

30 de junio de 2020
05757-SUTEL-SCS-2020

Señores
Rolando Chinchilla Masis
Proveedor Institucional

Andrea Arias Cruz
Analista de Unidad de Contrataciones
Ministerio de Justicia y Paz
proveeduria@mj.go.cr / aariasc@mj.go.cr

Estimados señores:

El suscrito, Secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en ejercicio de las competencias que le atribuye el inciso b) del artículo 50 de la Ley General de la Administración Pública, ley 6227, y el inciso 10) del artículo 35 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado, me permito comunicarles que en la sesión ordinaria 046-2020 del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, celebrada el 25 de junio del 2020, se adoptó, por unanimidad, lo siguiente:

ACUERDO 036-046-2020

CONSIDERANDO:

1. Que de conformidad con el artículo 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios públicos, Ley 7593, y el artículo 1 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley 8660, la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) es el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.
2. Que la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, establece como uno de sus objetivos promover la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, como mecanismo para aumentar la disponibilidad de servicios, mejorar su calidad y asegurar precios asequibles.
3. Que el 05 de setiembre de 2019 fue emitida la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica Ley 9736, misma que entró en vigor con su publicación en el diario oficial La Gaceta el 18 de noviembre de 2019.
4. Que según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, 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.
5. Que el artículo 21 de dicha Ley establece que el Órgano Superior de cada autoridad de competencia podrá 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.

30 de junio de 2020
05757-SUTEL-SCS-2020

6. 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 Órgano Técnico de Competencia (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.
7. Que el 02 de junio del 2020 mediante oficio 04831-SUTEL-OTC-2020 se 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.
8. Que el 02 de junio del 2020 en atención al oficio 04831-SUTEL-OTC-2020 el señor Rolando Chinchilla Masís, 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.
9. 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 Órgano Técnico de Competencia (OTC) una serie de aclaraciones (NI-07203-2020) sobre las facultades de la SUTEL para emitir opiniones en relación con carteles de licitación.
10. 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.
11. 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.
12. 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.
13. Que el 17 de junio de 2020, mediante oficio 05349-SUTEL-OTC-2020, el Órgano Técnico de Competencia, presentó para valoración del Consejo de la SUTEL su “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”, en donde concluyó lo siguiente:

“

30 de junio de 2020
05757-SUTEL-SCS-2020

- 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 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 oferentes, 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.

- 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:

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

POR TANTO

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:

- i. Dar por recibido el informe 05349-SUTEL-OTC-2020, del 17 de junio del 2020, por medio del cual el Órgano Técnico de Competencia presenta para consideración del Consejo la Opinión 05-2020, “Informe

30 de junio de 2020
05757-SUTEL-SCS-2020

sobre el pliego de condiciones de la 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”.

- 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 informe 05349-SUTEL-OTC-2020 del Órgano Técnico de Competencia de SUTEL.
- iii. Comunicar el informe 05349-SUTEL-OTC-2020 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*”.

**ACUERDO FIRME
NOTIFIQUESE**

La anterior transcripción se realiza a efectos de comunicar el acuerdo citado adoptado por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, mismo que se encuentra firme. -

Atentamente,

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

**Luis Alberto Cascante Alvarado
Secretario del Consejo**

Arlyn A.

C. Deryhan Muñoz, Silvia León, empresa Redes Integradas Corporativas, S. R. L

EXPEDIENTE: GCO-OTC-OPI-01122-2020