente electrónico del SICOP).
- III. Que el 16 de noviembre de 2023, la DTI del MSP publicó en el SICOP las especificaciones de la contratación mediante la invitación 1832023000400052 con fecha límite de respuesta el 23 de noviembre de 2023, invitación que fue únicamente respondida por el ICE y Telecable. (Pág. 39 “2. Especif. Técnicas Telecomunicaciones V9 - 26-12-2023.docx”, Expediente electrónico del SICOP).
- IV. Que el 28 de diciembre de 2023 a las 14:00 horas se apertura la recepción de ofertas y es en esa misma fecha que el MSP realiza el acto de adjudicación de la contratación 2023PX-000054-0007100001 “Servicios de Telecomunicaciones por Demanda” al ICE bajo el procedimiento de excepción entre entes de derecho público (Expediente electrónico del SICOP).

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

- V. Que el 09 de enero de 2024 vía correo electrónico (NI-00175-2024), de manera anónima se puso en conocimiento a la SUTEL sobre la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000054-0007100001 del MSP para la contratación de “*Servicios de Telecomunicaciones por Demanda*”.

2. Sobre el objeto contractual de la licitación en análisis

El objeto contractual descrito en las especificaciones técnicas¹ de la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000054-0007100001 del MSP para “*Servicios de Telecomunicaciones por Demanda*” se encuentra compuesto por 57 líneas:

- Líneas de la 1 a la 13: Servicios de internet simétrico de banda ancha, varía únicamente la velocidad requerida.
- Líneas de la 14 a la 27: Servicios de enlaces MPLS VPN capa 3, varía únicamente la velocidad requerida.
- Líneas de la 28 a la 32: Servicios de enlaces MPLS VPN capa 2, varía únicamente la velocidad requerida.
- Líneas de la 33 a la 36: Internet asimétrico, varía únicamente la velocidad requerida.
- Líneas de la 37 a la 44: Internet móvil, varía únicamente en capacidad contratada.
- Líneas de la 45 a la 49: Telefonía celular, varía según los planes postpago contratados.
- Línea 50: Mensajería de texto SMS.
- Líneas de la 51 a la 52: Telefonía SIP TRUNK, varía según el plan de telefonía SIP Trunk contratado.
- Línea 53: Líneas Dedicadas.
- Línea 54: Punto a punto en fibra óptica.
- Línea 55: Telefonía fija.
- Línea 56: Servicios satelitales.
- Línea 57: Servicio APN.

De manera, que todas las líneas del objeto contractual se refieren a servicios telecomunicaciones.

¹ Documento denominado “2. Especific. Técnicas Telecomunicaciones V9 - 26-12-2023.pdf (Pág. 46) ubicado en el expediente electrónico 2023PX-000054-0007100001 del SICOP.

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

3. 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 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:

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

“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).

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 recomendaciones², emisión de guías³, realización de estudios de mercado⁴ actividades de asesoramiento, capacitación y difusión⁵, acuerdos de cooperación⁶, programas de cumplimiento voluntario⁷, además de la difusión y publicación de su labor⁸.

En particular, según los artículos 21 de la Ley 9736, 24 del Reglamento a la Ley 9736 (Decreto Ejecutivo 43305-MEIC) y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones, **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.

² Artículo 21

³ Artículo 22

⁴ Artículo 23

⁵ Artículo 24

⁶ Artículo 25

⁷ Artículo 26

⁸ Artículo 27

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

En este sentido, las 57 líneas que conforman el objeto contractual de la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000054-0007100001 del MSP para la contratación de “*Servicios de Telecomunicaciones por Demanda*” se refieren a servicios de telecomunicaciones, por lo que **se considera en razón del objeto contractual que esta licitación podría tener el potencial para incidir en los mercados de las telecomunicaciones y acorde a las competencias asignadas por ley a la SUTEL, esta Superintendencia tiene competencia para emitir la presente opinión.**

4. Sobre el marco para el análisis de los pliegos de condiciones

Una de las principales actividades de abogacía de la competencia que realizan las diversas autoridades a nivel mundial consiste en el análisis de las restricciones públicas a la competencia. Dicho análisis permite proporcionar insumos para fortalecer a las legislaciones, regulaciones, carteles o políticas, ya sean en proceso de elaboración o existentes, para prevenir que estas resulten en restricciones que afecten a la competencia, generen resultados adversos en el precio, la calidad, la innovación, limiten las opciones de decisión del consumidor, entre otras consecuencias⁹.

Es así como dentro del proceso de implementación de la Ley 9736, la SUTEL ha desarrollado la “*Guía para la Evaluación de la Regulación desde la Perspectiva de la Competencia*” aprobada mediante acuerdo 037-061-2022 del 5 de setiembre del 2022, por lo que se considera pertinente utilizar este instrumento para el análisis correspondiente; sin embargo, la aplicación estricta de la metodología allí planteada, no resultará en un ejercicio óptimo por cuanto existe una falta de elementos particulares en la documentación a analizar. De manera que, se seguirá los elementos que esta Guía plantea, determinando si el pliego de condiciones restringe la competencia, si la restricción está justificada, si hay alternativas menos restrictivas y si el pliego de condiciones requiere ser reformado para lograr promover los principios de libre competencia y concurrencia.

5. Análisis del pliego de condiciones para la licitación por excepción entre entes de derecho público del MSP para la contratación de “*Servicios de Telecomunicaciones por Demanda*”

A. Sobre los principios que deben regir la contratación administrativa para garantizar la libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones

El artículo 8 inciso f) de la Ley General de Contratación Pública, Ley 9986¹⁰, establece que en los procedimientos de contratación pública se respetará el Principio de igualdad y libre concurrencia en el que se dará un trato igualitario a todos los oferentes, se procurará la más amplia competencia y se invitará a potenciales oferentes idóneos. No se podrán establecer restricciones injustificadas a la libre participación ni incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes.

⁹ International Competition Network (2014). *Prácticas Recomendadas para la Evaluación de Competencia*.

¹⁰ 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”.

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

En similar sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en su “Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública”¹¹, 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”¹², 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 referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones”¹³, que entre otros elementos concluye que: “El establecimiento de mecanismos que disminuyan la libre competencia en los procesos de compras públicos 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”.

i. Sobre el uso de excepciones en los procedimientos de compras públicas del Estado

La OCDE en la citada “Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública”¹⁴ 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

¹¹ 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>

¹² UNCTAD. (2012). La política de la competencia y las adquisiciones del sector público. Documento TD/B/C.I./CLP/14. Ginebra, Suiza.

¹³ Disponible en: https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/informe_estudio_mercado_compras_publicas.pdf

¹⁴ 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, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

con el principio de neutralidad competitiva, sea, cuando en un mercado nadie es sujeto de ventajas o desventajas¹⁵.

Asimismo, en el 2021, mediante la emisión de las “*Recomendaciones del Consejo en Neutralidad Competitiva*”¹⁶ 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*”¹⁷ para combatir la Colusión en la contratación pública¹⁸, 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 Producto Interno Bruto (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 válidas¹⁹, 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:

¹⁵ 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>

¹⁶ 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>

¹⁷ 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*”.

¹⁸ Documento C(2012)115 del 3 de julio de 2012.

¹⁹ “...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, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

“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.”

B. Valoración desde la óptica de la competencia de la contratación del MSP para la contratación de “Servicios de Telecomunicaciones por Demanda”

El MSP promovió la contratación 2023PX-000054-0007100001 para la adquisición de “Servicios de Telecomunicaciones por Demanda” por excepción entre entes de derecho público (inciso b del artículo 3 Ley 9986); la solicitud de contratación fue realizada el 26 de diciembre de 2023, se publicó el 27 de diciembre del 2023, invitando a concursar únicamente al ICE, tal y como se puede comprobar en el expediente electrónico del SICOP (2023PX-000054-0007100001, [2. Información de Cartel], Ingreso del pliego de condiciones; Ofertas; participación de proveedores), definiendo como fecha de cierre de recepción de ofertas el 28 de diciembre del 2023.

Dicha contratación está conformada por 57 líneas, todas referidas a “Servicios de telecomunicaciones por demanda” relacionados a servicios de internet simétrico (líneas 1 a 13), servicios MPLS VPN capa 3 (líneas 14 a 27), servicios MPLS VPN capa 2 (líneas 28 a 32), servicios de internet asimétrico (líneas 33 a 36), internet móvil (líneas 37 a 44), telefonía celular (líneas 45 a 49), mensajería de texto SMS (línea 50), telefonía SIP TRUNK (líneas 51 a 52), líneas dedicadas (línea 53), punto a punto en fibra óptica (línea 54), telefonía fija (línea 55), servicios satelitales (línea 56) y servicio de APN (línea 57), tal y como se señaló en la sección denominada [SOBRE EL OBJETO CONTRACTUAL DE LA LICITACIÓN EN ANÁLISIS](#).

Según lo indicado en la sección 3.4 del documento “2. Especific. Técnicas Telecomunicaciones V9-26-12-2023.pdf”, la contratación tendrá una vigencia de un año con prórrogas anuales hasta de un máximo de cuatro años (Pág. 78).

Por ello, sin pretender ser exhaustivos, ni llevar a cabo un análisis de los elementos propios del proceso de la contratación 2023PX-000054-0007100001, lo cual compete a otros entes de la administración pública, pero con el objetivo de determinar si los elementos indicados por el MSP son suficientes para justificar el empleo de un proceso de contratación que debe ser de naturaleza excepcional y no ordinaria, por sus efectos restrictivos a los principios de igualdad y libre concurrencia, a continuación se procede a realizar un análisis de las justificaciones dadas por ese Ministerio que sirven de fundamento para la

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

adopción del procedimiento de excepción de contratación entre entes de derecho público, mecanismo que como ya se ha indicado, no promueve la competencia.

Así, en la solicitud de contratación realizada en el SICOP, se adjuntó el documento denominado “2. Especif. Técnicas Telecomunicaciones V9-26-12-2023.pdf” el cual contiene el oficio MSP-DM-DVA-DGAF-DTI-DTEL-INF-2023-042 de diciembre 2023 donde se concluyó como parte de la justificación de esta contratación lo siguiente:

“(…)Dada la infraestructura de comunicaciones instalada actualmente en el Ministerio de Seguridad Pública, que en su mayoría se compone de servicios que operan de manera integrada, así como el despliegue que se realiza entre más de 300 ubicaciones físicas entre oficinas administrativas y delegaciones policiales a lo largo y ancho del país (incluyendo la Isla del Coco), se requiere de un proveedor consolidado y con el suficiente recurso humano y técnico para que pueda atender oportunamente todas nuestras necesidades en materia de telecomunicaciones.

En resumen, para principios del año 2023 el Ministerio disponía de los siguientes servicios del ICE:

- Telefonía Convencional: 827
- Telefonía IP Sip Trunk: 3 (con más de 210 líneas y 7100 extensiones)
- Enlaces satelitales: 6
- Enlaces simétricos de internet: 20
- Enlaces VPN Capa 2: 4
- Enlaces VPN Capa 3: 260
- Internet asimétrico: 10
- Líneas dedicadas: 1
- Internet móvil (datacards, modems 4G WIFI y MIFI): 94
- SIMs de datos: 136
- Celulares institucionales: 494

Adicionalmente se enfatiza que en la actualidad el Ministerio de Seguridad Pública ha encontrado en el Instituto Costarricense de Electricidad un proveedor de servicios de telecomunicaciones con capacidad de atender sus necesidades puntuales y específicas a lo largo y ancho del país, tanto en territorio continental como en territorio insular con servicios de calidad, eficientes, innovadores y tecnológicamente confiables.

El Ministerio se ha enfocado en invertir en la interconexión de sus dependencias mediante un medio que le garantice el mayor nivel de servicio, confiabilidad, flexibilidad para variaciones de anchos de banda, que no se vea afectado por situaciones climáticas como las rayerías (muy comunes en nuestro país), por lo que se ha preferido desarrollar una red de Fibra Óptica que cubra casi todo el país. Ese desarrollo ha significado para Ministerio una inversión superior a los 450 millones de colones de fondos públicos en la instalación de una red de fibra óptica, para que pueda darnos servicios de Internet, VPN Capa 3 y Telefonía IP.

*Dadas estas condiciones, de no existir varios oferentes para un estudio con la formalidad requerida para la magnitud de los servicios que se quieren contratar, así como la gran inversión en infraestructura de fibra óptica ya realizada y la cual se perdería en el caso de cambiar de proveedor, **es que recomendamos que se formalice una contratación entre entes de derecho público entre el Ministerio de Seguridad Pública y el Instituto Costarricense de Electricidad** para la continuidad de los servicios de telecomunicaciones. El Instituto Costarricense de Electricidad de acuerdo a lo establecido en su ley constitutiva, específicamente en el artículo 2 inciso h) está enfocada en servicios de telecomunicaciones como una de sus razones de ser. (...)” (Pág. 6 y 7) (Lo destacado es intencional).*

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

En vista de lo anterior desde la perspectiva del MSP se justifica el uso de la figura de excepción de contratación entre entes de Derecho Público amparada en el inciso b) artículo 3 de la Ley 9986 y artículo 6 de su respectivo reglamento, dado que se requiere que el servicio sea provisto por un único proveedor, tal y como se indica en el oficio “2. Especif. Técnicas Telecomunicaciones V9-26-12-2023.pdf”, sección 1.3, página 9, del expediente 2023PX-000054-0007100001 del SICOP:

“(...) Los sistemas informáticos del MSP funcionan desde una red institucional la cual abarca todo el territorio nacional, y es concurrente con servicios conexos como son la telefonía IP, servicios celulares, datos móviles y demás servicios de telecomunicaciones.

El proveedor del servicio de telecomunicaciones del Ministerio de Seguridad Pública debe tener cobertura nacional, ya que por la razón de ser de la institución y sus parámetros operativos conllevan amplia movilidad dentro del territorio nacional con la necesidad de contar con todos los servicios de telecomunicaciones en la nueva ubicación.

Por lo que un proveedor que pueda solo darnos un servicio en determinada zona no es funcional ya el servicio debe estar en función de la institución y no está en función del servicio ofertado (no podemos adquirir servicios de telecomunicaciones solo para donde el proveedor si puede dar el servicio).

*En línea con lo anterior indicamos que la infraestructura de comunicaciones VPN Capa 3 implementada en el Ministerio de Seguridad Pública, entre Oficinas Centrales y delegaciones policiales en todo el territorio nacional, es necesario que el proveedor de servicios tenga cobertura completa de los sitios indicados en la tabla “UBICACIONES DEL MINISTERIO POR COORDENADAS” del punto “3.2 Lugar de Entrega” ya que todas las ubicaciones se enlazan por medio de una única Red de Voz y Datos totalmente integrada a nivel técnico cuya configuración y despliegue **solo puede ser ofrecido por un único proveedor a la vez** y no es posible que 2 o más proveedores puedan combinarse para ofrecer el nivel de integración requerido para nuestra red VPN Capa 3 centralizada (...)” (Lo destacado es intencional).*

Planteamiento que fue nuevamente reforzado en el oficio en la sección 1.7, página 39 que menciona:

*“(...) Técnicamente, el nivel de integración alcanzando en los servicios **solo puede ser ofrecido por un único proveedor a la vez** y no es posible que 2 o más proveedores puedan combinarse para ofrecer esta integración ya que cada proveedor configura y despliega sus servicios con parámetros únicos, específicos y aislados dentro de su propia infraestructura. (...)” (Pág. 46) (Lo destacado es intencional).*

Según la justificación brindada por el MSP el ICE cumple a plenitud con las necesidades de servicios y coberturas requeridas.

“(...)”

➤ Se requiere un proveedor que tecnológicamente le permita operar en todo el territorio nacional continental e insular. La cobertura de servicios del proveedor seleccionado debe ser congruente con el ámbito de competencia y operación del Ministerio de Seguridad Pública.

➤ Al día de hoy, el Ministerio de Seguridad Pública ha realizado inversiones por cientos de millones de colones con el Instituto Costarricense de Electricidad para el desarrollo de una red nacional de servicios en Fibra Óptica dentro de la GAM y fuera de esta.

➤ La red nacional de Fibra Óptica resultado de esta inversión solo puede ser habilitada por el Instituto Costarricense de Electricidad y no puede ser utilizada por ningún otro proveedor, porque esta red está

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

totalmente integrada a la infraestructura del ICE y no se combina o comparte con ningún otro proveedor de servicios de telecomunicaciones.

➤ El proceso actual de interconexión de las oficinas administrativas y unidades policiales ha sido la culminación del trabajo conjunto entre Ministerio de Seguridad Pública y el Instituto Costarricense de Electricidad de varios años, lo que implica que un eventual cambio proveedor de servicios de telecomunicaciones generaría un retroceso de muchos años en la infraestructura de telecomunicaciones, y por ende de los niveles de servicio que el Ministerio debe ofrecer a todos sus funcionarios y al público en general.

➤ La solución desarrollada con el ICE no solamente nos permite operar de manera homogénea a lo largo y ancho del país, sino que también nos permite contar con un nivel de servicio homologado por el proveedor de forma que el impacto de contar y gestionar una solución a nivel nacional para el Departamento de Telemática es positivo, dado que el poco personal técnico con que contamos para operar esta red nacional no debe desgastarse lidiando con múltiples soluciones de diversas tecnologías.

➤ El servicio que presta el personal del Instituto Costarricense de Electricidad ha demostrado ser de un nivel muy alto de compromiso y calidad, siendo parte fundamental este componente para que la solución sea exitosa.

➤ Los sistemas informáticos del Ministerio de Seguridad Pública funcionan desde una red institucional la cual abarca todo el territorio nacional y es concurrente con servicios conexos como son la telefonía IP, servicios celulares, datos móviles y demás servicios de telecomunicaciones. Todos estos servicios convergen o se integran gracias a la infraestructura de telecomunicaciones implementada entre oficinas centrales, oficinas periféricas y delegaciones policiales en todo el territorio nacional.

➤ Técnicamente, el nivel de integración alcanzando en los servicios solo puede ser ofrecido por un único proveedor a la vez y no es posible que 2 o más proveedores puedan combinarse para ofrecer esta integración ya que cada proveedor configura y despliega sus servicios con parámetros únicos, específicos y aislados dentro de su propia infraestructura.

Por todo lo expuesto es que se selecciona esta solución técnica. (...)" (Pág. 45 y 46)

En el caso de la presente contratación el ICE cuenta con ventajas producto de haber sido el proveedor histórico de servicios del MSP y esto sin lugar a duda lo pone en una situación privilegiada de cara a eventuales contrataciones de servicios de telecomunicaciones con dicho Ministerio. Sin embargo, la situación histórica consolidada, no debería constituirse en una circunstancia que a futuro limite la posibilidad de que los procesos de compras de servicios de telecomunicaciones no puedan ser abiertos a la competencia.

En ese sentido existen mecanismos incluidos en el Régimen de Acceso e Interconexión, que pueden ser utilizados para dotar a otros operadores de la posibilidad de cubrir una determinada localidad a través de acuerdos de acceso a la infraestructura de otros competidores, ampliando así el alcance de las redes propias, permitiéndoles llegar a cubrir el territorio nacional.

Producto de la relación del ICE con el MSP se han realizado despliegues de red que, a criterio del MSP, eventualmente no podrían ser utilizados por otros proveedores de servicios de telecomunicaciones, tal y como se menciona en la sección 1.8, página 45 de este mismo oficio: "(...) La red nacional de Fibra Óptica

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

resultado de esta inversión solo puede ser habilitada por el Instituto Costarricense de Electricidad y no puede ser utilizada por ningún otro proveedor, porque esta red está totalmente integrada a la infraestructura del ICE y no se combina o comparte con ningún otro proveedor de servicios de telecomunicaciones. (...) (Lo destacado es intencional), sin embargo, en este caso particular parece que la infraestructura desarrollada es de titularidad del MSP, lo que implicaría la posibilidad de que eventualmente pudiera ser empleada por otros operadores, así como el hecho de que mientras la infraestructura en cuestión pueda ser compartida existe una obligación legal de compartición que recae sobre dicha infraestructura, más allá del hecho de que no se haya compartido a la fecha o no, de tal forma que a futuro siempre podría existir la posibilidad de que esa infraestructura, desarrollada por el MSP, pueda llegar a ser empleada por otro proveedor.

Es importante prevenir que la relación histórica entre el ICE y el MSP implique a futuro una adjudicación en la provisión de servicios de telecomunicaciones de forma perpetua al ICE, al indicar en esta misma sección y página que *“(...) un eventual cambio proveedor de servicios de telecomunicaciones generaría un retroceso de muchos años en la infraestructura de telecomunicaciones (...)”*, ya que como se vio existen mecanismos regulatorios que permitirían a través de figuras de acceso y compartición hacer uso por parte de terceros operadores de dicha infraestructura.

La imposibilidad continuada de determinados proveedores de servicios de telecomunicaciones de participar en procesos de contratación pública con determinadas instituciones del Estado puede lesionar el normal proceso competitivo del mercado, al restringir el acceso a parte de la demanda del mercado, generando un efecto adicional de desmotivación de brindar eventuales cotizaciones al MSP ante el conocimiento de la barrera existente, lo que convierte esta situación en un ciclo sin término.

Es importante recordar que los despliegues de redes que realice un operador siempre serán particulares, dado que responden a elementos diferenciadores como la cartera de servicios con que cuente un operador, así como las necesidades del cliente, por lo tanto, el indicar que el proveedor actual (ICE) ha realizado un despliegue de red particular que no puede ser compartido ni utilizado por otro operador debe ser sopesado de cara a los citados mecanismos de acceso e interconexión, e incluso a la posibilidad de que existan mecanismos de despliegue alternativos que resulten igualmente efectivos.

Por otro lado, el oficio MSP-DM-DVA-DGAF-DTI-DTEL-INF-2023-042 en la sección 1, página 6, hace mención a que el MSP requiere de un operador de telecomunicaciones consolidado, con suficiente recurso humano y técnico para atender sus necesidades *“(...) se requiere de un proveedor consolidado y con el suficiente recurso humano y técnico para que pueda atender oportunamente todas nuestras necesidades en materia de telecomunicaciones.(...)”*, lo anterior, es una característica que puede describir a una gran cantidad de operadores del mercado, y que por tanto no pareciera constituir un elemento diferenciador que justifique el empleo de un mecanismo excepcional de contratación, ya que podría ser cumplida por diversos proveedores del mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica, así estas características mencionadas no son exclusivas del ICE.

En este sentido se debe procurar evitar argumentos que resultan en un ciclo sin término donde sólo el operador que ya provee los servicios sería el único posibilitado para brindarlos a futuro de manera indefinida.

La SUTEL ha sido enfática que en materia de compras públicas de servicios de telecomunicaciones deben promoverse procesos abiertos a la libre competencia, cuando así

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

resulte posible. Al respecto se pueden considerar las recomendaciones del citado *"Estudio de mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones"* de esta Superintendencia:

"El mercado de las telecomunicaciones si bien es un mercado regulado, es un mercado en el cual los operadores y proveedores compiten en condiciones de competencia para la prestación de servicios de telecomunicaciones y desde esta perspectiva no debería existir diferencia entre las posibilidades que tienen distintos proveedores de satisfacer una determinada parte de la demanda del mercado, en este caso particular la demanda del sector público.

[...]

Mediante el empleo continuo y no justificado de dicha excepción... se restringe el principio de libre competencia, "norma no escrita que, en términos generales, le impone como deber garantizar la participación de la mayor cantidad posible de oferentes, esto a fin de poder contar con mayores opciones al momento de seleccionar la oferta que mejor satisfaga el interés público inspirante de la contratación y así le facilite el cumplimiento de los fines operativos de la Administración (Oficio 1675-2005)".

[...]

Asimismo, mediante el empleo de esta excepción la propia administración pública renuncia a los beneficios de la competencia, limitando la posibilidad de eventualmente obtener mejores condiciones (precio, plazo de entrega, calidad de servicio, entre otras) en los bienes y servicios que contrata".

En el expediente electrónico 2023PX-000054-0007100001 del SICOP, consta el documento *"2. Especific. Técnicas Telecomunicaciones V9-26-12-2023.pdf"*, el cual contiene la sección 1.6 Estudio de Mercado sobre servicios de telecomunicaciones, que muestra como resultado lo siguiente:

1.1 EMPRESA	1.2 OBSERVACIONES
1.3 AMERICAN DATA	1.4 INDICÓ QUE NO PARTICIPABA PORQUE NO TENÍA COBERTURA NACIONAL
1.5 CABLETICA / MOVISTAR / LIBERTY	1.6 PRESENTAN OFERTA DE TELEFONÍA Y ENLACES, PERO NO CUMPLEN TÉCNICAMENTE CON TODAS LAS CARACTERÍSTICAS SOLICITADAS COMO, POR EJEMPLO: CAPACIDAD DE FIBRAS REDUNDANTES EN TELEFONÍA IP, INSTALACIÓN DE EQUIPAMIENTO COMO RACKS PARA FIBRA ÓPTICA Y COBERTURA NACIONAL PARA ENLACES VPN
1.7 CLARO	1.8 SOLO PRESENTARON OFERTA POR SERVICIOS MÓVILES, SIN EMBARGO, NO CUMPLEN CON LAS CARACTERÍSTICAS SOLICITADAS POR EL MINISTERIO, YA QUE NO HAY INTEGRACIÓN CON LA CENTRAL TELEFÓNICA IP
1.9 ICE	1.10 PRESENTAN OFERTA CON TODOS LOS SERVICIOS
1.11 TELECABLE	1.12 A PESAR DEL SEGUIMIENTO Y REUNIONES NO PRESENTARON OFERTA
1.13 TIGO BUSINESS	1.14 A PESAR DEL SEGUIMIENTO NO PRESENTARON OFERTA

Fuente: *"2. Especific. Técnicas Telecomunicaciones V9-26-12-2023.pdf"*, Expediente electrónico 2023PX-000054-0007100001 del SICOP.

Este estudio plantea algunos elementos que es pertinente validar, por ejemplo, la selección de determinadas tecnologías (según se aprecia en la siguiente imagen).

San José, 20 de febrero del 2024.
01314-SUTEL-OTC-2024

Buenas tardes Oscar

En relación con el Estudio de Mercado de los Servicios de Telecomunicaciones del Ministerio de Seguridad Pública, nos permitimos solicitarle que por favor nos informe acerca de lo siguiente:

En caso de que su representada no pueda participar en este proceso favor responder este correo indicando brevemente las razones

1) Avance de las gestiones realizadas a la fecha por su representada, según las comunicaciones sostenidas en meses pasados con el Ing. Randall Díaz, Jefe del Departamento de Telemática (ver correos adjuntos)

2) Fecha aproximada en la que nos podría estar enviando su cotización para los siguientes servicios:

- Telefonía Convencional de Pulso y Satelital
- Telefonía IP (Central Telefónica / Sip Trunk)
- Telefonía Celular
- Líneas dedicadas
- Internet ADSL
- Internet móvil vía SIM de Datos, MIFI y Datacards
- Internet Simétrico (por cobre, fibra, punto a punto y Satelital)
- Enlaces VPN Capa 3 y Capa 2 (MPLS)
- Radios Troncalizados Plataforma P25

(*Ver datos de servicios y cantidades abajo)

(**La cotización requerida debe incluir los datos y cifras para todos estos servicios, o en su defecto indicar específicamente que dicho servicio nos es ofrecido por su representada)

En caso de dudas o consultas adicionales favor comunicarse a las direcciones de este correo

Saludos

Fuente: "2. Especific. Técnicas Telecomunicaciones V9-26-12-2023.pdf" Expediente electrónico 2023PX-000054-0007100001 del SICOP.

El Reglamento de prestación y calidad de servicios (RPCS), indica en cuanto a los servicios de transferencia de datos que estos pueden brindarse a través de diversos medios de transmisión: "Servicio de transferencia de datos: corresponde al servicio que permite el intercambio de información entre redes, **a través de diversos medios de transmisión**, mediante la utilización de protocolos de comunicación, incluyendo el servicio de acceso a Internet." (El resaltado es intencional)

Y dichos medios de transmisión, se refieren justamente a las diferentes redes de telecomunicaciones, siendo que el RPCS las define como:

"sistemas de transmisión y demás recursos que permiten la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios radioeléctricos, con inclusión de las redes satelitales, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos o de paquetes, incluida Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, utilizadas para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada." (El resaltado es intencional)

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

En relación con este tema, lo relevante es que la administración defina las condiciones de calidad del servicio que requiere, por ejemplo, velocidades de la conexión, etc. y que habilite la posibilidad de que los operadores oferten según la carpeta de servicios y tecnologías que puedan cumplir con dichos requerimientos.

Tal y como se indica en el *“Lineamiento para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas”*²⁰ de la OCDE, en el planteamiento de los servicios o bienes a adquirir mediante el procedimiento de contratación deben de *“(…) centrarse en el desempeño funcional, específicamente en la necesidad a solventar y no en cómo solventarla. Propiciando soluciones innovadoras y la obtención de mayor valor por invertido.”*

Una limitante a nivel de las tecnologías elegidas tiene un impacto porque, en conjunto con otros aspectos puede producir resultados no ajustados a la realidad, situación similar deviene del requerimiento de que las distintas líneas deban ser adjudicadas a una única empresa, dado que a través de los mecanismos de interconexión, es posible haber contado con diferentes proveedores para servicios de telefonía fija, telefonía móvil, conectividad y transferencia de datos, de manera que determinadas decisiones pueden llevar a disminuir la competencia innecesariamente y con ello los beneficios que esta genera, debido a que los estudios de mercado resultan en un insumo para emitir la decisión inicial de contratación, al establecer uno de los requisitos más importante del pliego cartelario -por ser el punto de partida-, la modalidad del procedimiento, pudiéndose generar una limitación a la libre concurrencia desde los estadios iniciales del proceso de contratación pública.²¹

Pese a lo anterior, se evidencia de la información revisada, la existencia de un estudio de mercado, en el cual sólo uno de los operadores consultados indicó poder cumplir la totalidad de lo requerido por el MSP, sin embargo, la selección de un procedimiento de contratación abierto, podría haber permitido la posibilidad de que distintos operadores participaran en algunas líneas de la contratación, aumentando así la concurrencia y posibilitando la existencia de competencia en el procedimiento en cuestión.

C. Sobre los posibles impactos para la competencia del mercado de la contratación en cuestión

La decisión adoptada por el MSP sobre la figura a utilizar en la contratación 2023PX-000054-0007100001 (licitación por excepción entre entes de derecho público), negando con ello la realización de un proceso de licitación abierto, no favorece el principio de libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones. Ya que si bien, el ICE parece haber sido el único proveedor capaz de competir por la adjudicación de las 57 líneas en cuestión, según el estudio de mercado realizado, de haberse seleccionado un procedimiento abierto, se podría haber habilitado la posibilidad de que determinados operadores presentaran ofertas para las líneas que estaban en la capacidad de cumplir.

El mercado de las telecomunicaciones desde su apertura ha evolucionado ofreciendo a los consumidores una amplia gama de opciones para la satisfacción de sus necesidades mediante servicios preestablecidos así como servicios a la medida, lo anterior, ha sido reconocido por el Ministerio de Hacienda en diversas

²⁰ OCDE (2009). *Lineamiento para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas*. (Pág. 8)

²¹ SUTEL (2023). [Manual de buenas prácticas en procedimientos de contratación pública de servicios de telecomunicaciones](#) (Pág. 6)

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

circulares al señalar que “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”²².

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 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.

La licitación **2023PX-000054-0007100001 al seleccionar un mecanismo de participación cerrado impidió a los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones el participar en las líneas que tenían la capacidad de ofrecer, limitando con ello los principios de igualdad y libre competencia.** En ese sentido, del propio estudio de mercado realizado se evidencia la posibilidad de haber obtenido mejores precios de haber contado con un proceso abierto a la libre competencia en la contratación 2023PX-000054-0007100001 (licitación por excepción entre entes de derecho público) donde se extrae la siguiente información:

“Realizando el ejercicio anterior para todas las diferencias de precios donde ambas empresas cotizaron, se obtiene una variación porcentual promedio del 22% a favor de la oferta de Telecable” (Pág. 45, “2. Especific. Técnicas Telecomunicaciones V9-26-12-2023.pdf”).

Esto tiene a su vez repercusiones hacia el propio MSP en cuanto al disfrute de los beneficios que brinda un mercado en competencia como lo es el mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica en cuanto a precio, calidad y variedad de servicios. Así por ejemplo del texto anterior extraído del documento denominado “2. Especific. Técnicas Telecomunicaciones V9-26-12-2023.pdf”, se señala una variación porcentual promedio del 22% a favor de la oferta presentada por la empresa Telecable para las líneas en las cuales podía ofertar, lo que hubiera representado un ahorro para el MSP en dichas líneas.

De tal forma, la Procuraduría General de la República ha reconocido:

“(…) la necesidad de competencia, 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

²² Ministerio de Hacienda. Circular DGABCA-DNC-052-2019 del 23 de setiembre del 2019.

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

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 Chile²³, 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. 45).

Esta Superintendencia, por medio del citado **"Estudio de Mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones"** 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 (...)". (Pág.45)

Asimismo, se debe analizar a detalle los posibles efectos en temas de competencia al momento de establecer contrataciones por largos períodos donde en ocasiones se pueden desarrollar procesos, bienes y servicios ajustables o con un alto nivel de especificidad vinculadas al proveedor actual lo que, a mediano y largo plazo, puede repercutir de manera negativa en los procesos de contratación. Lo anterior, se puede apreciar a mayor detalle en la publicación de carteles de licitación cuando las especificaciones técnicas solicitadas contienen especificidades que limitan y restringen la participación de otras empresas, dando como resultado la participación y adjudicación directa del adjudicatario actual.

El establecimiento de mecanismos que disminuyan la libre concurrencia 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 o bien como en este caso una única oferta y por tanto, no recibe los beneficios propios de la libre competencia; dadas estas repercusiones negativas relativas a la competencia producto de la figura de contratación directa se recomienda a la **administración contratante la posibilidad de realizar procesos de concurso abierto en futuras contrataciones.**

²³ Fiscalía Nacional Económica de Chile (2020). Estudio de Mercado sobre compras públicas de la División de estudios de mercado. Recuperado el 02 de febrero del 2024 en el sitio web: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/08/informe_preliminar_EM05_2020.pdf

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

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 administrativa 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 MSP 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, permitiendo a los operadores ofertar por aquellas líneas de servicios que están en la capacidad de ofrecer.**

6. Conclusiones

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 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, 24 de su Reglamento y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, 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, lo cual corresponde a una competencia legal que recae sobre otros órganos públicos.
- iv. Que si bien la contratación vía excepción entre entes de derecho público 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*

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

mercado, en aras de la más sana administración de los fondos públicos y el principio de eficiencia".
(Voto 2060-01 de las 15:24 horas del 04 de abril de 2001)

- v. 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 licitación por excepción entre entes de derecho público, han sido enfáticas en que para utilizar esta excepción se deben de cumplir una serie de requisitos.
- vi. Que la decisión del MSP de realizar una licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000054-0007100001, 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.
- vii. 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.

7. Recomendaciones

A partir de las anteriores conclusiones, se recomienda al Consejo de la SUTEL valorar lo siguiente:

- I. Dar por recibido y aprobar el siguiente informe.
- II. Emitir opinión sobre la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000054-0007100001 del MSP para la adquisición de "*Servicios de Telecomunicaciones por Demanda*", en los términos de lo desarrollado en el presente informe por la DGCO de la SUTEL.
- III. Comunicar el presente informe al MSP y al informante anónimo en relación con la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000054-0007100001 del MSP para la adquisición de "*Servicios de Telecomunicaciones por Demanda*".
- IV. Recomendar al MSP como un mecanismo para promover la libre concurrencia en la contratación de servicios de telecomunicaciones lo siguiente:
 - i. Valorar en futuros procesos de contratación que incluyan servicios de telecomunicaciones la realización de procesos de licitación abiertos que favorezcan la libre concurrencia, permitiendo en aquellos casos en que existan varias líneas de producto.
 - ii. Considerar en futuros procesos de contratación que incluyan servicios de telecomunicaciones la posibilidad de que los operadores puedan ofertar por aquellas líneas individuales que están en la capacidad de ofrecer, de tal manera que la decisión de seleccionar un determinado procedimiento no obedezca al hecho de que un determinado operador pueda ofrecer la totalidad del objeto contractual.
- V. Hacer saber al MSP 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

San José, 20 de febrero del 2024.

01314-SUTEL-OTC-2024

naturales. Tal informe deberá ser suscrito por el superior jerárquico. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en los numerales 21 de la Ley 9736 y 24 de su Reglamento.

- VI. Solicitar al MSP en aras de la transparencia y la facilitación de las labores de seguimiento de las recomendaciones emitidas por la SUTEL que, en caso de acoger total o parcialmente las recomendaciones emitidas por SUTEL, lo informen de manera escrita al correo: gestiondocumental@sutel.go.cr

Atentamente,

DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA

Laura López Carrillo
Economista

Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Victoria Rodríguez Durán
Abogada

Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Marlon Cruz Villalobos
Economista

Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Silvia Elena León Campos
Jefa

Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Deryhan Muñoz Barquero
Directora

Dirección General de Competencia

LLC/VRD/MCV/SELC/DMB

C.C.

Expediente: GCO-OTC-CGL-00111-2024