

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

Señores  
Miembros del Consejo  
Superintendencia de Telecomunicaciones

**Asunto: Opinión 05-2020 Informe sobre el pliego de condiciones de la Licitación Nacional número 2020LN-000006-0006900001 “Suscripción de contrato de servicios de telecomunicaciones mediante enlaces de fibra óptica para la infraestructura tecnológica del Ministerio de Justicia y Paz”**

Estimados Señores:

El Órgano Técnico de Competencia (OTC) de 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; en los artículos 2 y 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, y de conformidad con lo instruido mediante acuerdo del Consejo de la SUTEL 002- 074-2019 de la sesión extraordinaria 074-2019, celebrada el 19 de noviembre de 2019, presenta para valoración del Consejo de la SUTEL su análisis sobre *“Informe el pliego de condiciones de la Licitación Nacional número 2020LN-000006-0006900001 Suscripción de contrato de servicios de telecomunicaciones mediante enlaces de fibra óptica para la infraestructura tecnológica del Ministerio de Justicia y Paz”*, en términos de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la Ley 9736.

## 1. ANTECEDENTES

- i. Que el 01 de junio del 2020 mediante documento de ingreso NI-07056-2020 el operador de telecomunicaciones **REDES INTEGRADAS CORPORATIVAS S.R.L (REICO)** con cédula de persona jurídica 3-102-695468 solicitó al OTC la emisión de una opinión sobre el pliego cartelario de la Licitación Nacional 2020LN-000006-0006900001 *“Suscripción de contrato de servicios de telecomunicaciones mediante enlaces de fibra óptica para la infraestructura tecnológica del Ministerio de Justicia y Paz.”*, indicando que las cláusulas 2.1, 4.15, 5.17, 6.10 y 17 del pliego cartelario iban en contra del principio de libre competencia (Foliatura pendiente).
- ii. Que el 02 de junio del 2020 mediante oficio 04831-SUTEL-OTC-2020 el OTC solicitó a la Proveduría del Ministerio de Justicia y Paz remitir la justificación de los motivos técnicos por las cuales el Ministerio incluyó las cláusulas 2.1, 4.15, 5.17, 6.10 y 17 en el pliego cartelario de la Licitación Pública 2020LN-000006-000690000. (Foliatura pendiente).
- iii. Que el 02 de junio del 2020 en atención al oficio 04831-SUTEL-OTC-2020 el señor Rolando Chinchilla Masis, Proveedor Institucional del Ministerio de Justicia y Paz solicita a la señora Marianella Granados Jefa del Departamento de Tecnología de Información (TI) del Ministerio de Justicia y Paz la justificación técnica de las cláusulas 2.1, 4.15, 6.10 y 17 de la Licitación Pública 2020LN-000006-000690000. (Foliatura pendiente)
- iv. Que el 03 de junio del 2020 la señora Fabiola Alfaro Coordinadora de Asesoría Legal de la Proveduría Institucional del Ministerio de Justicia y Paz, solicita al OTC una serie de

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

aclaraciones (NI-07203-2020) sobre las facultades de la SUTEL para emitir opiniones en relación con carteles de licitación. (Foliatura pendiente)

- v. Que el 04 de junio del 2020, el OTC responde a las inquietudes señaladas por la Coordinadora de Asesoría Legal de la Proveduría Institucional del Ministerio de Justicia y Paz, en relación con las facultades dispuestas en el artículo 2 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia, Ley 9736, y 52 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642. (Foliatura pendiente)
- vi. Que el 09 de junio del 2020 mediante documento de ingreso NI-7552-2020 y el 12 de junio del 2020 mediante documento de ingreso NI-7703-2020 en respuesta al oficio 04831-SUTEL-OTC-2020, la señora Marianella Granados, Jefa del Departamento de Tecnología de información del Ministerio de Justicia y Paz, remite la justificación de los motivos técnicos de las cláusulas 2.1, 4.15, 5.17, 6.10 y 17 en el pliego cartelario de la Licitación Pública 2020LN-000006-0006900001. (Foliatura pendiente)
- vii. Que el 15 de junio del 2020 mediante documento de ingreso NI-07779-2020 el señor Rolando Chinchilla Proveedor Institucional del Ministerio de Justicia y Paz remite al OTC respuesta a la solicitud enviada en el oficio 04831-SUTEL-OTC-2020 sobre la justificación de los motivos técnicos de las cláusulas 2.1, 4.15, 5.17, 6.10 y 17 en el pliego cartelario de la Licitación Pública 2020LN-000006-000690000. (Foliatura pendiente)

## 2. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA SUTEL

La SUTEL es el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, de conformidad con los artículos 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593), 1 y 2 inciso d) de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones (Ley 8660) y 6 inciso 27) de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 8642).

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

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***

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

***pueden afectar la competencia, garantizar el acceso al mercado y el acceso a las instalaciones equitativas; evitar abusos y prácticas monopólicas, así como conocer, corregir y sancionar las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones”.***

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

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

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

**“Artículo 2.- Autoridades de competencia**

(...)

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

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

En ese sentido, 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

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

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 el artículo el 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, **la SUTEL tiene la potestad de emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia, de oficio o a solicitud** del Poder Ejecutivo, de la Asamblea Legislativa, demás entidades públicas o de cualquier administrado, sobre la promulgación, modificación o derogación de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos y resoluciones administrativas, vigentes o en proceso de adopción. Asimismo, **podrá emitir opiniones sobre pliegos de condiciones o carteles de contratación administrativa, cuyos elementos puedan obstruir el principio de competencia y libre concurrencia**. Las opiniones que emita cada autoridad de competencia no tendrán efectos vinculantes.

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

En el caso en particular, la solicitud de opinión fue requerida por un operador de telecomunicaciones que considera lesionados los principios de libre concurrencia en las cláusulas 2.1, 4.15, 5.17, 6.10 y 17 del pliego cartelario de la Licitación Nacional 2020LN-000006-0006900001 “*Suscripción de contrato de servicios de telecomunicaciones mediante enlaces de fibra óptica para la infraestructura tecnológica del Ministerio de Justicia y Paz*”, **considerando el 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 SUTEL tiene competencia para emitir la presente Opinión.**

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

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

Lo cual es consistente con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494, el cual es claro en señalar que en los procedimientos de contratación administrativa se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales y que los reglamentos de dicha ley o las

---

<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

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

disposiciones que rijan los procedimientos específicos de cada contratación no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes.

En este contexto, el documento **“Guía de Contratación Administrativa y Competencia”** de la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM)<sup>8</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.

COPROCOM destaca en el documento de cita (desde el ámbito de aplicación del Derecho de Competencia), tres consideraciones inherentes a la normativa de Contratación Administrativa y su implementación contrarias a los principios de competencia y libre concurrencia, que han tendido a ser recurrentes en los procedimientos de compras públicas analizados por dicha Comisión: 1. Proliferación de empresas relacionadas que aparentan la existencia de competencia en los concursos, 2. Introducción de requisitos injustificados en los carteles y 3. Permisividad de ofertas en consorcio injustificadas.

Dentro del ámbito de análisis de la licitación pública 2020LN-000006-0006900001, conviene destacar lo señalado por la COPROCOM en materia de posibles requisitos injustificados incluidos en carteles de licitación. La COPROCOM indica al respecto:

*“Es frecuente encontrarse que la Administración establece en la oferta de compra un requisito que solamente cumple una compañía o un pequeño número de empresas en el país, con lo cual se limita el número de oferentes.*

***La normativa que rige las compras de los entes públicos establece que todo requisito específico que la administración incluya como parte de los factores a considerar en un proceso de contratación, debe ser indispensable para la satisfacción del interés público que la justifica. Por ello, los entes de la administración, están obligados a poner especial cuidado en la forma en que redactan las condiciones y requisitos a considerar, para no incluir condiciones irrelevantes para la satisfacción del fin público, que atenten contra el principio de libre competencia, que de conformidad con la ley, debe imperar en todo proceso de contratación administrativa. Con ello se evita que sin justificación alguna, oferentes potenciales no puedan participar en el concurso público, causando con ello un perjuicio a la administración, al verse impedida de contemplar quizás mejores ofertas.***

*También la COPROCOM ha determinado que es frecuente que se establezcan barreras a la entrada de nuevos competidores en los concursos a través del requerimiento de que las empresas cuenten con diversas certificaciones de calidad”. (Lo destacado es intencional)*

---

<sup>8</sup> 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 objeto del presente informe en estricto apego con los principios desarrollados en la Guía de la COPROCOM y en la metodología desarrollada por la OCDE.



17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

En similar sentido, la **“Recomendación del Consejo de la OCDE<sup>9</sup> para Combatir La Colusión en la Contratación Pública”<sup>10</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).

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en la recomendación de su Consejo para combatir la colusión en la contratación pública, en lo que respecta al diseño de los procesos de licitación para la maximización de la participación potencial de licitantes que compitan genuinamente y la elección de los criterios de evaluación y adjudicación de las ofertas, recomienda tener en consideración los siguientes principios:

#### **En materia de diseño del proceso de licitación:**

- Evitar restricciones innecesarias que reduzcan el número de licitantes calificados.
- Especificar requisitos mínimos que sean proporcionales con el tamaño y contenido del contrato licitado.
- Requerir grandes sumas en garantía de los licitantes como condición para presentar ofertas.
- Reducir las limitaciones a la participación extranjera en las compras gubernamentales.
- Calificar a los licitantes durante el proceso de adquisición para evitar las prácticas colusivas entre grupos calificados con antelación y aumentar el nivel de incertidumbre entre las empresas en cuanto al número y la identidad de los oferentes. Evitar que transcurran periodos largos entre la calificación y la adjudicación.
- Reducir el costo de preparación de la licitación al:
  - Racionalizar los procesos de licitación en términos de tiempo y de productos.
  - Agrupar ofertas para repartir los costos fijos de preparar una oferta.
  - Mantener listas de contratistas aprobados o de certificación por parte de organismos oficiales.
  - Contemplar la asignación del tiempo adecuado para que las empresas preparen y presenten una oferta.
  - Utilizar un sistema de licitación electrónica.
- Permitir las ofertas sobre ciertos lotes u objetos en el contrato o combinaciones de estos en lugar de ofertas sólo sobre el total del contrato.

<sup>9</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>10</sup> Documento C(2012)115 del 3 de julio de 2012.

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

- No descalificar a los participantes en futuras competencias o eliminarlos inmediatamente de una lista de licitantes si no presentan ofertas en licitaciones recientes.
- Tener flexibilidad con respecto al número de empresas de las que se requiere una oferta.

#### **En materia de evaluación y adjudicación de la oferta:**

- Valorar el impacto de los criterios de selección sobre la competencia futura.
- Describir los criterios y ponderarlos adecuadamente con anticipación, cuando se evalúen ofertas con base en criterios distintos del precio (calidad del producto, servicios post-venta, entre otros), a fin de evitar cuestionamientos posteriores a la adjudicación. Si se utilizan correctamente, estos criterios recompensan la innovación y las medidas que racionalizan costos, a la vez que fomentan el establecimiento competitivo de precios. El grado al que se revelan con antelación los criterios de ponderación al cierre de la oferta pueden afectar la capacidad de los licitantes para coordinar su oferta.
- Evitar cualquier tipo de trato preferencial para cierta categoría o tipo de proveedor.
- No favorecer a los proveedores que ya prestan sus servicios.
- No hacer énfasis excesivo en la importancia de los registros de desempeño. Cuando sea posible, considerar experiencias relevantes adicionales.
- No dividir contratos entre proveedores con ofertas idénticas.
- Investigar si los precios o las ofertas no parecen tener sentido.
- Mantener la confidencialidad de los términos y las condiciones de la oferta de cada empresa.
- Reserva de no adjudicación bajo sospecha de resultado anticompetitivo.

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 emite la opinión objeto del presente informe en estricto apego con los principios desarrollados en la Guía de la COPROCOM y en la metodología desarrollada por la OCDE.

#### **4. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN**

El Ministerio de Justicia y Paz mediante la Licitación Pública Nacional número 2020LN-000006-0006900001, requiere de la contratación de servicios de telecomunicaciones (transferencia de datos) por medio de enlaces de fibra óptica, para la conexión de toda la infraestructura tecnológica del Ministerio a nivel nacional y hacia los *data center* por un período de 48 meses. La fecha de apertura de las ofertas es el día 13 de julio del 2020.

El operador de telecomunicaciones REDES INTEGRADAS CORPORATIVAS S.R.L (REICO), cédula de persona jurídica número 3-102-695468 con fundamento en el artículo 21 de la Ley 9736, solicita a la SUTEL, en relación con sus facultades como autoridad de competencia, emitir una opinión en relación con el pliego cartelario señalado.

Cabe señalar que REICO es un operador de telecomunicaciones autorizado por el Consejo de la SUTEL mediante la resolución RCS-181-2015 de las 15:00 horas del 23 de setiembre del 2015 para

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

brindar servicios de transferencia de datos bajo las modalidades de enlaces inalámbricos punto a punto, acceso a internet y líneas arrendadas con cobertura a nivel nacional.

**a. Cláusulas sobre las que se solicita la opinión.**

REICO plantea ante la SUTEL la solicitud de opinión sobre cláusulas técnicas que conforman el pliego cartelario de la Licitación Pública Nacional 2020LN-000006-0006900001, al considerar que dichas cláusulas lesionan los principios de libre competencia y competencia. Dichas cláusulas corresponden a las siguientes:

**“2.1. MODELO DE CONTRATACIÓN.**

(...)

*Los servicios de telecomunicaciones de enlaces de fibra óptica requeridos en este contrato deberán cumplir con una operación de alta disponibilidad (24x7x365), que garantice en todos sus componentes un nivel de servicio mínimo de SLA del 97.5% de tiempo; el incumplimiento de esta condición, dará lugar al cobro de multas y a la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento, con el cobro respectivo por concepto de daños y perjuicios, los cuales serán de al menos el costo pagado por la Administración al Contratista por concepto de instalación del servicio para la totalidad de las línea (s) que componen la única partida de este contrato.”*

**“4.15. SOBRE EL SERVICE DESK.**

*El servicio deberá considerar un Service Desk disponible y de su exclusiva propiedad, para la Administración en un horario 24 horas, los 7 días de la semana, los 365 días del año, durante todo el plazo del contrato. Para acreditar lo anterior, se requiere que el oferente declare bajo fe de juramento y apercibido de las penas con las que la ley castiga los delitos de perjurio y falso testimonio, que ha brindado servicios de Service Desk durante al menos dos años dentro de los últimos 3 años calendario (2017, 2018 y/o 2019), como parte integral de proyectos de video Vigilancia y/o red de datos y que dichos servicios no han sido subcontratados sino brindados directamente por él, dicha declaración deberá indicar además, los siguientes datos:*

*No se aceptará que el Service Desk sea subcontratado y deberá indicarlo de esa manera en su oferta. Si el oferente no contara con un Centro de Monitoreo propio no podrá participar en esta licitación, es decir, este servicio no puede ser subcontratado. El Ministerio de Justicia y Paz por medio del departamento de TI, podrá visitar el Service Desk del contratista sin previo aviso, con la finalidad de verificar que la información suministrada sea la correcta. De comprobarse que la información suministrada es falsa, la oferta quedará inadmisibles. Debe quedar claro, que el contratista será el único responsable, frente al Ministerio de Justicia y Paz del cumplimiento de los compromisos que se deriven de la presente contratación.”*

**“5.17 EN CASO DE SUBCONTRATACIÓN.**

(...)

*El oferente sólo podrá subcontratar hasta en un cincuenta por ciento (50%) del monto adjudicado, salvo que la Administración autorice un monto mayor, según lo establecido en el artículo 69 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.”*

**“6.10. NIVELES DE DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO CONTRATADO.**

*El Contratista deberá brindar el mantenimiento proactivo, preventivo, correctivo y la atención de incidentes que permitan garantizar un SLA de al menos 97.5 % mensual de disponibilidad del servicio contratado, durante las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana, los trescientos sesenta y cinco días de año.”*



17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

**“17. SOPORTE PROACTIVO, REACTIVO Y ATENCIÓN DE INCIDENTES.**

(...)

*El CONTRATISTA deberá tener un único Centro de Soporte ubicado en el País (Help Desk o Service Desk), mediante el cual el Ministerio de Justicia y Paz canalizará los requerimientos de soporte, incidentes operativos y seguridad lógica, así como consultas y demás soluciones requeridos. La disponibilidad del Centro de Soporte para el registro de casos, por parte del Ministerio de Justicia y Paz, debe ser de 24x7x365 (veinticuatro días de la semana, los trescientos sesenta y cinco días del año).*

**b. Opinión de REICO.**

En la solicitud de opinión se menciona que existen cláusulas cartelarias que, a juicio de quien remite la solicitud de opinión ante la SUTEL, impiden la participación de potenciales operadores y proveedores de telecomunicaciones.

Los argumentos presentados por REICO por cada una de las cláusulas señaladas corresponden a los siguientes:

- **Sobre el numeral 4.15 “Sobre el service desk”**

*“En este punto, el Ministerio limita la participación a operadores cuyo Help Desk no sean de su propiedad y claramente niegan aceptar ofertas cuyo Help Desk sea subcontratado.*

*La subcontratación del Help Desk, tanto parciales como totales, son una práctica común del mercado de telecomunicaciones. En nuestra condición de revendedores, en este momento es muy estratégico y eficiente usar el Help Desk de nuestro proveedor. Esto por cuanto el servicio que se dispone es de muy alto nivel y cumple con los requerimientos que exige el mercado. Duplicar este esquema, con el fin de tener un Help Desk propio, lo que hace es encarecer el servicio y agregar etapas innecesarias al proceso de atención de clientes.*

*En el mercado, vemos numerosos ejemplos de Help Desk subcontratados y empresas que brindan este servicio; tanto en el sector de Telecomunicaciones como en otros sectores.*

*Curiosamente el cartel indica “Debe quedar claro, que el contratista será el único responsable, frente al Ministerio de Justicia y Paz del cumplimiento de los compromisos que se deriven de la presente contratación”. Efectivamente esta condición es clave para entender que cuando un oferente se compromete a brindar un servicio, es el responsable directo y no importa la manera en que se organice para brindar el servicio. El que el Help Desk sea propio o no, no debería ser un condicionante para presentar una oferta.”*

- **Sobre el numeral 5.17**

*“No pretendemos desconocer la Ley y sus reglamentos; sin embargo, esta condición es discriminatoria para los operadores que ofertamos bajo un esquema de tercerización. De prosperar este tipo de condiciones, quedamos totalmente fuera de posibilidades de ofertar en el Sector Público.*

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

*Pero no solamente los operadores que tercerizan, es muy común para operadores con red propia, recurrir a otros operadores para subcontratar circuitos, dado que es más económica esta práctica que construir.”*

- **Sobre el numeral 17 “Soporte proactivo, reactivo y atención de incidentes”**

*“Esta condición del cartel también la consideramos discriminatoria para todos los operadores cuyos centros de Servicio al Cliente se encuentren centralizados en la ubicación que más les convenga. Los operadores que ofrecen servicios en varios países, casi por regla general tienen su Help Desk centralizado en algún país.*

*También hay que considerar que un operador que ofrezca servicios solo en un país determinado, nada le debería impedir que su Help Desk esté ubicado en otro país, si los costos y la eficiencia lo ameritan.*

*Para el cliente, consideramos; no es un factor importante la ubicación del Centro de Atención de Clientes, siempre y cuando cumpla con los parámetros exigidos de respuesta, seguimiento, etc. Consideramos que es suficiente con que se exijan parámetros propios de servicio al cliente, que sea contestado en idioma español y si el contacto es telefónico, que sea mediante líneas locales.”*

- **Sobre el numeral 2.1 “Modelo de contratación” relacionado con el 6.10 “Niveles de disponibilidad del servicio contratado”**

*“Consideramos estos dos puntos, suficientes para que el cliente se garantice que va a recibir un servicio con la calidad que se espera y el numeral 19 establece las penalidades en caso de no cumplirse los parámetros del Acuerdo de Nivel de Servicio solicitado.*

*REICO es un operador autorizado por SUTEL bajo un esquema de reventa, no contamos con red propia y dependemos de nuestros proveedores para brindar el servicio.*

*Bajo este esquema, tenemos permiso para comercializar servicios de telecomunicaciones en Guatemala, El Salvador y Panamá y contamos con permiso de Operación en Honduras y Nicaragua.*

*Para este cartel, contamos con toda la infraestructura necesaria para ofertar, incluso en algunas localidades que solicita el cartel ya contamos con ingreso de fibra óptica en las edificaciones.”*

- c. Sobre las solicitudes de aclaración al cartel presentadas ante el Ministerio de Justicia y Paz.**

En todo proceso de contratación administrativa, existe una etapa en la que los posibles oferentes tienen la posibilidad de solicitar aclaraciones al pliego cartelario, en el caso de la licitación de marras se presentaron aclaraciones por parte de las siguientes empresas:

- La empresa **Continex** solicitó aclaración con relación a la instalación de gabinetes nuevos o sobre si ciertas labores le corresponden al Ministerio o a la empresa que resulte adjudicada. El Departamento de TI en respuesta a la solicitud indicó lo siguiente: *“A la solicitud realizada por la empresa CONTINEX, se le indica a la misma que el contrato solo*

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

*está dirigido al servicio de la instalación de las fibras y la configuración respectiva de estas con el router principal de cada sitio, el reacomodo del Rack es exclusivamente del MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ.”*

- El operador **TELECABLE S.A.** solicitó aclaración sobre las cláusulas 4.16 “del personal” párrafo segundo, especificaciones técnicas de la línea 1, cláusula 4 “sobre la administración y aprovisionamiento de la infraestructura” y una última aclaración con relación a si deben de entregarse y cotizarse dos enlaces de datos punto a punto por cada una de las ubicaciones hasta cada uno de los dos data center (IDC y ADN). El Departamento de TI en respuesta a la solicitud indicó lo siguiente:

**“Punto 1 Respuesta:**

*El funcionario con el rol de administrador del servicio, deberá poseer capacitación que demuestre su conocimiento en buenas prácticas de control de TI COBIT 4.1 como mínimo o bien tener estudios superiores que lo capaciten para asumir este rol entre ellos Certificación en ITIL, ISO y PMP (Project Manager Professional). Para acreditar lo anterior, se deberá presentar en la oferta la copia de los títulos y/o certificaciones respectivas.*

*Es importante indicar que las capacitaciones en ITIL, ISO y PMP, son complementarias, más no sustitutas de la capacitación en COBIT 4.1, que se solicita debe poseer el Administrador del servicio.*

**Punto 2 Respuesta:**

*Aclaremos que en los DATA CENTER los dispositivos instalados no cuentan con la capacidad de soportar todos los enlaces de fibra óptica provenientes de los centros, por lo que el contratista, deberá instalar una única Fibra Óptica por centro, la que se debe llevar a un nodo intermedio donde converjan todas las fibras y apartir de este, sacar dos enlaces de Fibra de al menos 1 giga cada uno, que lleguen a cada uno de los Data Center, a saber IDC y ADN.*

*1. El contratista deberá colocar un enlace de fibra óptica entre el punto de referencia (Centro) y un nodo principal que es exclusivamente administrado por el Contratista, a partir de este punto se deberá instalar como mínimo una fibra óptica hacia cada DATA CENTER (ADN O IDC), que tenga la capacidad de soportar toda la DATA (al menos de 1 Gbps o más) y ambos enlaces deben estar activos.*

*2. En la visita realizada al Complejo la Reforma se indicó que ahí se debían colocar dos enlaces de fibra, uno de ellos que va hacia los Data Center. El punto en referencia va desde Máxima Nueva hasta el Edificio de la Policía Penitenciaria ubicada en los Yoses, esta fibra es totalmente independiente de la de Datos. Se utiliza exclusivamente para video por lo tanto deberá ir instalada en el centro de Monitorio del Edificio de la Policía Penitenciaria.*

**Punto 3 Respuesta:**

*1. Se requiere que el contratista indique que capacidad de crecimiento se puede tener a un futuro con la fibra instalada y los SFP sin necesidad de cambiar estos últimos y que todo se haga por Software. No se requiere que se cotice el precio de capacidades mínimas y máximas, únicamente que se indique estas capacidades para los elementos cotizados.”*

- Nuevamente la empresa **CONTINEX** solicita a la Administración contratante la ampliación de fecha para la recepción de aclaraciones, modificaciones o recursos. El Departamento de

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

TI que no se va a ampliar la fecha de recepción y presentación de aclaraciones, modificaciones o recursos.

**d. Sobre el recurso de objeción presentado por REICO ante la Contraloría General de la República.**

REICO como potencial oferente, al amparo de lo establecido en el artículo 178<sup>11</sup> del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa presentó el día 5 de junio del 2020 ante la Contraloría General de la República (CGR) recurso de objeción al cartel de la Licitación Pública Nacional 2020LN-000006-0006900001.

Dicho recurso, objeta sobre los siguientes puntos:

- **Punto 4.15 “Sobre el servicio de Help Desk” en lo que interesa señala lo siguiente:**

*“(…) Como puede verse, en el cartel se está estableciendo una limitación infundada, al exigir que el centro de monitoreo sea propiedad del oferente, lo cual es irrelevante para la prestación del servicio administrado, donde existe un traslado de responsabilidades explícito a un proveedor especializado. Service Desk es precisamente un servicio, no un bien tangible que pueda ser propiedad de alguien; pero el cartel, de forma errónea, lo asimila a un bien inmueble nada más, y eso es un error conceptual grave.*

*Service Desk es un conjunto de recursos tecnológicos y humanos, para prestar servicios con la posibilidad de gestionar y solucionar todas las posibles incidencias de manera integral, junto con la atención de requerimientos relacionados con las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Precisamente el uso intensivo de la tecnologías hacen que para el cliente, en este caso el Ministerio, sea irrelevante el lugar donde se le atiende, y la propiedad donde se ubica el recurso humano y tecnológico.*

*El cartel es una negación de la realidad sobre la disrupción tecnológica, y por ilógico, es contrario al artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública. También es sinónimo de un trato discriminatorio para favorecer a un grupo limitado de empresas. No existe razón legal, de conveniencia u oportunidad para limitar la disposición del centro de monitoreo por medio de subcontratación o alianza comercial con empresas socias.*

---

<sup>11</sup> Artículo 178.-**Presentación y legitimación.** Contra el cartel de la licitación pública y de la licitación abreviada podrá interponerse recurso de objeción, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, contado a partir del día siguiente de la publicación o de aquel en que se realice la invitación. Para los efectos del cómputo respectivo no se tomarán en cuenta las fracciones.

Este recurso podrá ser interpuesto por cualquier potencial oferente, o su representante, del bien, servicio u obra requerido. También podrá interponer el recurso de objeción cualquier entidad legalmente constituida para la defensa de los intereses de la comunidad en donde vaya a ejecutarse la contratación o sobre la cual surta efectos.

En el escrito de objeción deberá argumentarse sobre la legitimación al menos sucintamente, con indicación de la relación entre la actividad del potencial oferente y el objeto del concurso, y en el caso de agrupaciones, la repercusión directa de la contratación sobre el núcleo de intereses que representan. Las agrupaciones, ya sean territoriales o de otra índole, podrán cuestionar únicamente aquellas condiciones cartelarias que afecten los intereses de la agrupación.

El recurso deberá presentarse con la prueba que se estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración. Además, deberá indicar las infracciones precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa, a las reglas de procedimiento o en general el quebranto de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la materia.

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

*Las restricciones impuestas en las cláusulas son contrarias al principio de neutralidad tecnológica establecido en la Ley General de Telecomunicaciones, (en adelante LGT) al principio de neutralidad de la competencia del artículo 12 del Reglamento de Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad y principios de igualdad y el de libre competencia de la Ley de Contratación Administrativa (LCA)."*

- **Punto 4.16 “Del personal” en lo que interesa señala lo siguiente:**

*“(…) El cartel pide un funcionario, que podrían ser asimilado a empleado. La realidad de las empresas, incluso acentuada en la crisis sanitaria por COVID 19, decretada el día 16 de marzo de 2020 para el caso de Costa Rica, es que administramos planillas flotantes, y también se subcontratan servicios de proveedores especializados, que incluso se asocian a proyectos. El licitante debe valorar que las empresas privadas somos diferentes a organizaciones estatales, donde las planillas son fijas, en muchos casos independientemente de la eficiencia y sostenibilidad financiera de tal decisión. Estimamos que existe una restricción no justificada para el ejercicio del comercio. Al Ministerio no le atañe la forma cómo el empresario se organiza para darle servicios, pues incluso no es el Ministerio experto en la materia. Lo que sí le atañe es un acuerdo de nivel de servicio, que es precisamente lo que recomienda la Contraloría General de la República.*

*Ahora bien, siendo que el adjudicatario de esta licitación llevará a cabo un proyecto a cuatro años, nada le impide contratar en relación laboral por cuatro años, pues así lo permite el artículo 31 del Código de Trabajo. Incluso podría realizar una contratación por servicios profesionales.”*

- **Punto 5.17 “Subcontratación” y 17 “Ubicación del Help Desk” en lo que interesa señala lo siguiente:**

*“(…) Este punto se puede interpretar como que la Administración no permite más del 50% de subcontratación en este proyecto, aunque no lo dice explícitamente y más bien parece una transcripción al artículo 69 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Con el fin de evitar malas interpretaciones, debemos señalar que nuestra autorización para prestar servicios de telecomunicaciones disponibles al público, por medio de redes públicas de telecomunicaciones que no se encuentren bajo nuestra operación o explotación; puede provocar una confusión con este punto, ya que se podría interpretar por parte de la Administración que nuestro modelo autorizado por SUTEL es el mismo que se señala en este párrafo del cartel.*

*Ubicación del Help Desk*

*REICO tiene posibilidad legal de poner a disposición, bajo su entera responsabilidad, un Help Desk ubicado en Guatemala, y la restricción de ubicación en Costa Rica del punto 17 no tiene fundamento alguno (...)*

*Ponemos a disposición un grupo de 60 personas en turnos de 24 x 7 trabajando los 365 días del año estamos atendiendo los siguientes países: México, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Colombia, Ecuador, Perú, Brasil, Chile, Argentina, Paraguay, Uruguay entre otros. Los servicios que trabajamos son de Capacidad, y Fibra, Internet, Satélite, Radio, Colocación y Torre, atendiendo aproximadamente como 7000 clientes y 36000 servicios. Lo anterior se complementa con el recurso de ingeniería y técnico ubicado en Costa Rica para labores físicas y lógicas propias de la Operación y Mantenimiento de las redes, los servicios a clientes finales; asimismo un equipo técnico administrativo local que planifica y desarrolla las actividades derivadas de la gestión y administración de la*



17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

*relación con el cliente y los contratos, de acuerdo a los indicadores comprometidos en acuerdos de nivel de servicio que garantizan la prestación de una solución de telecomunicaciones acorde al fin de la administración, el objeto contractual y demás condiciones de servicio.”*

En cuanto a las pretensiones señala:

“(…)

- a) *Que se eliminen las restricciones de subcontratación por ser contrarias al Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 69. O en su defecto, que se exima de esta condición a Operadores de Telecomunicaciones, legalmente autorizados para modelos de reventa, tercerización o brindar servicios de telecomunicaciones bajo plataformas de un tercero autorizado por SUTEL.*
- b) *Que se elimine el requisito de que el Help Desk sea propiedad del oferente.*
- c) *Que se elimine la restricción de ubicación del Help Desk, por ser contraria el artículo 23 c) de la Ley General de Telecomunicaciones, al artículo 16 y 158 de la Ley General de la Administración Pública, y artículo 51 y 52 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por imponer restricciones que no son indispensables o convenientes al interés público; por el contrario, promueven monopolios y potenciales acuerdos colusorios entre los limitadísimos oferentes que podrían cumplir, siendo la ubicación del Help Desk un aspecto limitativo y no considerado en estudios de mercado.*
- d) *Se sustituya el requisito del párrafo segundo del punto 4.16, y en subsidio, se solicite deseable que el Administrador de Proyectos cuente con certificaciones y/o capacitaciones COBIT, ITIL y PMBOK. Además, que se elimine el texto la palabra “funcionario” y se sustituya por “profesional en administración de proyectos”.*

La CGR mediante resolución R-DCA-00614-2020 de las 10:20 minutos del día 11 de junio del año 2020 resolvió el recurso de objeción al cartel en los siguientes términos:

*“De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 178, 179 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **RECHAZAR DE PLANO POR EXTEMPORÁNEO** el recurso de objeción interpuesto por la empresa la empresa REDES INTEGRADAS CORPORATIVAS SRL, en contra del cartel de la LICITACIÓN PÚBLICA No. 2020LN-000006- 0006900001 promovida por el MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ para la “suscripción de contrato de servicios de telecomunicaciones mediante enlaces de fibra óptica para la infraestructura tecnológica del Ministerio de Justicia y Paz.” (Resaltado no es del original)*

#### **e. Opinión de la Administración contratante.**

El Órgano Técnico de Competencia de la SUTEL solicitó a la Proveeduría Institucional del Ministerio de Justicia y Paz mediante oficio 04831-SUTEL-OTC-2020 con fecha 02 de junio del 2020, suministrar la justificación de los motivos técnicos por los cuales se incluyeron en el pliego de condiciones las cláusulas 2.1, 4.15, 5.17, 6.10 y 17.

Cabe señalar que el Proveedor Institucional solicitó a la señora Marianella Granados Saavedra como Jefa del Departamento de Tecnología de Información referirse a la solicitud de la SUTEL en relación a las cláusulas 2.1, 4.15, 6.10 y 17.

#### **1. Respuesta del Departamento de Tecnología de Información sobre las cláusulas 2.1, 4.15, 5.17, 6.10 y 17 del pliego cartelario.**

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

El Departamento de Tecnología de Información del Ministerio de Justicia y Paz remite el día 09 de junio mediante documento de ingreso NI-07552-2020 la respuesta al oficio 04831-SUTEL-OTC-2020, posteriormente remite la misma respuesta ajustada (NI-07703-2020) y finalmente el día 15 de junio de 2020 mediante documento de ingreso NI-07779-2020 el Departamento de Proveeduría remite también dicha respuesta a la SUTEL en el siguiente sentido:

**“Primer cuestionamiento:**

**“2.1. MODELO DE CONTRATACIÓN.**

*(...) Los servicios de telecomunicaciones de enlaces de fibra óptica requeridos en este contrato deberán cumplir con una operación de alta disponibilidad (24x7x365), que garantice en todos sus componentes un nivel de servicio mínimo de SLA del 97.5% de tiempo; el incumplimiento de esta condición, dará lugar al cobro de multas y a la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento, con el cobro respectivo por concepto de daños y perjuicios, los cuales serán de al menos el costo pagado por la Administración al Contratista por concepto de instalación del servicio para la totalidad de las línea (s) que componen la única partida de este contrato.”*

**Respuesta:**

*Para iniciar y en relación con los alegatos denominados “Sobre el fondo”, planteados por la empresa objetante, **los enlaces objeto de contratación en el presente requerimiento, son para ser utilizados por los establecimientos penitenciarios(en una Intranet), los que por ejecutar un servicio de custodia de privados de libertad, requieren de una adecuada conectividad a los servicios de tecnología de información institucionales**, a fin de poder acceder a la información relacionada con la población o bien, recibir información de entes tales como el Poder Judicial, OIJ, Ministerio de Seguridad, Dirección de Migración, la Defensoría de los habitantes, la CCSS y otras similares, que les permita administrar de forma adecuada los derechos de las personas a su cargo.*

*Es importante aclarar que, aunque por una imprecisión técnica, el trámite es denominado “Suscripción de contrato de servicios de telecomunicaciones mediante enlaces de fibra óptica para la infraestructura tecnológica del Ministerio de Justicia y Paz” **lo cierto que el servicio requerido no requiere propiamente una infraestructura de telecomunicación (pública) sino más bien una red local (privada) para entrelazar los centros penitenciarios**, razón por la cual no se encuentra sometido a la regulación nacional establecida para el mercado de telecomunicaciones de naturaleza pública.*

***Información tal como libertades, listados de traslados de personas desde cárceles del OIJ, tener a la orden, resoluciones judiciales, recursos de amparo, recursos de habeas corpus, es comunicada por este medio, razón por la que, los enlaces de comunicación de los establecimientos penitenciarios, son un recurso sensible, que se requiere estén en funcionamiento a niveles óptimos la mayor a parte del tiempo**, pues un enlace caído, puede provocar situaciones con consecuencias penales, tanto en contra de la Institución, como de los funcionarios que no ejecutaron en tiempo y forma una orden judicial.*

*Es importante citar que servicios institucionales, tales como el correo electrónico, requieren de estos enlaces para su adecuado funcionamiento, ya que a partir de la digitalización de servicios del Poder Judicial, este es el medio oficial para el envío de documentos desde y hacia los Tribunales de Justicia y otras oficinas de ese Poder de la República, por lo que su no disponibilidad, implicaría que si no se ejecuten de forma inmediata órdenes judiciales, por falta de información, lo que podría provocar retener ilegalmente a una persona privada de libertad, o bien, liberar a algún privado de libertad, al que se le haya notificado alguna causa, que no haya sido recibida en el establecimiento penitenciario, por estar caído el correo electrónico, a consecuencia de un enlace que no esté funcionando.*

***Así mismo por la arquitectura de los servicios institucionales, todas las impresoras y fax del Ministerio de Justicia y Paz, son administradas mediante servidores de impresión que requieren la continua comunicación entre los dispositivos y servidores que se encuentran alojados de forma centralizada en los respectivos DATA CENTER**, de ahí la sensibilidad del esquema de telecomunicaciones a nivel institucional, que justifica lo solicitado.*

***No omito manifestar la importancia de otros servicios de información institucional, soportados por los sistemas de información automatizados , tales como los sistemas que manejan información sociodemográfica, jurídica y de atención técnica , de la población privada de libertad a cargo de la Dirección***

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

*de Adaptación Social (SIAP e IGNIS), Así como los sistemas administrativos y de gestión institucional que soportan funciones sensibles tales como: administración de recursos humanos, administración financiera, planillas, pago a proveedores, administración de bodegas y suministros y logística en general.*

*Además, existen funciones medulares de la institución tales como control de visita general, control de encomiendas, la identificación biométrica y la consulta de información de las bases de datos del Tribunal Supremo de Elecciones, que, sin el adecuado soporte de las telecomunicaciones, verían disminuido su efectividad de forma radical, llegando a provocar conflictos con la población penal y los familiares de estos sobre todo en los días de visita (sábados, domingos y días Feriados).*

*Por todo lo anterior, debe entenderse que, en virtud de la sensibilidad del servicio requerido, el pliego de condiciones, en su totalidad, establece requerimientos y servicios específicos que constituyen el Acuerdo de Nivel de Servicio o SLA (Service Level Agreement, por sus siglas en inglés) y cuyo requerimientos porcentuales específicos se encuentran establecidos en la cláusula 2.1: Modelo de la contratación, 6.10: Niveles de disponibilidad del servicio contratado, 19: Cláusula Penal y 20: Multas del pliego de condiciones cartelerías, así como en los demás anexos del cartel y detalladamente en las especificaciones técnicas. Estos indicadores forman parte del acuerdo que define el nivel de servicio que se espera de un proveedor cuando despliega soluciones avanzadas de infraestructura TI a la medida de los requerimientos de un entorno corporativo y específicamente en relación con las características particulares de este Ministerio y que requiere para satisfacer su necesidad.*

*Los SLA son una parte integral e importante de un contrato de proveedor de TI. Este tipo de documento reúne toda la información acerca de los servicios contratados y su fiabilidad esperada. Al quedar registradas, de mutuo acuerdo, las métricas, responsabilidades y expectativas sobre el servicio, ninguna de las partes podrá alegar ignorancia en caso de que ocurra algún problema. Esto significa que ambas partes sabrán lo mismo y, por tanto, el SLA protege a ambas partes en el acuerdo.*

*En un acuerdo de nivel de servicio deberíamos encontrar componentes en dos áreas: de servicio y de gestión. Los primeros se refieren a las especificaciones de los servicios, qué se incluye y qué se excluye, las condiciones de disponibilidad, las responsabilidades de cada parte y otros asuntos relacionados.*

*Por su parte, los componentes de gestión del servicio pueden incluir definiciones de estándares y métodos de medición, informes, especificando contenido y frecuencia, el proceso de resolución de disputas, una cláusula de indemnización que protege al cliente de litigios de terceros resultantes de infracciones de nivel de servicio, así como describir los mecanismos para actualizar el acuerdo según sea necesario.*

*En el caso del numeral 19, es el complementario de los SLA ya que en el mismo se establece los acuerdo, las métricas, responsabilidades y expectativas sobre el servicio, ninguna de las partes podrá alegar ignorancia en caso de que ocurra algún problema, además se establecen los tiempos de respuestas y se tipifica la forma del procedimiento, pero este está enmarcado siempre dentro del SLA que debe cumplir el proveedor del servicio.*

*Por lo tanto, el servicio no puede superar el SLA de inactividad de este y el numeral 19 indica como se debe de ejecutar cuando ocurra una suspensión del servicio, así mismo los niveles de criticidad, donde se exige al proveedor a cumplir con lo establecido SLA, como también se exime de responsabilidades cuando estos son ocasionados por eventos fuera de su control.*

*Lo indicado anteriormente, constituye la justificación del nivel de servicio solicitado, donde el servicio a contratar, no podrá estar fuera más allá de 18h 15m 43s por mes.*

**Segundo cuestionamiento:**

**“4.15. SOBRE EL SERVICE DESK.**

*El servicio deberá considerar un Service Desk disponible y de su exclusiva propiedad, para la Administración en un horario 24 horas, los 7 días de la semana, los 365 días del año, durante todo el plazo del contrato. Para acreditar lo anterior, se requiere que el oferente declare bajo fe de juramento y apercibido de las penas con las que la ley castiga los delitos de perjurio y falso testimonio, que ha brindado servicios de Service Desk durante al menos dos años dentro de los últimos 3 años calendario (2017, 2018 y/o 2019), como parte integral de proyectos de video Vigilancia y/o red de datos y que dichos servicios no han sido subcontratados sino brindados directamente por él, dicha declaración*

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

*deberá indicar además, los siguientes datos: No se aceptará que el Service Desk sea subcontratado y deberá indicarlo de esa manera en su oferta. Si el oferente no contara con un Centro de Monitoreo propio no podrá participar en esta licitación, es decir, este servicio no puede ser subcontratado. El Ministerio de Justicia y Paz por medio del departamento de TI, podrá visitar el Service Desk del contratista sin previo aviso, con la finalidad de verificar que la información suministrada sea la correcta. De comprobarse que la información suministrada es falsa, la oferta quedará inadmisibles. Debe quedar claro, que el contratista será el único responsable, frente al Ministerio de Justicia y Paz del cumplimiento de los compromisos que se deriven de la presente contratación.”*

**Respuesta:**

*Como lo indica el recurrente La subcontratación del Service Desk, tanto parciales como totales, son una práctica común del mercado de telecomunicaciones, pero tenemos que dejar clara la diferencia entre un Help Desk y Service Desk, en **el tanto el recurrente alega que el cartel requiere la no subcontratación del Help Desk, cuando este no es requerido para brindar el servicio en cuestión.** Si bien el alcance de cada uno ha sido establecido hasta cierto punto en el marco de las normas ITIL, este no provee demasiada información práctica en cuanto a las diferencias y cómo identificar cada uno, pero de parte nuestra trataremos de enfocar la diferencia de cada uno de ellos.*

*Help Desk*

*Un help desk también es conocido como Centro de Atención al Usuario de TI, o CAU. Se parece un poco a un Call Center, pues se encarga de gestionar transacciones telefónicas y transferirlas a distintas áreas en donde podrán ser atendidas acorde al tipo de solicitud. Pero un help desk también puede tener el poder de resolver incidencias siempre y cuando tenga las facultades para hacerlo, pues tiene conocimientos y habilidades básicas en el área de TI, aunque por lo general se cuenta con apoyo de técnicos en la empresa o de forma externa, y las incidencias son redirigidas a los técnicos especialistas de dicha área. Así, las incidencias a las que responde sin redirigir, son limitadas.*

*Service Desk*

*El service desk, por otro lado, tiene un rango de acción más amplio. Es el único punto de contacto entre los usuarios y la gestión de servicios de TI, se puede decir que está más centralizado. El service desk tiene la capacidad de cerrar todas las incidencias y peticiones que se le hagan, de restaurar rápidamente cualquier problema que incomode al usuario para que el impacto sea mínimo y además, de generar informes al respecto.*

*Una Mesa de Servicios podría ser el hermano mayor de una Mesa de Ayuda, puede hacer todo lo que una Mesa de Ayuda, pero además permite planear, estructurar y proveer la entrega de una gran variedad de servicios TI. En lugar de reaccionar a los problemas mientras van surgiendo, te permite un acercamiento más estratégico a la Gestión de Servicios de IT, y actúa como un punto único de contacto (SPOC) para todas las actividades de IT.*

*Una Mesa de Servicios generalmente incluye elementos como un Catálogo de Servicios, que formaliza los procesos y recursos requeridos para la entrega de un servicio en particular, y permite que sea requerido tanto por un usuario final como por un cliente interno o miembros del departamento de IT.*

*En un ambiente de Mesa de Servicios, la comunicación se maneja no solo entre los usuarios finales y el equipo de IT, sino que también incluye comunicación interna de TI.*

*Ya aclarado la diferencia entre ambos, se debe indicar a SUTEL que, se aclare al recurrente, que **el cartel solicita un SERVICE DESK, que debe ser administrado directamente por el proveedor final, pues por la sensibilidad de la información que se trasiega dentro de la intranet de la Institución, no se considera recomendable que exista personal externo a la empresa proveedora, pues en la interacción entre el DTI del Ministerio y el Service Desk del proveedor, se intercambia información restringida, tal como la configuración de la red, que en manos de terceros podría ocasionar situaciones comprometedoras para la institución. El hecho que el oferente subcontrate un tercero para que les brinde el servicio, implica que el mismo no es controlado directamente por el contratista, lo que constituye un riesgo legal y operativo para la Institución, por las razones de seguridad antes citadas.***



17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

**En caso de servicios ubicados fuera de las fronteras nacionales, limita potestades y derechos de la Institución, tales como la ejecución de auditorías o verificación de condiciones físicas, ya que, en el mejor de los casos, encarecería los procesos administrativos y de gestión de la Institución o bien, ante el panorama financiero actual en el país, imposibilitaría el acceso a estos, por la falta de recursos económicos para cubrir pasajes y hospedajes para viajes fuera del país.**

**Esto debilitaría el control interno en la Institución, pues no se podía acceder a verificar condiciones de los prestadores de servicios del Ministerio.**

El Contratista deberá en el Service Desk monitorear permanentemente el servicio objeto de la contratación en un esquema de 24 horas diarias durante todo el plazo contractual, a fin de asegurar el cumplimiento de los niveles requeridos de disponibilidad, rendimiento y seguridad lógica y ser proactivo en la solución contratada y no esperar la apertura de un tiquete, como se solicita en el anexo de Especificaciones Técnicas en su numeral 6 "El contratista deberá contar con mecanismos automatizados para el monitoreo operativo y de seguridad lógica de los servicios prestados al amparo de este contrato, de una manera permanente, y deberán estar debidamente configurados para la ejecución de labores relativas al análisis de capacidad y desempeño, medición de la disponibilidad de la infraestructura, así mismo debe disponer de personal calificado para la interpretación y atención de los eventos y alertas que se emitan por la herramienta automatizada de monitoreo."

**Tercer cuestionamiento:**

**"6.10. NIVELES DE DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO CONTRATADO.**

El Contratista deberá brindar el mantenimiento proactivo, preventivo, correctivo y la atención de incidentes que permitan garantizar un SLA de al menos 97.5 % mensual de disponibilidad del servicio contratado, durante las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana, los trescientos sesenta y cinco días de año."

**Respuesta:**

Ver respuesta dada al primer cuestionamiento.

**Cuarto cuestionamiento:**

**"5.17 EN CASO DE SUBCONTRATACIÓN.**

(...)

El oferente sólo podrá subcontratar hasta en un cincuenta por ciento (50%) del monto adjudicado, salvo que la Administración autorice un monto mayor, según lo establecido en el artículo 69 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa."

**Respuesta**

En este punto consideramos que **subcontratar más del 50%, permitido por el Reglamento a la Ley de contratación administrativa, no es conveniente porque se considera que permitir a una empresa que externalice más del porcentaje permitido por Ley, podría ocasionar que el oferente que resulte adjudicado, no aporte valor dentro de la cadena de actividades fundamentales del servicio, lo que constituiría un factor de riesgo operativo y tecnológico muy grande, al no poseer la empresa, experiencia en actividades esenciales en el mercado del negocio de telecomunicaciones, requerimiento que constituye el fin público del trámite 2020LN-000004-0006900001 "Suscripción de contrato de servicios de telecomunicaciones mediante enlaces de fibra óptica para la infraestructura tecnológica del Ministerio de Justicia y Paz".**

**Adicionalmente, permitir un porcentaje de subcontratación mayor al 50% generaría que un gran número de personal externo a la relación contractual, deban ingresar a los establecimientos penitenciarios, ya que la sensibilidad tanto a lo interno del centro como también en la logística del mismo, constituye un riesgo de seguridad que vendría en perjuicio de la Institución, con las respectivas consecuencias legales y operativas que puedan producirse. Las situaciones de seguridad a lo interno del centro es prioridad para la Policía Penitenciaria, en diversas ocasiones nos han manifestado el reducir el número de ingresos de empresas externas, por cuanto para ellos es muy difícil estas corroborando constantemente al personal de empresas externas, mas cuando constantemente se esta cambiando este, o bien cuando es otra empresa que va a brindar el servicio que no es la habitual, haciendo que la labor de TI se vuelva más burocrática y lenta, para que las empresas puedan cumplir con**



17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

*lo solicitado en el numeral 6.11. Provocando a lo interno del centro atrasos en la solución del incidente por situaciones de seguridad y verificación de derechos.*

*En esta línea y considerando la prueba aportada por el recurrente (título de habilitación para funcionar como proveedor en el mercado de telecomunicaciones), debemos indicar que éste título no es garantía de que el oferente cuente con el recurso humano y material ni con la experiencia necesaria para ejecutar el servicio en las condiciones requeridas, sino que es una mera habilitación la cual ni siquiera se solicita al oferente en el pliego de condiciones por cuanto es innecesaria para brindar los enlaces de fibra óptica en una Intranet (red privada).*

**Quinto cuestionamiento:**

**“17. SOPORTE PROACTIVO, REACTIVO Y ATENCIÓN DE INCIDENTES.**

*(...)*

*El CONTRATISTA deberá tener un único Centro de Soporte ubicado en el País (Help Desk o Service Desk), mediante el cual el Ministerio de Justicia y Paz canalizará los requerimientos de soporte, incidentes operativos y seguridad lógica, así como consultas y demás soluciones requeridos. La disponibilidad del Centro de Soporte para el registro de casos, por parte del Ministerio de Justicia y Paz, debe ser de 24x7x365 (veinticuatro días de la semana, los trescientos sesenta y cinco días del año).*

**Respuesta:**

*Como se reza el párrafo del cartel “El CONTRATISTA deberá mantener disponible personal especializado y suficiente en forma permanente para poder actuar ante situaciones que afecten la disponibilidad, la seguridad física o factores que degraden el rendimiento, de la solución en forma general o individual de los componentes que la conforman, de forma tal que se actúe proactivamente al respecto, e informar al Ministerio de Justicia y Paz el inconveniente a fin de prevenir y garantizar la operativa de la misma. Para ello deberá instalar los mecanismos requeridos para el monitoreo de los componentes de la solución y dicha información sea accedida de manera segura por parte del personal autorizado por EL CONTRATISTA en el Centro de Monitoreo designado para tal propósito.”*

***El soporte debe estar activo 24x7x365, ya que la institución labora ininterrumpidamente, durante los 365 días del año, así que cualquier tipo de incidente que se active, deberá ser abordada de forma inmediata y proactiva por parte del Service Desk. Esto implica que el contratista debe contar con personal capacitados para dar atención inmediata al incidente, debiendo proceder a informar al administrador del contrato el incidente y acciones tomadas, de forma posterior a su solución.***

*Debe recordarse que los servicios que brinda el Sistema Penitenciario no deben verse suspendidos por situaciones de infraestructura de comunicaciones imputables al Proveedor y el cual debe ajustarse al SLA, el que se tendrá que cumplir con forme a los parámetros establecidos en el respectivo contrato.”*

**f. Opinión del OTC.**

La SUTEL por medio de su Órgano Técnico de Competencia es el encargado de realizar actividades de promoción y abogacía de la competencia. Según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 9736, estas actividades tienen como objetivo fomentar e impulsar 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.

Entre las actividades de abogacía está la emisión de opiniones, lo cual encuentra su fundamento en el artículo 21 de la Ley 9736. Esta Autoridad tiene competencia para emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia a solicitud de cualquier interesado sobre pliegos de condiciones o carteles en contratación administrativa cuyos elementos puedan obstruir el principio de competencia y libre concurrencia. La opinión que emita la autoridad no tendrá efectos vinculantes.

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

En primer lugar, es necesario referirnos a los principios en materia de contratación administrativa, que deben ser plasmados en toda la actividad contractual que ejerce el Estado por medio de los procedimientos establecidos en su normativa.

El artículo 182 de la Constitución Política establece:

*“Artículo 182.- Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de estas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo”*

Esta norma desarrolla el principio general constitucional en materia de contratación administrativa, la cual obliga a la Administración a que cualquier contratación que requiera el Estado deberá de realizarlo por medio del procedimiento de licitación, entendida esta como<sup>12</sup>:

*“un procedimiento legal técnico de invitación a los interesados, para que, conforme a las bases preparadas al efecto, llamadas pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales, se elige y acepta la más ventajosa mediante la adjudicación, que perfecciona el contrato. En otros términos, es un procedimiento de selección del contratista de la Administración Pública que, sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué persona es la que ofrece el precio más conveniente o la mejor oferta.”*

Partiendo de esa premisa, la Sala Constitucional en el Voto 998-98 definió los parámetros de los principios constitucionales rectores que informan la actividad contractual del Estado, permitiendo a oferentes y contratistas procesos ajustados al ordenamiento jurídico, en donde se permita la libre concurrencia, la igualdad de trato, la seguridad jurídica y a la Administración satisfaciendo la satisfacción del interés público a través de la elección del contratista que ofertó en mejores condiciones y se logre satisfacer el interés público.

En lo que interesa para esta opinión únicamente haremos referencia a los principios de libre concurrencia y el principio de igualdad, que en el citado voto señaló lo siguiente:

***“(...) Principio de Libre Concurrencia***

*“(...) tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece.”*

<sup>12</sup> Solera, J. (2001). *El cartel de la licitación*. Editorial Investigaciones Jurídicas.

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

**Principio de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes**

*“(…)principio complementario del anterior y que dentro de la licitación tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista; todo lo anterior, dentro del marco constitucional dado por el artículo 33 de la Carta Fundamental.”*

Estos principios igualmente han sido plasmados en la normativa que regula la contratación administrativa, en el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 2 del Reglamento a la misma ley respectivamente, que disponen:

**“Artículo 5.-Principio de igualdad y libre competencia.**

*En los procedimientos de contratación administrativa, se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. Los reglamentos de esta Ley o las disposiciones que rijan los procedimientos específicos de cada contratación, no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales.*

*La participación de oferentes extranjeros se regirá por el principio de reciprocidad, según el cual a ellos se les brindará el mismo trato que reciban los nacionales en el país de origen de aquellos. El Poder Ejecutivo establecerá, reglamentariamente, las disposiciones necesarias para la vigencia plena del principio estipulado en este párrafo.*

*Los carteles y los pliegos de condiciones no podrán disponer formas de pago ni contener ninguna regulación que otorgue a los oferentes nacionales un trato menos ventajoso que el otorgado a los oferentes extranjeros.*

*Los órganos y entes públicos no podrán usar sus prerrogativas de exoneración para importar, por medio de adjudicatarios de licitaciones, concesionarios ni otros terceros, productos manufacturados incluidos en los supuestos de prioridad del Artículo 12 de la Ley N° 7017, del 16 de diciembre de 1985.”*

**“Artículo 2-Principios. La actividad contractual se regirá, entre otros, por los siguientes principios:**

(...)

*d) Libre competencia. Se debe garantizar la posibilidad de competencia entre los oferentes. No deben introducirse en el cartel restricciones técnicas, legales o económicas que injustificadamente limiten la participación de potenciales oferentes.*

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

*e) Igualdad. En un mismo concurso los participantes deben ser tratados y examinados bajo reglas similares.”*

Estos principios forman parte del pilar fundamental de toda contratación administrativa, los cuales deben ser aplicados y respetados por la Administración Pública en pro de todos los posibles oferentes en los procesos de contratación con el fin de encontrar la oferta que mejor se adapte y cumpla como tal los requisitos cartelarios.

Como se ha venido señalando, REICO solicitó a la SUTEL una opinión sobre el cartel de Licitación Pública Nacional 2020LN-000006-0006900001 por considerar que la contratación de servicios de telecomunicaciones que requiere el Ministerio de Justicia y Paz contraviene los principios de libre competencia y concurrencia como proveedor de servicios de telecomunicaciones.

Nos referiremos a cada uno de los puntos que fueron señalados por el solicitante en aras de una mejor comprensión y análisis para determinar si existe a criterio de este OTC un incumplimiento a la aplicación de los principios señalados, por parte de la Administración contratante.

**i. Sobre el numeral 4.15 “Sobre el service desk”.**

Señala REICO que la condición solicitada por la Administración contratante en relación que el “*Help Desk*” debe ser propio y no subcontratado, escapa de la práctica común en el mercado de telecomunicaciones, ya que en el mercado se observan muchos ejemplos de *Help Desk* subcontratados, por lo que de solicitar que sea propio encarece el servicio y agrega etapas innecesarias al proceso de atención de clientes.

Además, señala que la cláusula en cuestión es restrictiva en señalar que el servicio de *service desk* es exclusivo y tendrá que estar disponible para la Administración por medio del Departamento de TI las 24 horas, 7 días a la semana y los 365 días al año durante todo el plazo del contrato, sin existir la posibilidad de subcontratar por parte del contratista a un tercero para que la ofrezca el servicio. En ese sentido se solicita que así lo indique en su oferta, de otra manera no podrá participar de la licitación.

El Departamento de TI del Ministerio en su respuesta señala que no hay claridad en los conceptos solicitados en el cartel por parte de solicitante, por lo que aclara que existe una diferencia clara entre un *Help Desk* y un *Service Desk*, siendo el primero un centro de atención al usuario y el segundo es el único punto de contacto entre los usuarios y el equipo de TI, y también incluye la comunicación interna de TI.

Aclara que **el cartel solicita un *Service Desk* que debe ser administrado única y exclusivamente por el proveedor final dada la sensibilidad de la información que trasiega la intranet de la institución**, entiéndase que los servicios de telecomunicaciones a contratar corresponden a transferencia de datos por medio de enlaces de fibra óptica para toda la intranet del Ministerio que va desde oficinas centrales, centros de atención, oficina nivel en comunidad y por último los centros penitenciarios.

En tal sentido, justifica la razón de ser de la cláusula en razón que la información que se intercambia es de **acceso restringido**, por lo que tener ese servicio en manos de terceras personas implicaría que

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

no habría un control directo por el contratista y aumentaría el riesgo legal y operativo para la institución. Por último, indica que *se debilitaría el control interno del Ministerio pues no habría acceso para verificar las condiciones de los prestadores de los servicios*.

Además de la justificación señalada, adiciona un punto importante que es que *la ubicación del servicio debe ser en el país y no en otro, para poder ejercer labores de fiscalización*, caso contrario económicamente tener estos servicios fuera de Costa Rica incrementaría el costo financiero para cubrir las visitas (hospedaje y pasajes) con los fines deseados por parte de los funcionarios del Ministerio por lo que en la coyuntura actual se imposibilita realizarlo de esa manera.

Es criterio de este Órgano que las justificaciones técnicas indicadas por el Departamento de TI encuentran su fundamento en razones de seguridad y resguardo de la información que circula en la intranet de todas las oficinas administrativas que componen el Ministerio, y que por tanto TI debe contar con capacidad para realizar auditorías o verificación de condiciones físicas tanto del *service desk* como al *help desk* con el fin de manejar mejor la infraestructura tecnológica interna del Ministerio, que debe contar con una operación de alta disponibilidad.

Por otro lado, es importante mencionar que nuestra normativa en relación con el *service desk* en ningún momento fija limitaciones sobre el mecanismo de operación de lo que se denomina en nuestro contexto, como centro de tele gestión; si bien, en el Reglamento de Calidad y Prestación de Servicios si se fijan parámetros para su operación, en ningún momento se exige que el mismo tenga que ser propio.

Así por ejemplo, en la resoluciones de autorización se les impone a los operadores la obligación de *“...disponer de centros de telegestión que permitan la atención oportuna y eficaz de solicitudes de información, trámites y reclamaciones de los derechos de los usuarios...”*, lo cual denota que un modelo de tercerización en donde estos centros son externos, es totalmente factible y de hecho se puede considerar una práctica común, llegando al punto de que estos pueden no estar físicamente ubicados dentro del país. Sin embargo, también se puede dar el caso de que existan operadores que cuenten tanto con un *help desk* como con un *service desk* propio y ubicado dentro del territorio nacional.

Al tener en cuenta tanto las características indicadas por la OCDE como por la COPROCOM en materia de contratación pública se encuentra que para evitar infringir los principios de competencia y libre concurrencia se recomienda que la administración contratante en el diseño de sus carteles: evite establecer restricciones innecesarias que reduzcan el número de licitantes calificados, evite introducir requisitos injustificados y que especifique requisitos mínimos que sean proporcionales con el tamaño y contenido del contrato licitado.

En ese sentido, resulta necesario valorar la pertinencia del requisito establecido de cara a los elementos anteriormente enumerado.

Sobre el particular se encuentra que en la cláusula analizada lo que la Administración Contratante pretende es **caracterizar de forma específica el servicio que se pretende obtener** dadas las herramientas técnicas existentes y las necesidades particulares de la administración.

No debe dejarse de lado que la contratación analizada al referirse a servicios necesarios para la conectividad a nivel del sistema penitenciario nacional puede requerir por parte de la administración



17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

contratante el establecimiento de una serie de requerimientos específicos dado el nivel de seguridad requerido para los servicios que pretenden ser contratados.

Asimismo, conviene tener presente que, según el análisis realizado del proceso de contratación, de las aclaraciones y objeciones presentadas, se encuentra que lo dispuesto en la cláusula 4.15 del pliego de condiciones no ha sido referido como una condición que pueda limitar la participación por parte de otros operadores o proveedores de telecomunicaciones.

Por lo anterior, se considera que **lo dispuesto en la cláusula 4.15 del pliego de condiciones no resulta una restricción innecesaria que pretenda reducir de manera injustificada el número de licitantes calificados, sino que se refiere a un requisito justificado a partir de las características del servicio que pretende ser contratado por la administración.**

**ii. Sobre el numeral 5.17 “Subcontratación”.**

En el caso de marras, el objeto de la licitación es la contratación de servicios de telecomunicaciones (transferencia de datos) por medio de enlaces de fibra óptica para enlazar la intranet a los data center tanto de las oficinas administrativas como los centros penitenciarios bajo un modelo contractual de SLA.

A criterio del Ministerio de Justicia y Paz este modelo provoca que todos los servicios institucionales deban estar interconectados bajo un adecuado funcionamiento y niveles óptimos de solución de incidentes, con un personal idóneo para la atención de soluciones que sea propio de la empresa que se contrate, por temas de seguridad y logística que fueron señalados en el primer punto.

En relación con la cláusula 5.17 del pliego de condiciones referente a subcontratación sostiene REICO que la “(...) *cláusula es discriminatoria para los operadores que oferta bajo el esquema de la tercerización, y que de prosperar ese tipo de condición, queda totalmente fuera la posibilidad de ofertar en el Sector Público.*”

El Departamento de TI del Ministerio indica que **subcontratar por un porcentaje superior al 50%** no es conveniente dado que podría ocasionar que el oferente que resulte adjudicado no aporte valor dentro de la cadena de actividades del servicio, por lo que **constituiría un factor de riesgo operativo y tecnológico** a una sola empresa que sea la que ejecute todo el servicio por medio del Acuerdo de Nivel de Servicio (SLA por sus siglas en inglés).

Además, considera que **una subcontratación provocaría el ingreso de personal externo ajeno a la relación contractual a los centros penitenciarios, generando un riesgo de seguridad** en perjuicio de la institución por la sensibilidad en el acceso y la logística que se requiere para ingresar.

En primer término, se debe tener claro que tanto la Ley (artículo 58 y 62) como el Reglamento (Artículo 69 y 149) extiende a la Administración contratante el derecho de utilizar la figura de la subcontratación a todos los contratos que celebre, hasta un 50% del monto adjudicado, salvo que la misma autorice uno superior, indicando en particular lo siguiente: “*El oferente podrá subcontratar hasta en un 50% del monto adjudicado, salvo que la Administración autorice un monto mayor*”.

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

Ahora bien, debemos tener claro que dependiendo del objeto contractual así será utilizada esta figura por la Administración, por otro lado, el contratista recurre a esta figura como un medio para cumplir de una mejor forma las obligaciones asumidas dentro del contrato asumido con el Estado, en caso de que no pueda cumplir por sí mismo todas las condiciones exigidas por la administración.

Guillermo Cabanellas de Torres<sup>13</sup> ha definido la subcontratación como:

*“...Nuevo contrato derivado o dependiente de otro previo, llamado básico u originario, y con su mismo contenido en todo o en parte. Los dos contratos coexistan, ya que la subcontratación no extingue el contrato básico ni afecta el vínculo que éste había establecido. Pero nace un nuevo vínculo contractual, distinto, aunque sea autónomo (Masnatta). / De ahí que se llame subcontratista, según expresa Capitant, la persona que, a precio fijo o a destajo, **se encarga de la realización de una parte separada del trabajo, confiado en conjunto a un empresario principal.**” (Lo destacado es intencional)*

Tal y como ha sido mencionado líneas atrás, la subcontratación se encuentra regulada de forma expresa en los citados artículos 58 y 62 de la Ley de Contratación Administrativa, así como en los ordinales 69 y 149 del Reglamento a dicha Ley, y si bien es una figura típica de los contratos de obra pública, también se ha permitido a manera excepcional su aplicación en las contrataciones de servicios.

La Contraloría General de la República (CGR)<sup>14</sup> señaló que existen una serie de condiciones que deben cumplirse para considerar si se está frente a la figura de la subcontratación, ente las cuales están:

“(...)

- *El objeto de la ejecución de la subcontratación, siempre será subsidiario y especializado respecto a la obligación principal;*
- *La oferta debe contener necesariamente un listado de los subcontratistas que se pretende subcontratar y,*
- ***No es factible subcontratar por más de un 50% del total de la obra, salvo que existan circunstancias muy calificadas y la Administración así lo autorice***. (Lo destacado es intencional)

En ese sentido, la CGR<sup>15</sup> ha indicado al respecto lo siguiente:

*“...conviene indicar que de acuerdo con la jurisprudencia emanada de esta Contraloría General sobre el particular, la figura de la subcontratación está regulada en la Ley de Contratación Administrativa para los contratos relativos a obra pública, no obstante se ha permitido, por vía excepción, **que la subcontratación figure en otro tipo de contratos, aplicándoseles los principios y límites que se han establecido para los contratos de obra pública, a saber: “1) el objeto de la contratación, referido a la ejecución de una prestación especializada, siempre subsidiaria a la principal, 2) su necesaria presentación con la oferta y aceptación por la Administración y 3) su ajuste al límite porcentual del 50% en relación con la prestación contratada”** (Oficio N° 9225 DGCA-1021-96 de 6 de agosto de 1996). En el mismo oficio de referencia, la otrora Dirección General de Contratación Administrativa advirtió, en lo conducente, lo siguiente: “Así, **la ‘subcontratación’ sólo se justifica en aquellos aspectos del contrato que requieran determinada especialización y que razonablemente no puedan ser***

<sup>13</sup> CABANELLAS DE TORRES (Guillermo), Diccionario Jurídico Elemental, 5 edición, Editorial Heliasta, 2001

<sup>14</sup> DJ-3041 del 30 de julio del 2010, Contraloría General de la República.

<sup>15</sup> RC-213-2002 de las 12:00 horas del 5 de abril del 2002

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

***exigidos al contratista principal***”. Lo anterior quiere decir, como regla de principio, que la subcontratación está permitida y no vedada para contratos disímiles a los de obra pública, siempre que se cumplan los tres supuestos señalados supra...” (El destacado no corresponde al original).

Con respecto a los elementos señalados por la CGR, se debe precisar cuando el objeto de la contratación es subsidiario y especializado al principal. En ese sentido, la doctrina<sup>16</sup> ha indicado que:

*“el subcontrato no tiene como objeto el contrato principal, sino sólo la ejecución material de determinadas partidas integrantes de dicho contrato principal (que se mantiene en todos sus términos inalterado). En otras palabras, el subcontrato no altera en modo alguno el contrato principal del que depende, de tal manera que el contratista originario mantiene el riesgo y ventura en la ejecución (directa o indirecta) de dicho contrato principal./ Ese contrato accesorio o derivado en que se traduce el subcontrato tiene naturaleza privada. El contratista subcontratante suscribirá los pactos que tenga por conveniente con el subcontratista (tercero ajeno al contrato principal) pactos en los que no participará la Administración contratante, por la sencilla razón de que no adopta la posición jurídica de parte en el subcontrato.”*

Con base a lo anterior se dice que el subcontrato no es más que un contrato derivado de otro anterior, y de su misma naturaleza, que ejerce una influencia determinante y decisiva, la cual se produce desde su nacimiento hasta su extinción, afectando el contenido y extensión del mismo, que no puede exceder, bajo ningún supuesto, los límites del contrato principal.

Es decir, el subcontrato es derivado y dependiente de otro contrato, y surge a la vida como consecuencia de la necesidad del contratista, el cual, en lugar de ejecutar por sí mismo alguna de las obligaciones asumidas en el contrato originario, decide contratar con un tercero tareas de índole especializada, de frente al objeto contemplando en el contrato principal.

En ese sentido, la CGR continuó señalando<sup>17</sup>:

*“(…) Sin detrimento de lo anterior, debe tenerse en consideración que no toda contratación efectuada por un contratista de la Administración, implica subcontratación, así es el caso en el que una empresa que se dedica a un determinado giro o actividad comercial, deba contratar o suplirse de un elemento esencial, para poder cumplir con una determinada tarea que forma parte del objeto principal de la contratación. Es decir, puede ocurrir que una empresa se dedique a una determinada actividad y sea contratada para llevar a cabo la misma, pero para poder alcanzar esa obligación principal deba contratar determinados insumos o servicios con que no cuenta en ese momento, sin llegar al grado de especialización que sí determina la subcontratación. En ese supuesto, se trataría propiamente de la ejecución de la obligación principal para la cual fue contratada y que en todo caso, dicha actividad siempre se encuentra ubicada dentro de su giro empresarial y no resulta en modo alguno ejecutada de forma separada al objeto principal, como sí sucede con la subcontratación.*

*Dicho en otras palabras, considera este Despacho que es procedente indicar que no todo contrato celebrado entre un contratista de una Administración y un tercero, respecto del contrato principal, presupone una subcontratación. Así por ejemplo, la contratación de la mano de obra, o de los proveedores de materiales de construcción (contratos de aprovisionamiento), que una empresa constructora*

<sup>16</sup> García-Trevijano Garnica, Ernesto. La cesión del contrato administrativo. La subcontratación, Civitas, Madrid, 1997, p.93

<sup>17</sup> DJ-3041 del 30 de julio del 2010, Contraloría General de la República

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

*efectúa para llevar a cabo una obra, en principio, no debería ser considerada como subcontratación, ya que son necesarios o fundamentales para la propia empresa que presta el servicio, y son utilizados dentro o como parte para realizar la obligación principal de la contratación.*

*En esa línea de pensamiento, se tiene que no todo contrato accesorio deba ser catalogado como uno de subcontratación, sino que el análisis dependerá del caso en concreto, y deberá tomarse en consideración si la nueva contratación se efectúa en razón de una imposibilidad del contratista para llevar a cabo una tarea especializada –en razón del objeto-, accesoria a la obligación principal contraída o bien, si la contratación adicional efectuada por el contratista de la Administración, se encuentra inmersa dentro del engranaje necesario para que la empresa contratista pueda alcanzar el correcto cumplimiento de las actividades contratadas por la Administración.”*

En esa línea de pensamiento, se tiene que no todo contrato accesorio deba ser catalogado como uno de subcontratación, sino que el análisis dependerá del caso en concreto, y deberá tomarse en consideración si la nueva contratación se efectúa en razón de una imposibilidad del contratista para llevar a cabo una tarea especializada –en razón del objeto-, accesoria a la obligación principal contraída o bien, si la contratación adicional efectuada por el contratista de la Administración, se encuentra inmersa dentro del engranaje necesario para que la empresa contratista pueda alcanzar el correcto cumplimiento de las actividades contratadas por la Administración.

Así al analizar lo dispuesto en la cláusula 5.17 del pliego de condiciones se encuentran en primer lugar, que la **misma es consistente con la normativa dispuesta** en materia de contratación administrativa en cuanto a la subcontratación, **dispone que la subcontratación deberá ser inferior a un 50% del objeto contratado salvo en circunstancias muy calificadas**, que a criterio de la administración no se cumplen en el presente caso, ya que el aumentar dicho porcentaje podría, a criterio del Ministerio de Justicia y Paz, ocasionar que el oferente que resulte adjudicado no aporte valor dentro de la cadena de actividades del servicio, por lo que constituiría un factor de riesgo operativo y tecnológico.

En ese sentido, el análisis técnico de dicha cláusula evidencia **que el objeto de la contratación puede ser realizado por una gran cantidad de operadores de redes bajo el modelo de contratación SLA**, y por tanto a criterio de este OTC la cláusula 5.17 del pliego de condiciones no parece violentar la libre concurrencia en el proceso de contratación.

Asimismo, se observan justificaciones técnicas y legales del por qué la administración mantiene el porcentaje de subcontratación en los límites dispuestos en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, ya que ante una eventual subcontratación superior de los servicios objeto de contratación se podría comprometer la seguridad de la información y de la trazabilidad de esta hacia los data center, así como el personal asociado a la atención de incidentes, mantenimientos entre otros.

Así, se considera que lo dispuesto en la cláusula 5.17 del pliego de condiciones no pretende introducir un requisito injustificado que pretenda reducir el número de posibles oferente, sino que se refiere a un requisito justificado a partir de las características del servicio que pretende ser contratado por la administración, en particular en relación por los niveles de seguridad requeridos.

**iii. Sobre el numeral 17 “Soporte proactivo, reactivo y atención de incidentes”.**

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

Señala REICO que esta condición cartelaria es discriminatoria para los operadores de telecomunicaciones cuyos centros se encuentren centralizados en la ubicación que convenga a sus intereses. Menciona, además:

*“(...) Para el cliente, consideramos; no es un factor importante la ubicación del Centro de Atención de Clientes, siempre y cuando cumpla con los parámetros exigidos de respuesta, seguimiento, etc. Consideramos que es suficiente con que se exijan parámetros propios de servicio al cliente, que sea contestado en idioma español y si el contacto es telefónico, que sea mediante líneas locales.”*

La justificación técnica dada por el Departamento de TI del Ministerio de Justicia y Paz es que el personal con que cuente el Centro de Soporte deberá ser especializado, suficiente y de manera permanente permitir garantizar la rápida solución de incidencias que afecten la disponibilidad, la seguridad física o factores que degraden el rendimiento requerido.

Este soporte según lo solicitado debe estar activo y disponible 24 horas, 7 días a la semana, 365 días al año, dado que **el Ministerio en general labora ininterrumpidamente, por lo tanto, ante cualquier incidente se debe de contar con la solución de forma inmediata, dado que como se ha reiterado la información que se maneja de centros penitenciarios es sumamente sensible** por lo que de existir algún incidente es necesario contar con la pronta solución.

Por último, en relación con la ubicación del Centro de Atención de Soporte como la administración contratante indicó que **es necesario que esta no sea extraterritorial con el fin de poder monitorear, auditar y realizar inspecciones sobre el manejo y soporte que se realiza.**

Al valorar la pertinencia del requisito establecido de cara a los elementos definidos por la OCDE y la COPROCOM, y de conformidad con lo desarrollado en relación con la cláusula 4.15 del pliego de condiciones, se encuentra que en la cláusula analizada lo que la Administración Contratante pretende es **caracterizar de forma específica el servicio que se pretende obtener** dadas las necesidades de seguridad particulares de la administración.

Así, en el caso particular es claro que la **administración puede definir la necesidad de realizar auditorías y visitas de verificación sobre el objeto contratado**, lo cual resulta razonable si se considera que la contratación analizada al referirse a servicios necesarios para la conectividad a nivel del sistema penitenciario nacional puede requerir por parte de la administración contratante el establecimiento de una serie de requerimientos específicos dado el nivel de seguridad requerido para los servicios que pretenden ser contratados.

Asimismo, conviene tener presente que, según el análisis realizado del proceso de contratación, de las aclaraciones y objeciones presentadas, se encuentra que lo dispuesto en la cláusula 17 del pliego de condiciones no ha sido referido como una condición que pueda limitar la participación por parte de otros operadores o proveedores de telecomunicaciones. Lo que también resulta en evidencia relevante de que la cláusula analizada no perjudica la libre participación para los posibles oferentes.

Por lo anterior, se considera que **lo dispuesto en la cláusula 17 del pliego de condiciones no resulta una restricción innecesaria que pretenda reducir de manera injustificada el número de licitantes,**



17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

**sino que se refiere a un requisito justificado a partir de las características de seguridad del servicio que pretende ser contratado por la administración.**

**iv. Sobre el numeral 2.1 “Modelo de contratación” relacionado con el 6.10 “Niveles de disponibilidad del servicio contratado”.**

El objetivo de la contratación es resguardar la información de privados de libertad que sea comunicada tanto por el Poder Judicial como por Centros de Adaptación Social, los sistemas administrativos de recursos humanos, administración financiera, planillas, pago a proveedores, administración de bodegas y suministros, logística en general, correos electrónicos, dispositivos como impresoras y faxes se encuentren entrelazados en forma centralizada en los data center, de ahí la importancia y sensibilidad del esquema de telecomunicaciones a nivel institucional.

REICO reitera su capacidad para ofrecer el servicio dado que es un operador de telecomunicaciones autorizado por esta Superintendencia bajo el esquema de reventa, sin embargo, su argumento no va más allá. Así se procede a analizar la pertinencia del requisito referente al SLA.

Sobre el particular el Ministerio de Justicia y Paz indica que el modelo de contratación que requiere es el denominado Acuerdo de Nivel de Servicio (por sus siglas en inglés SLA “Legal Service Agreement) que no es más que un contrato en el cual una empresa cuenta con todos los servicios y la infraestructura de TI que necesita, minimizando riesgos y fortaleciendo la seguridad que suscribe con un proveedor especializado.<sup>18</sup>

Las bondades de este tipo de acuerdos es que se controlan los costos, flexibilizan los servicios dado que cuenta con el personal idóneo cada vez que sea requerido, capaz para operar y dar soporte a toda la Institución, con disponibilidad las 24 horas, 7 días a la semana y 365 días al año. También tiene la característica de ser adaptable a las necesidades de quien los solicita.

Indica asimismo el Departamento de TI que existe una imprecisión técnica dado que el objeto contractual es entrelazar por medio de una red local (privada) los centros penitenciarios y sus oficinas administrativas y no propiamente la contratación de servicios de telecomunicaciones. De conformidad con lo establecido en el artículo 1 y 6 inciso 20) de la Ley 8642, en relación con las redes privadas de telecomunicaciones la cual se refiere a una “*red de telecomunicaciones destinada a satisfacer necesidades propias de su titular, lo que excluye la prestación y explotación de estos servicios a terceros*”, se encuentra que dicho tipo de redes se encuentran bajo el alcance de la competencia de la SUTEL.

Sobre el tema de SLA este va más allá delo establecido en el Reglamento de Prestación y Calidad del Servicio, en particular en el artículo 32 en relación con la disponibilidad de núcleo asociada a la red de núcleo. Sin embargo, debe tenerse presente que la recientemente emitida resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-084-2020 referente a la homologación de contratos de libre negociación, su impacto en la competencia y en la regulación de permanencia mínima, establece “*los operadores se encuentran facultados para comercializar servicios de telecomunicaciones mediante contratos de libre discusión cuando se evidencie que el cliente, sea persona física o jurídica, cuenta con poder de negociación para discutir de forma libre, con información suficiente y de común acuerdo los términos y*

<sup>18</sup> <https://www.ho1a.com/los-servicios-administrados/>

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

*condiciones que regirán la prestación del servicio de telecomunicaciones con la finalidad de obtener una solución ajustada a sus necesidades particulares y que no se encuentra contenida en la oferta comercial general del operador/proveedor”.*

En ese sentido el SLA requerido de 97,5%, si bien está por encima de los requisitos mínimos definidos en el Reglamento de Prestación y Calidad del Servicio, aún puede ser alcanzado por los operadores a través de medidas como el establecimiento de redundancias. Este requisito si bien constituye una obligación para la empresa que resulta adjudicada, es claro que el cumplimiento del mismo fue valorado por los posibles oferentes, quienes al decidir libremente ofertar en el proceso valoran si están en la posibilidad de cumplirlo.

Resulta particularmente relevante que ningún operador en el proceso de licitación, ni siquiera la empresa consultante, indican que no pueden cumplir con dicho nivel de SLA, por lo cual se valora que el nivel de SLA requerido de 97,5% no parece resultar un requisito incumplible por parte de los operadores de telecomunicaciones y que por tanto pueda restringir la competencia y la libre concurrencia.

Asimismo, dado el manejo sensible de información trasegada por los enlaces contratados se encuentra que existe una justificación técnica y de seguridad en relación con el SLA requerido.

Por lo anterior, **se considera que lo dispuesto en la cláusula 6.10 del pliego de condiciones resulta un requisito proporcional con el contenido del contrato licitado** en particular por la importancia de la seguridad y disponibilidad que se requiere del mismo y por tanto no deviene en una restricción innecesaria que pretenda reducir de manera injustificada el número de oferentes.

## **5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

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

- i. Que el Ministerio de Justicia y Paz promueve la Licitación Nacional número 2020LN-000006-0006900001 referente a la “Suscripción de contrato de servicios de telecomunicaciones mediante enlaces de fibra óptica para la infraestructura tecnológica del Ministerio de Justicia y Paz”.
- ii. Que el operador de telecomunicaciones **REDES INTEGRADAS CORPORATIVAS S.R.L** solicitó a la SUTEL la emisión de una opinión sobre el pliego cartelario de la Licitación Nacional 2020LN-000006-0006900001 “Suscripción de contrato de servicios de telecomunicaciones mediante enlaces de fibra óptica para la infraestructura tecnológica del Ministerio de Justicia y Paz” en relación con las cláusulas 2.1, 4.15, 5.17, 6.10 y 17 del pliego cartelario, las cuales a su criterio van en contra del principio de libre competencia.
- iii. 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

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

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

- iv. Que el artículo el 21 de la Ley 9736 establece 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.
- v. Que en relación con las cláusulas 2.1, 4.15, 5.17, 6.10 y 17 del pliego cartelario 2020LN-000006-0006900001 se encuentra lo siguiente:
  - a. **Cláusula 4.15 referente a la ubicación del del *service desk* y el *help desk*:** las justificaciones técnicas para la incorporación de dicha cláusula por parte del Ministerio de Justicia y Paz encuentran su fundamento en razones de seguridad y resguardo de la información que circula en la intranet de todas las oficinas administrativas que componen el Ministerio, sobre las cuales el Departamento de TI de dicho Ministerio debe contar con capacidad para realizar auditorías o verificación de condiciones físicas tanto del *service desk* como al *help desk* con el fin de manejar mejor la infraestructura tecnológica interna del Ministerio. Por lo anterior, se considera que lo dispuesto en la cláusula 4.15 del pliego de condiciones no resulta una restricción innecesaria que pretenda reducir de manera injustificada el número de licitantes calificados, sino que se refiere a un requisito justificado a partir de las características del servicio que pretende ser contratado por la administración.
  - b. **Cláusula 5.17 referente a la subcontratación:** al analizar lo dispuesto en la cláusula 5.17 del pliego de condiciones se encuentran en primer lugar, que la misma es consistente con la normativa dispuesta en materia de contratación administrativa en cuanto a la subcontratación, dispone que la subcontratación deberá ser inferior a un 50% del objeto contratado salvo en circunstancias muy calificadas, que a criterio de la administración no se cumplen en el presente caso, ya que el aumentar dicho porcentaje podría, a criterio del Ministerio de Justicia y Paz, ocasionar que el oferente que resulte adjudicado no aporte valor dentro de la cadena de actividades del servicio, por lo que constituiría un factor de riesgo operativo y tecnológico. En segundo lugar, el análisis técnico de dicha cláusula evidencia que el objeto de la contratación puede ser realizado por una gran cantidad de operadores de redes bajo el modelo de contratación SLA, y por tanto a criterio de este OTC la cláusula 5.17 del pliego de condiciones no parece violentar la libre concurrencia en el proceso de contratación. En tercer lugar, se observan justificaciones técnicas y legales del por qué la administración mantiene el porcentaje de subcontratación en los límites dispuestos en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, ya que ante una eventual subcontratación superior de los servicios objeto de contratación se podría comprometer la seguridad de la información y de la trazabilidad de esta hacia los data center, así como el personal asociado a la atención de incidentes, mantenimientos entre otros. Por lo tanto, se considera que lo dispuesto en la cláusula 5.17 del pliego de condiciones no pretende introducir un requisito injustificado que pretenda reducir el número de posibles oferente, sino que se refiere a un requisito justificado a partir de las características del servicio que pretende ser

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

contratado por la administración, en particular en relación por los niveles de seguridad requeridos.

- c. **Cláusula 17 referente a soporte proactivo, reactivo y atención de incidentes:** en el caso particular es claro que la administración puede definir la necesidad de realizar auditorías y visitas de verificación sobre el objeto contratado, lo cual resulta razonable si se considera que la contratación analizada al referirse a servicios necesarios para la conectividad a nivel del sistema penitenciario nacional puede requerir por parte de la administración contratante el establecimiento de una serie de requerimientos específicos dado el nivel de seguridad requerido para los servicios que pretenden ser contratados. Por lo anterior, se considera que lo dispuesto en la cláusula 17 del pliego de condiciones no resulta una restricción innecesaria que pretenda reducir de manera injustificada el número de licitantes, sino que se refiere a un requisito justificado a partir de las características de seguridad del servicio que pretende ser contratado por la administración.
- d. **Cláusula 2.1 en relación con la 6.10 referente al SLA:** si bien el SLA va más allá de lo establecido en el Reglamento de Prestación y Calidad del Servicio, debe tenerse presente que la resolución del Consejo de la SUTEL RCS-084-2020 establece que *“los operadores se encuentran facultados para comercializar servicios de telecomunicaciones mediante contratos de libre discusión cuando se evidencie que el cliente, sea persona física o jurídica, cuenta con poder de negociación para discutir de forma libre, con información suficiente y de común acuerdo los términos y condiciones que regirán la prestación del servicio de telecomunicaciones con la finalidad de obtener una solución ajustada a sus necesidades particulares y que no se encuentra contenida en la oferta comercial general del operador/proveedor”*. En ese sentido el SLA requerido de 97,5%, si bien está por encima de los requisitos mínimos definidos en el Reglamento de Prestación y Calidad del Servicio, aún puede ser alcanzado por los operadores a través de medidas como el establecimiento de redundancias. Se valora que el nivel de SLA requerido de 97,5% no parece resultar un requisito incumplible por parte de los operadores de telecomunicaciones y que por tanto pueda restringir la competencia y la libre concurrencia. Asimismo, dado el manejo sensible de información trasegada por los enlaces contratados se encuentra que existe una justificación técnica y de seguridad en relación con el SLA requerido. Por lo anterior, se considera que lo dispuesto en la cláusula 6.10 del pliego de condiciones resulta un requisito proporcional con el contenido del contrato licitado en particular por la importancia de la seguridad y disponibilidad que se requiere del mismo y por tanto no deviene en una restricción innecesaria que pretenda reducir de manera injustificada el número de oferentes.

vi. Que en virtud de lo anterior y de acuerdo con los principios evaluados se encuentra que:

- El pliego cartelario no limita la libre concurrencia de posibles oferentes del mercado.
- El pliego cartelario no limita la aptitud de los posibles oferentes para competir en igualdad de condiciones.
- El pliego cartelario no reduce capacidad de los posibles oferentes para competir.
- El pliego cartelario en las cláusulas analizadas no introduce restricciones técnicas que injustificadamente limiten la participación de potenciales oferentes.

17 de junio del 2020

**05349-SUTEL-OTC-2020**

En virtud de lo anterior se recomienda al Consejo de la SUTEL valorar lo siguiente:

- i. Dar por recibido el presente informe.
- ii. Emitir Opinión sobre la consulta presentada por la empresa REDES INTEGRADAS CORPORATIVAS S.R.L. en relación con las cláusulas 2.1, 4.15, 5.17, 6.10 y 17 del pliego de condiciones de la Licitación Nacional número 2020LN-000006-0006900001 referente a la “Suscripción de contrato de servicios de telecomunicaciones mediante enlaces de fibra óptica para la infraestructura tecnológica del Ministerio de Justicia y Paz” en los términos de lo desarrollado en el presente informe por el OTC de la SUTEL.
- iii. Comunicar el presente informe al Ministerio de Justicia y Paz y a la empresa REDES INTEGRADAS CORPORATIVAS S.R.L. en relación con la Licitación Nacional número 2020LN-000006-0006900001 referente a la “Suscripción de contrato de servicios de telecomunicaciones mediante enlaces de fibra óptica para la infraestructura tecnológica del Ministerio de Justicia y Paz”.

De esta forma se deja rendido por parte del Órgano Técnico de Competencia de la SUTEL formal criterio sobre el pliego cartelario de la Licitación Nacional 2020LN-000006-0006900001 “*Suscripción de contrato de servicios de telecomunicaciones mediante enlaces de fibra óptica para la infraestructura tecnológica del Ministerio de Justicia y Paz*”, en relación exclusivamente con los principios de competencia y libre concurrencia en el mercado.

Este criterio no aborda otro tipo de consideraciones regulatorias, las cuales escapan del alcance de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la Ley 9736.

Atentamente,  
**ÓRGANO TÉCNICO DE COMPETENCIA**

Bernarda Cerdas Rodríguez  
Abogada

Deryhan Muñoz Barquero  
**Encargada**  
**Órgano Técnico Competencia**

BCR  
Exp: GCO-OTC-OPI-01122-2020