

San José, 18 de julio del 2024.

06215-SUTEL-OTC-2024

Señores
Miembros del Consejo
Superintendencia de Telecomunicaciones

Asunto: INFORME DE OPINIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COMPETENCIA DEL BORRADOR DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA PARA LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE DATOS DEL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS.

Estimados señores:

La Dirección General de Competencia (DGCO) de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), con base en las competencias establecidas en los artículos 46 bis y 46 tris del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF) y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 incisos a), d), k) y l) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642; 2, 3, 13, 14, 15 y 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736; 24 del Reglamento a la Ley 9736, Decreto Ejecutivo 43305-MEIC y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones de la SUTEL, se permite remitir su análisis sobre el borrador de los “*Términos de Referencia Contratación de Servicios de Transporte de Datos*” del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (en adelante AyA).

I. ANTECEDENTES

1. Que el 1 de julio del 2024 (NI-09188-2024) mediante correo electrónico el señor Carlos Arguedas Monge, de Ingeniería en Tecnologías del AyA, remitió a la SUTEL el borrador de los “*Términos de Referencia Contratación de Servicios de Transporte de Datos*”.

II. CONSIDERACIONES INICIALES.

a. Sobre el marco general.

El documento denominado “*Términos de Referencia Contratación de Servicios de Transporte de Datos*” del AyA (en adelante “*Términos de Referencia*”) establece criterios de evaluación para la conformación de un grupo de hasta cuatro proveedores de servicios de telecomunicaciones que serían preseleccionados por el AyA para participar en los concursos que este celebre en un período de cuatro años desde la adjudicación de esa primera fase.

TEL: +506 4000-0000
FAX: +506 2215-6821

Apartado 151-1200
San José - Costa Rica

800-88-SUTEL
800-88-78835

gestiondocumental@sutel.go.cr

San José, 18 de julio del 2024.

06215-SUTEL-OTC-2024

b. 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 de la SUTEL, se estableció un régimen sectorial de competencia a su cargo, que se rige según lo dispuesto en el Título III, Capítulo II, de la Ley 8642 y supletoriamente por los criterios establecidos en el Capítulo III de la Ley 7472; régimen sectorial sobre el que la Procuraduría General de la República en el dictamen 015 del 19 de enero de 2010 refirió en lo que interesa:

*“Cabe señalar, además, que cuando el artículo 52 de la Ley de Telecomunicaciones define la competencia de la Superintendencia de Telecomunicaciones como regulador en materia de competencia efectiva, le atribuye la promoción de los principios de competencia, analizar el grado de competencia efectiva en los mercados, **determinar los actos que pueden afectar la competencia**, garantizar el acceso al mercado y el acceso a las instalaciones equitativas; evitar abusos y prácticas monopólicas, así como conocer, corregir y sancionar las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones”. (Lo resaltado es intencional)*

La Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, facultan a la SUTEL como autoridad sectorial de competencia, a 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 operación de redes, incluyendo aquellas que soportan los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, y la prestación de servicios de telecomunicaciones, están sujetos al régimen sectorial de competencia en telecomunicaciones y su aplicación corresponde exclusivamente a la SUTEL (artículo 2 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736); régimen que se aplica en igualdad de condiciones a todos los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, sean estos públicos o privados.

En este sentido, 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.

San José, 18 de julio del 2024.

06215-SUTEL-OTC-2024

Legalmente la normativa establece las diversas herramientas no coercitivas que posee la SUTEL en materia de promoción y abogacía de la competencia, tales como emisión de opiniones y recomendaciones, emisión de guías, realización de estudios de mercado, actividades de asesoramiento, capacitación y difusión, acuerdos de cooperación, programas de cumplimiento voluntario, además de la difusión y publicación de su labor¹.

En particular, según los artículos 21 de la Ley 9736, 24 del Reglamento a esa misma Ley y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones de la SUTEL, la SUTEL tiene la potestad de emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia, de oficio o a solicitud del Poder Ejecutivo, de la Asamblea Legislativa, demás entidades públicas o de cualquier administrado, sobre la promulgación, modificación o derogación de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos y resoluciones administrativas, vigentes o en proceso de adopción. Asimismo, podrá emitir opiniones sobre pliegos de condiciones o carteles de contratación administrativa, cuyos elementos puedan obstruir el principio de competencia y libre concurrencia.

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

En el caso en particular del análisis de los Términos de Referencia, se destaca que estos se refieren a la contratación de servicios de telecomunicaciones, siendo entonces que **en razón del objeto contractual y las facultades de la SUTEL dispuestas en el artículo 2 de la Ley 9736 y 52 de la Ley 8642, se considera que esta Superintendencia tiene competencia para emitir la presente opinión.**

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

Una de las principales actividades de abogacía de la competencia que realizan las diversas autoridades a nivel mundial consiste en el análisis de las restricciones públicas a la competencia. Dicho análisis permite proporcionar insumos para fortalecer a las legislaciones, regulaciones, carteles o políticas, ya sean en proceso de elaboración o existentes, para prevenir que estas resulten en restricciones que afecten a la competencia, generen resultados adversos en el precio, la calidad, la innovación, limiten las opciones de decisión del consumidor, entre otras consecuencias².

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

¹ Artículos 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27 de la Ley 9736.

² International Competition Network (2014). *Prácticas Recomendadas para la Evaluación de Competencia*.

San José, 18 de julio del 2024.

06215-SUTEL-OTC-2024

III. ANÁLISIS DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA DE CARA A LA NORMATIVA DE COMPETENCIA EN LA OPERACIÓN DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.

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

El artículo 8 inciso f) de la Ley General de Contratación Pública, Ley 9986³, establece que en los procedimientos de contratación pública se respetará el Principio de igualdad y libre concurrencia en el que se dará un trato igualitario a todos los oferentes, se procurará la más amplia competencia y se invitará a potenciales oferentes idóneos. No se podrán establecer restricciones injustificadas a la libre participación ni incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes.

En similar sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en su “Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública”⁴, recomienda, entre otros elementos, que se “hagan accesibles las oportunidades de concurrir a la contratación pública a los potenciales competidores sin importar su tamaño o volumen”.

De la misma manera el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en su documento “La política de la competencia y las adquisiciones del sector público”⁵, indica que “el resultado de los procedimientos de contratación pública depende del grado de competencia al que estén sujetos los contratos públicos. Así pues, el grado de competencia en los mercados respectivos es de vital importancia para que la contratación pública se haga en las mejores condiciones de calidad y precio”, añadiendo que “Lo ideal es que los encargados de la contratación pública tengan acceso a un número suficiente de ofertas competitivas. Por ello, es importante establecer un sistema de contratación que se base en el principio de la competencia y lo promueva, y diseñar las licitaciones de manera que atraigan a licitadores de un espectro suficientemente amplio de posibles proveedores”.

Finalmente conviene tener en cuenta los elementos indicados por la SUTEL en su reciente “Estudio de Mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones”⁶, que entre otros elementos concluye que: “El establecimiento de mecanismos que disminuyan la libre concurrencia en los procesos de compras públicas del Estado no sólo genera una distorsión en el mercado, sino que van en detrimento de los intereses del propio Estado, que al desincentivar la competencia obtiene en sus procesos de compra pública menos ofertas y por tanto, no recibe los beneficios propios de la libre competencia, como lo son: mejores precios, mejor calidad y mayor innovación”.

³ La reciente Ley General de Contratación Pública, Número 9986, publicada en el Alcance Número 109 a la Gaceta Número 103 del Lunes 31 de mayo del 2021, entró a regir el 01 de diciembre de 2022 y dispone que transitoriamente en general, todos los procedimientos y contratos iniciados antes de la entrada en vigencia de esa ley, “continuarán su trámite conforme al procedimiento anterior que les aplicaba”.

⁴ OCDE (2015). Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública. Recuperado el 2 de setiembre del 2021 del sitio web: <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

⁵ UNCTAD. (2012). La política de la competencia y las adquisiciones del sector público. Documento TD/B/C.I/CLP/14. Ginebra, Suiza.

⁶ Disponible en: https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/informe_estudio_mercado_compras_publicas.pdf

San José, 18 de julio del 2024.

06215-SUTEL-OTC-2024

b. Sobre el principio de neutralidad competitiva.

El “*Estudio de mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones*”⁷ elaborado por la SUTEL en el año 2022 menciona:

“La OCDE ha sido enfática al afirmar que es necesario que tanto las empresas públicas (SOE, por sus siglas en inglés de state-owned enterprise) como el mismo Estado, se ajusten a las reglas de la contratación pública, para que estas apliquen a entes públicos y privados por igual, con el fin de cumplir con el principio de neutralidad competitiva, sea, cuando en un mercado nadie es sujeto de ventajas o desventajas.” (Pág. 25).

A partir de lo anterior, se puede destacar la importancia del principio de neutralidad aplicable tanto a entes públicos como privados, por igual, al proceso de contratación pública para que ningún sujeto que participe de dicho proceso pueda presentar ventajas o desventajas en las licitaciones. Además, la OCDE recomienda establecer condiciones de competencia abierta, donde se empleen prácticas justas, no discriminatorias y procesos transparentes para las compras públicas con el propósito de que ninguna empresa, sin importar su forma jurídica, titularidad o nacionalidad, pueda obtener una ventaja indebida. (Estudio de Mercado, pág. 26).

Por otra parte, el citado Estudio identifica en diferentes apartados las recomendaciones de la OCDE en cuanto a la aplicación del principio de neutralidad para el proceso de compras públicas, detallando:

“(...) para protegerse contra estos riesgos, los gobiernos pueden establecer reglas para la neutralidad competitiva a fin de ayudar a generar confianza en igualdad de condiciones, es decir, garantizar que ninguna empresa se vea favorecida o desfavorecida de una manera que impida, restrinja o distorsione la competencia dentro de un mercado” (Pág. 64).

Asimismo, la aplicación del principio de neutralidad busca la realización de la competencia efectiva estableciendo mecanismos adecuados para operadores de redes y proveedores de servicio, particularmente, en el mercado de las telecomunicaciones, realizando sus interacciones en mercados cuyas condiciones sean iguales para todos, procurando el mayor beneficio para los habitantes. No obstante, el principio de neutralidad competitiva busca ser aplicado en todos los mercados, vinculando su ejecución de manera directa en las contrataciones públicas que involucren al Estado, sector público y privado.

Aunado al párrafo anterior, es importante destacar que la omisión al principio de neutralidad o bien, su implementación parcial, puede desfavorecer el proceso de compras públicas, estableciendo posiciones dominantes contrarias a la libre concurrencia en el mercado e inclusive el estatuto de prácticas monopolísticas, perjudicando a todos los sectores involucrados.

Por otro lado, los diferentes estudios y publicaciones realizados por la SUTEL, además, de las recomendaciones realizadas por la OCDE en materia de competencia, son claros acerca de la importancia y el beneficio que conlleva la implementación del principio de neutralidad competitiva, destacando nuevamente en el “*Manual de buenas prácticas en el procedimiento de contratación de*

⁷ SUTEL (2022). Estudio de mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones, San José, Costa Rica. Recuperado el 12 de marzo del 2024 del sitio web: https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/informe_estudio_mercado_compras_publicas.pdf

San José, 18 de julio del 2024.

06215-SUTEL-OTC-2024

*servicios de telecomunicaciones*⁸: “El concepto de “campo de juego nivelado” entre las empresas que participan en un procedimiento de compra es clave para la existencia de neutralidad competitiva” (Pág. 11).

Del mismo modo, es importante recordar, tal como, se ha hecho mención en otras opiniones emitidas por la SUTEL que la contratación pública representa una buena fracción del gasto del Estado, por lo que, realizar procedimientos de compras aplicando el principio de neutralidad competitiva incentiva tanto el buen desarrollo, como la participación de entes públicos y privados en los mercados, sin reflejar de manera directa ventajas o desventajas para un actor o actores en específico, dado que se busca con dicho principio la competencia abierta, no discriminatoria, justa y transparente.

Debido a lo anterior, según los diferentes documentos emitidos por la SUTEL en paralelo con las recomendaciones realizadas por la OCDE, se destaca la importancia del principio de neutralidad competitiva y la posición a favor de la implementación de dicho principio en el desarrollo de compras públicas, por cuanto, permite un mercado más sano, transparente y justo para los agentes participantes. Además, mejora los resultados de las empresas en los mercados e incentiva la competencia, permitiendo una mejora entre todos los agentes participantes.

c. Sobre la necesidad de realizar un estudio de mercado.

El estudio de mercado es una herramienta que permite a la entidad contratante poder determinar la existencia de los servicios, en la cantidad, calidad y oportunidad requeridas, así como verificar la existencia de proveedores, y obtener precios de referencia (Art. 34 Ley 9986).

Si bien, vía legal y reglamentaria se establece la obligación de contar con un estudio de mercado (Art. 34 Ley 9986 y art. 85 y 86 del Reglamento a Ley 9986), lo cierto es que más allá de esto, este instrumento permite conocer a los proveedores existentes en términos de condiciones económicas, plazos y capacidades, lo que su vez le otorga a la futura institución contratante insumos clave para el establecimiento de requerimientos apegados a la realidad del mercado, fomentando procesos concursales más competitivos y transparentes.

Es por todo ello que resulta vital resaltar la importancia que tiene realizar un estudio de mercado objetivo y que contemple las variables requeridas, lo cual les permite a entidades contratantes la toma de decisiones informadas respecto del procedimiento de contratación.

Esto pues de la lectura del texto analizado, **no le es posible a esta Autoridad determinar si los parámetros que ahí se incluyen encuentran fundamentación en un estudio de mercado realizado de previo a su redacción o si por el contrario este no se ha realizado aún, recomendándose en ese caso su inicio.**

⁸ SUTEL (2023). Manual de buenas prácticas en el procedimiento de contratación de servicios de telecomunicaciones, San José, Costa Rica. Recuperado el 12 de marzo del 2024 del sitio web: https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/manual_de_buenas_practicas_compras_publicas_servicios_telecom_0.pdf

San José, 18 de julio del 2024.

06215-SUTEL-OTC-2024

d. Valoración desde la óptica de la competencia de los Términos de Referencia.

Los Términos de Referencia expuestos contienen información dirigida a los potenciales proveedores de servicios de telecomunicaciones con interés en participar del proceso de precalificación y eventuales concursos derivados de esa primera fase; enfocándose principalmente en criterios de experiencia y de capacidad técnica.

De esta forma, el texto analizado se compone de cinco aspectos clave.

Mediante los *requisitos para la precalificación* se establecen criterios para la precalificación de proveedores, basándose en la experiencia en el mercado, la cantidad de contratos previos y en algunos aspectos de la capacidad técnica para ofrecer servicios que el AyA denomina como de “intercomunicación y transporte de datos”. Cabe señalar que estos elementos no están establecidos bajo la forma de requisitos de admisibilidad, sino que lo hace a través de la metodología de evaluación.

A través de la *metodología para la evaluación de los participantes en la preselección* se asigna puntaje sobre aspectos de experiencia de los oferentes, la cantidad de los contratos previos, la sobresuscripción y la capacidad de ofrecer simetría en sus enlaces, así como en la capacidad para ofrecer servicios mediante tecnología de telefonía móvil.

Por otra parte, el *proceso de contratación* está dividido en dos fases: precalificación y celebración de concursos específicos. Durante la fase de precalificación, se selecciona un grupo de hasta cuatro proveedores de servicios de telecomunicaciones a los que se les exige su participación en concursos específicos.

Se hace además *menção de los servicios requeridos* al delinear algunos detalles sobre los tipos de servicios de transporte de datos que podrían ser objeto de los procesos concursales para la conectividad de locaciones y equipos mediante diferentes tecnologías de red.

Finalmente se tienen las *condiciones para la prestación de los servicios* tales como la duración del contrato, las prórrogas posibles, y en términos generales la flexibilidad para ajustar los servicios según las necesidades institucionales.

Ahora bien, a partir de estos aspectos se desprenden elementos, que si bien, se parte de que buscan asegurar la calidad y la capacidad técnica de los proveedores sujetos de ser preseleccionados, a criterio de esta Autoridad, tienen el potencial para crear desafíos significativos o incluso la exclusión de nuevos participantes o empresas “pequeñas” que eventualmente podrían estar plenamente capacitados para proveer los servicios de telecomunicaciones requeridos por el AyA. Dentro de estos elementos se encuentran los siguientes:

i. Conformación de un grupo limitado de empresas preseleccionadas.

El texto señala que se busca conformar un grupo precalificado de hasta cuatro oferentes, imponiendo un tope y además dejando abierta la posibilidad que pueda ser integrado por incluso menos de cuatro proveedores.

San José, 18 de julio del 2024.

06215-SUTEL-OTC-2024

Al respecto se debe señalar que la principal desventaja de conformar un grupo con esas características es la creación de condiciones propicias para la colusión entre el grupo de operadores seleccionados.

Al tratarse de un grupo pequeño cuya participación está asegurada por un período establecido y con competidores conocidos, se crean condiciones en las que las empresas pueden intercambiar información para manipular precios y condiciones ofertadas, es decir, se corre el riesgo de que exista concertación en la presentación de ofertas, lo cual no solo es una práctica prohibida por la normativa de competencia, sino que para la institución contratante se traduce en la imposición tácita de condiciones desfavorables para los servicios que tiene que satisfacer.

Aún y cuando no se llegase a ese punto, la falta de incentivos y de presión competitiva que se genera al limitar el número de participantes se puede traducir en ofertas menos competitivas en términos económicos e incluso más limitadas a nivel técnico, pues las empresas carecen de incentivos que las lleven a esforzarse en competir.

De esta forma, se recomienda al AyA que lleve a cabo un análisis costo-beneficio donde evalúe si el riesgo (costo) generado por este mecanismo de contratación sobrepasa o no los beneficios que ofrece el mecanismo de contratación por precalificación, de conformidad con las especificaciones previamente dadas. De igual manera el AyA podrá valorar si resulta pertinente aumentar el número de oferentes precalificados, considerando que entre más oferentes se encuentren precalificados más difícil se vuelve la coordinación, o bien valorar la posibilidad de tener un número máximo de oferentes precalificados ilimitado, como lo reconoce el artículo 149 del Reglamento a la Ley 9986, lo que constituye el mecanismo más favorable a la competencia.

ii. Plazo de vigencia de la precalificación.

El hecho de que la precalificación tenga una vigencia de cuatro años implica que el grupo de proveedores seleccionado tiene asegurada su participación en los concursos futuros durante ese período, en contraposición con empresas que pese a no estar precalificadas podrían tener la capacidad técnica de ofrecer los servicios requeridos en condiciones favorables para la institución contratante, pero que sin embargo tendrían anulada su oportunidad para demostrar esa capacidad, viéndose así afectado el propio AyA al no poder obtener mejores ofertas y servicios más innovadores durante ese período.

En ese sentido, se recomienda al AyA, que realice una valoración sobre la utilización del plazo de vigencia máximo que otorga la Ley 9986 y sus implicaciones a futuro en término de contratación de servicios de telecomunicaciones.

iii. Requisitos de experiencia y cantidad de contratos.

La fase de precalificación incluye la evaluación de la experiencia de la empresa y la cantidad de contratos en servicios aparentemente similares.

Sin embargo, estos criterios y la forma como son evaluados tienen la capacidad de favorecer a proveedores establecidos en el mercado con una alta cartera de clientes, lo que claramente dificulta la entrada de nuevos competidores o empresas comparativamente más pequeñas que bien podrían tener capacidades técnicas para proveer los servicios requeridos, pero no el historial para ser preseleccionados al compararse en este aspecto contra los primeros.

San José, 18 de julio del 2024.

06215-SUTEL-OTC-2024

Sobre este punto se recomienda al AyA hacer una valoración de la relevancia de mantener la evaluación sobre la experiencia y la cantidad de contratos en los términos planteados versus enfocarse en evaluar capacidades técnicas que son finalmente las que determinan si los servicios futuramente requeridos pueden ser satisfechos o no.

iv. Posible exclusión por no participación.

El texto señala que producto de la no presentación de una oferta en alguno de los concursos que se lleguen a celebrar, la institución contratante tendrá la facultad de iniciar un proceso de exclusión del no participante del grupo de proveedores precalificados.

Si bien se entiende que esto obedece a un mecanismo tendiente a incentivar la participación de los proveedores precalificados, también podría llegar implicar un castigo sobre aquellos que al momento del concurso enfrenten algún tipo de restricción que les impida satisfacer lo requerido para ese concurso en específico, pero no así para otros concursos futuros.

Por otra parte, la mera indicación en el texto, sin ahondar en mayor detalle, se traduce en la introducción de incertidumbre sobre la aplicación discrecional de esta disposición, lo que podría dar lugar a cuestionamientos sobre la transparencia y el trato igualitario de la institución contratante hacia los proveedores preseleccionados.

Finalmente, la eventual expulsión de uno o varios proveedores del grupo de preseleccionados no haría sino reforzar la posición de los restantes, lo cual podría conllevar a la multiplicación de los efectos adversos para la administración contratante desarrollados en los puntos, sea mayores precios o menores calidades.

Con base en lo anterior, se recomienda al AyA que establezca el marco de referencia por el que se ejercería la facultad descrita, desde la publicación del pliego de condiciones.

v. Falta de información general sobre los alcances de los futuros objetos de contratación.

El texto omite información relevante en materia de dotación de servicios de telecomunicaciones, como son las tecnologías admisibles a nivel físico y de capas de servicio en función de las ubicaciones existentes, áreas de cobertura requeridas, parámetros o umbrales de calidad del servicio, de disponibilidad, de redundancia, tiempos de despliegue, etc.

La falta de ese tipo de datos genera incertidumbre sobre los posibles alcances de los concursos que deriven de la precalificación, obligando a los interesados a hacer suposiciones, que pueden no necesariamente contemplar lo que la institución llegará a requerir, o por el contrario sobreestimarlos; por lo que su decisión de participar o de no hacerlo en la fase de precalificación no se estaría basando en fundamentaciones técnicas y esto podría llevar a la institución contratante a finalmente conformar un registro de preseleccionado con integrantes no idóneos según sus necesidades.

Se recomienda así al AyA que en el eventual pliego que publique incluya información técnica relevante que permita a los interesados estimar los alcances e implicaciones de su participación en el proceso concursal.

San José, 18 de julio del 2024.

06215-SUTEL-OTC-2024

vi. Presentación de copia certificada del título habilitante.

Si bien la exigencia de este requisito no es una barrera en sí misma a la participación de oferentes, pues efectivamente todo proveedor que brinde sus servicios de telecomunicaciones a la institución contratante debe estar plenamente autorizado y por ende contar con su respectivo título habilitante vigente, el hecho de solicitar un respaldo documental de esto con el fin de contrastarlo contra la información que consta en el Registro Nacional de Telecomunicaciones se aprecia innecesario, en el sentido de que precisamente en la dirección "[Consulta de asientos](#)" se puede consultar toda la información inscrita de un operador de redes, proveedor de servicios, concesionario o permisionario; y en la dirección "[Consulta de autorizados](#)" se puede también verificar la información de su título habilitante en formato PDF.

Por lo anterior, se recomienda al AyA que omita el requisito de presentación de la copia certificada y que por su cuenta realice la verificación en los sitios señalados, esto como un mecanismo de simplificación de trámites al administrado.

Cabe en este punto reiterar que el análisis rendido se enfoca únicamente en aspectos relacionados con el régimen de competencia con incidencia en el sector de telecomunicaciones, y no abarca otros aspectos propios de contratación administrativa o de materia técnica en telecomunicaciones.

IV. RECOMENDACIONES

A partir de lo desarrollado de previo, se recomienda al Consejo de la SUTEL valorar lo siguiente:

- I. Dar por recibido y aprobar el presente informe.
- II. Emitir opinión sobre "*Términos de Referencia Contratación de Servicios de Transporte de Datos*" del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, recomendando lo siguiente:
 - i. En caso de no haberse realizado un estudio de mercado previo, proceder a su realización.
 - ii. Realizar un análisis costo-beneficio de las limitaciones establecidas a la cantidad máxima de oferentes precalificados, valorando en contraposición con dejar abierta la precalificación a todo oferente del sector nacional que pueda satisfacer sus necesidades.
 - iii. Realizar una valoración rigurosa sobre la utilización del plazo de vigencia máximo que otorga la Ley 9986 y sus implicaciones a futuro en términos de contratación de servicios de telecomunicaciones.
 - iv. Hacer una valoración de la relevancia de mantener la evaluación sobre la experiencia y la cantidad de contratos en los términos planteados versus enfocarse en evaluar capacidades técnicas que son finalmente las que determinan si los servicios futuramente requeridos pueden ser satisfechos o no.
 - v. Establecer desde la publicación del pliego de condiciones, el marco de referencia por el que se ejercería la facultad de iniciar un proceso de exclusión del grupo de proveedores

San José, 18 de julio del 2024.

06215-SUTEL-OTC-2024

precalificados de aquel que no presente una oferta en alguno de los concursos que se lleguen a celebrar.

- vi. Incluir en el eventual pliego a publicar información técnica relevante que permita a los interesados estimar los alcances e implicaciones de su participación en el proceso concursal.
- vii. Omitir el requisito de presentación de la copia certificada y que por su cuenta realice la verificación en los sitios del Registro Nacional de Telecomunicaciones: "[Consulta de asientos](#)"; y en la dirección "[Consulta de autorizados](#)", como un mecanismo de simplificación de trámites.

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

De esta forma queda rendido por parte de la DGCO, formal criterio sobre los "*Términos de Referencia Contratación de Servicios de Transporte de Datos*" del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados en relación **exclusivamente** con los potenciales efectos del citado documento en materia de competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones, en particular en relación con la generación de distorsiones, así como lo relativo a la aplicación efectiva de la normativa de competencia en el sector telecomunicaciones.

Atentamente,
DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA

David Vargas Bolaños
Ingeniero

Victoria Rodríguez Durán
Abogada

Silvia Elena León Campos
Jefa

Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Deryhan Muñoz Barquero
Directora

Dirección General de Competencia

DVB/VRD/SELC/DMB

C.c.

Expediente: GCO-OTC-CGL-00111-2024

TEL: +506 4000-0000
FAX: +506 2215-6821

Apartado 151-1200
San José - Costa Rica

800-88-SUTEL
800-88-78835

gestiondocumental@sutel.go.cr