

San José, 23 de noviembre de 2023

09970-SUTEL-OTC-2023

Señores
Miembros del Consejo
Superintendencia de Telecomunicaciones

Asunto: OPINIÓN SOBRE LA CONTRATACIÓN DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERIA DE “SERVICIOS DE TELEFONÍA FIJA, VPN (MPLS) E INTERNET POR FIBRA ÓPTICA EMPRESARIAL PARA LAS AGENCIAS DE EXTENSIÓN, DIRECCIONES REGIONALES Y OFICINAS CENTRALES DEL MINISTERIO”.

Estimados señores:

La Dirección General de Competencia (DGCO) de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), con base en las competencias establecidas en los artículos 46 bis y 46 tris del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF) y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 incisos a), d), k) y l) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642; 2, 3, 13, 14, 15 y 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736; 24 del Reglamento a la Ley 9736, Decreto Ejecutivo 43305-MEIC y 30 del Reglamento del régimen de competencia en telecomunicaciones de la SUTEL, se permite remitir para su valoración el análisis sobre la contratación directa 2023PX-000009-0007800001 del Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG) de “*Servicios de telefonía fija, VPN (MPLS) e Internet por fibra óptica empresarial para las Agencias de Extensión, Direcciones Regionales y Oficinas Centrales del Ministerio*”.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

a. Antecedentes

- I. Que el 30 de octubre del 2023 se adjudicó la contratación directa 2023PX-000009-0007800001 del MAG al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) de “*Servicios de telefonía fija, VPN (MPLS) e Internet por fibra óptica empresarial para las Agencias de Extensión, Direcciones Regionales y Oficinas Centrales del Ministerio*” (Expediente electrónico del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP)).
- II. Que el 14 de noviembre del 2023 vía correo electrónico (NI-13846-2023 y NI-13821-2023) la señora Brenda Pineda Rodríguez, auditora interna del MAG solicitó el criterio de la SUTEL sobre la contratación directa 2023PX-000009-0007800001 del MAG de “*Servicios de telefonía fija, VPN (MPLS) e Internet por fibra óptica empresarial para las Agencias de Extensión, Direcciones Regionales y Oficinas Centrales del Ministerio*”, particularmente sobre lo siguiente:

“1) De acuerdo con las especificaciones generales (se adjuntan) que fueron determinadas por el Ministerio de Agricultura y Ganadería para la contratación del servicio, y de acuerdo con valoraciones que ha efectuado esa Superintendencia de Telecomunicaciones; existe la posibilidad de que solo el ICE sea el único proveedor que cuente con una infraestructura propia en fibra óptica empresarial desplegada en todo el territorio nacional capaz de brindarle conectividad a todas las agencias de extensión y permitir el crecimiento en los servicios que requiere el ministerio, toda vez las agencias de extensión y direcciones regionales se encuentran en lugares alejados.”

San José, 23 de noviembre de 2023

09970-SUTEL-OTC-2023

2) ¿Considera la Superintendencia de Telecomunicaciones que el MAG violentó el ordenamiento jurídico, al no efectuar un estudio de mercado y un proceso de licitación abierto a todos los proveedores con capacidad de brindar el servicio?”.

b. Sobre el objeto contractual del pliego de condiciones en análisis.

El objeto contractual descrito en el pliego de condiciones¹ de la contratación directa 2023PX-000009-0007800001 del MAG de “*Servicios de telefonía fija, VPN (MPLS) e Internet por fibra óptica empresarial para las Agencias de Extensión, Direcciones Regionales y Oficinas Centrales del Ministerio*”, se encuentra compuesto por 3 líneas (Pág. 1):

- Línea 1: SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES INTERNET
- Línea 2: SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES VPN (MPLS)
- Línea 3: SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES TELEFONÍA IP

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

c. 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 pueden afectar la***

¹ Documento denominado “Anexo Servicios Telecomunicaciones vf 111023.pdf” ubicado en el expediente electrónico 2023PX-000009-0007800001 del SICOP.

San José, 23 de noviembre de 2023

09970-SUTEL-OTC-2023

***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”.*

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. Así, legalmente la normativa establece las diversas herramientas no coercitivas que posee la SUTEL, 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 labor².

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 Superintendencia de Telecomunicaciones, **la SUTEL tiene la potestad de emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia, de oficio o a solicitud del Poder Ejecutivo, de la Asamblea Legislativa, demás entidades públicas o de cualquier administrado, sobre la promulgación, modificación o derogación de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos y resoluciones administrativas, vigentes o en proceso de adopción. Asimismo, podrá emitir opiniones sobre pliegos de condiciones o carteles de contratación administrativa, cuyos elementos puedan obstruir el principio de competencia y libre concurrencia.**

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

En este sentido, las tres líneas que conforman el objeto contractual de la contratación directa 2023PX-000009-0007800001 del MAG de “*Servicios de telefonía fija, VPN (MPLS) e Internet por*

² Artículos 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27 de la Ley 9736.

San José, 23 de noviembre de 2023

09970-SUTEL-OTC-2023

fibra óptica empresarial para las Agencias de Extensión, Direcciones Regionales y Oficinas Centrales del Ministerio”, se refieren a servicios comercializados en el mercado de las telecomunicaciones, por lo que se considera que esta contratación podría tener el potencial para incidir en los mercados de las telecomunicaciones y acorde a las competencias asignadas por ley a la SUTEL, se considera que esta Superintendencia tiene competencia para emitir la presente opinión.

2. ANÁLISIS DEL PLIEGO DE CONDICIONES PARA LA CONTRATACIÓN DIRECTA DEL MAG DE “SERVICIOS DE TELEFONÍA FIJA, VPN (MPLS) E INTERNET POR FIBRA ÓPTICA EMPRESARIAL PARA LAS AGENCIAS DE EXTENSIÓN, DIRECCIONES REGIONALES Y OFICINAS CENTRALES DEL MINISTERIO”.

a. 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 consecuencias³.

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 en cuanto exista falta de elementos particulares en el texto. De manera que, se seguirá los elementos que esta Guía plantea, determinando si el pliego de condiciones restringe la competencia, si la restricción está justificada, si hay alternativas menos restrictivas y si el pliego de condiciones requiere ser reformado para lograr promover los principios de libre competencia y libre concurrencia.

b. Sobre la consulta realizada por la Auditoría Interna del MAG.

La señora Brenda Pineda Rodríguez, auditora interna del MAG solicitó el criterio de la SUTEL sobre la contratación directa 2023PX-000009-0007800001 del MAG de “*Servicios de telefonía fija, VPN (MPLS) e Internet por fibra óptica empresarial para las Agencias de Extensión, Direcciones Regionales y Oficinas Centrales del Ministerio*” (NI-13846-2023 y NI-13821-2023), particularmente sobre lo siguiente:

“1) De acuerdo con las especificaciones generales (se adjuntan) que fueron determinadas por el Ministerio de Agricultura y Ganadería para la contratación del servicio, y de acuerdo con valoraciones que ha efectuado esa Superintendencia de Telecomunicaciones; existe la posibilidad de que solo el ICE sea el único proveedor que cuente con una infraestructura propia en fibra óptica

³ International Competition Network (2014). Prácticas Recomendadas para la Evaluación de Competencia.

San José, 23 de noviembre de 2023

09970-SUTEL-OTC-2023

empresarial desplegada en todo el territorio nacional capaz de brindarle conectividad a todas las agencias de extensión y permitir el crecimiento en los servicios que requiere el ministerio, toda vez las agencias de extensión y direcciones regionales se encuentran en lugares alejados.

2) ¿Considera la Superintendencia de Telecomunicaciones que el MAG violentó el ordenamiento jurídico, al no efectuar un estudio de mercado y un proceso de licitación abierto a todos los proveedores con capacidad de brindar el servicio?”.

Al respecto se procede a aclarar, que tal y como se indicó en la sección anterior, 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.** Sin embargo, 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.

De manera, **que la opinión que emite la SUTEL no tiene como objetivo juzgar la legalidad de lo actuado, si no, poner en conocimiento de la entidad promovente de la regulación (en este caso referida a una contratación) las mejores prácticas en la materia de competencia y en especial en el mercado de las telecomunicaciones para la elaboración de procesos de compras públicas que promuevan la competencia.**

Por ello, respecto a la primera interrogante, no considera la SUTEL que se debe a referir a la oferta de servicios que los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones brindan, por cuanto la posibilidad de cubrir una determinada localidad por parte de un determinado operador y/o proveedor no está necesariamente supeditada a su cobertura actual, sino también a los acuerdos de acceso que tenga para hacer uso de infraestructura de terceros operadores y a las distintas tecnologías que emplee para prestar sus servicios.

En ese sentido **la viabilidad técnica de cubrir una determinada área del territorio nacional compete a cada operador de redes y/o proveedor de servicios de telecomunicaciones específicamente. Lo cual se constata a través del proceso de estudio de mercado** que define para tales propósitos la Ley General de Contratación Pública, Ley 9986, en su artículo 34.

En cuanto a la segunda pregunta, se considera de conformidad con lo expuesto, **no corresponde a esta Superintendencia determinar si se violentó el ordenamiento jurídico en materia de contratación administrativa, materia cuyo control administrativo compete a otras instancias** y no propiamente a la SUTEL, por cuanto el análisis que le permite la Ley 9736 realizar a la SUTEL se circunscribe al probable impacto de las actuaciones de una determinada administración pública en la competencia del mercado de las telecomunicaciones.

San José, 23 de noviembre de 2023

09970-SUTEL-OTC-2023

Sin embargo, para valorar lo anterior la auditoría interna del MAG puede considerar que **las condiciones y requisitos para que la administración pública emplee las excepciones en materia de procesos de compras públicas están claramente definidas en los artículos 3 y 4 de la citada Ley 9986, e incluyen la realización de un estudio de mercado.**

En los procesos de revisión de pliegos de condiciones en materia de compras públicas la opinión de SUTEL se limita a determinar si el procedimiento llevado podría afectar el principio de igualdad y libre concurrencia y proponer si existen alternativas menos restrictivas que permitan alcanzar el objetivo propuesto en el proceso licitatorio específico.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la **SUTEL ha sido enfática que en materia de compras públicas de servicios de telecomunicaciones deben promoverse procesos abiertos a la libre concurrencia**, cuando así resulte posible. Al respecto se pueden considerar las recomendaciones del reciente *"Estudio de mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones"*⁴ de esta Superintendencia:

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

...

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

...

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

De tal forma, y de conformidad con las potestades legales con que cuenta la SUTEL en la materia, se procede a emitir una serie de consideraciones en relación con la contratación directa 2023PX-000009-0007800001 del MAG de *"Servicios de telefonía fija, VPN (MPLS) e Internet por fibra óptica empresarial para las Agencias de Extensión, Direcciones Regionales y Oficinas Centrales del Ministerio"* y en particular del pliego de condiciones de dicha contratación.

⁴ Disponible en: https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/informe_estudio_mercado_compras_publicas.pdf

San José, 23 de noviembre de 2023

09970-SUTEL-OTC-2023

c. 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 9986, 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”*⁵, sugiere, 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”*⁶, 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 el citado *“Estudio de Mercado de referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones”*, 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”*.

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

La OCDE en la citada *“Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública”*⁷ explica cuándo se deben usar las excepciones a los concursos públicos:

⁵ 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>

⁶ UNCTAD. (2012). *La política de la competencia y las adquisiciones del sector público*. Documento TD/B/C.I/CLP/14. Ginebra, Suiza.

⁷ OCDE (2015). Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública. Recuperado el 2 de setiembre del 2021 del sitio web: <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

San José, 23 de noviembre de 2023

09970-SUTEL-OTC-2023

“ii) Recurrir a licitaciones abiertas a la participación, limitando el uso de las posibles excepciones y de las contrataciones con un único proveedor. Las licitaciones mediante concurso deberán ser el método habitual en la contratación pública, como instrumento adecuado que son para lograr la eficiencia, combatir la corrupción, obtener unos precios justos y garantizar unos resultados competitivos. Si se dan circunstancias excepcionales que justifiquen limitar el uso de los concursos públicos y aconsejen el recurso a la contratación con un único proveedor, esas excepciones deberán quedar establecidas a priori, ser por motivos tasados y llevar aparejada la oportuna justificación cuando se recurra a ellas, sin perjuicio de que se tenga en cuenta, para su supervisión, el mayor riesgo que suponen de corrupción, incluida la de proveedores extranjeros.”
(El resaltado es intencional) (Pág. 8).

La OCDE ha sido enfática al afirmar que es necesario que tanto las empresas públicas (SOE, por sus siglas en inglés de *state-owned enterprise*) como el mismo Estado, se ajusten a las reglas de la contratación pública, para que estas apliquen a entes públicos y privados por igual, con el fin de cumplir con el principio de neutralidad competitiva, sea, cuando en un mercado nadie es sujeto de ventajas o desventajas⁸.

Asimismo, en el 2021, mediante la emisión de las “Recomendaciones del Consejo en Neutralidad Competitiva”⁹ la OCDE aconsejó “establecer condiciones de competencia abiertas, justas, no discriminatorias y transparentes en los procesos de contratación pública a fin de garantizar que ninguna Empresa, independientemente de su titularidad, nacionalidad o forma jurídica, obtenga una ventaja indebida” (Pág. 6).

En similar sentido, la “Recomendación del Consejo de la OCDE¹⁰ para combatir la colusión en la contratación pública”¹¹, 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).

⁸ OCDE (2012). Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business. Recuperado el 1 de setiembre del 2021 en el sitio web: <https://www.oecd.org/corporate/50302961.pdf>

⁹ OCDE (2021). Recommendation of the Council on Competitive Neutrality. Recuperado el 1 de setiembre del 2021 en el sitio web: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0462>

¹⁰ 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”.

¹¹ Documento C(2012)115 del 3 de julio de 2012.

San José, 23 de noviembre de 2023

09970-SUTEL-OTC-2023

Si bien la Sala Constitucional en su sentencia 2060-01 de las 15:24 horas del 04 de abril de 2001 ha reconocido que el establecimiento de las excepciones en materia de contratación administrativa es constitucionalmente válido¹², también reconoce en esa misma sentencia que:

“[...] el régimen constitucional establece como regla de principio el procedimiento concursal formal, es decir, la licitación, como el mecanismo idóneo para garantizar la más amplia participación de los proveedores en condiciones que permitan a la Administración seleccionar la mejor oferta del mercado, en aras de la más sana administración de los fondos públicos y el principio de eficiencia”.

Lo anterior, siendo que no debe subestimarse el papel que tiene el Estado como comprador de bienes y servicios en el mercado y la forma en que el doble rol de demandante y oferente de servicios tiene el potencial de generar distorsiones en la competencia de los mercados. Por lo anterior, la administración pública debe promover la libre concurrencia en los concursos públicos, siendo que la licitación es el procedimiento de contratación pública que mejor promueve estos fines, lo cual ha sido reconocido por la Sala Constitucional en su sentencia de amparo 2633-93 de las 16:03 horas del 9 de junio de 1993, donde dispuso:

“En relación con los particulares el procedimiento de licitación, en tanto caracterizado por el principio de “publicidad” que lo informa, busca garantizar a los administrados la más amplia garantía de libre concurrencia, en condiciones de absoluta igualdad, en el procedimiento de contratación. El sistema tiende a evitar tratos preferenciales e injustos y el procedimiento de licitación definido por la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, «como el medio idóneo y el más deseado instrumento para el trámite de los contratos administrativos», se fundamenta en el doble propósito de lograr las mejores condiciones para la Administración Pública y de garantizar la libertad de oportunidades a los interesados y todo ello conforme el llamado principio de legalidad de la contratación administrativa, al que debe sujetarse todo el que quiera contratar con la Administración (véase el artículo 182 de la Constitución Política)”; y se concluyó que el obviar los procedimientos licitatorios además de implicar una burla al procedimiento constitucional de la licitación, constituyen también una violación “...de los principios de la más amplia participación de los administrados y de la búsqueda de las mejores condiciones para la Administración, propicia y provoca, de hecho, la creación de monopolios de carácter privado, lo que el Estado está llamado a evitar. Y precisamente el camino para hacerlo, es permitiendo, como se indicó, la mayor participación posible de los particulares interesados, en condiciones de absoluta igualdad, en un procedimiento amplio y cristalino de contratación administrativa.”

e. Valoración desde la óptica de la competencia de la contratación del MAG de “Servicios de telefonía fija, VPN (MPLS) e Internet por fibra óptica empresarial para las Agencias de Extensión, Direcciones Regionales y Oficinas Centrales del Ministerio”.

El análisis y las recomendaciones se realizan tomando en cuenta que en este momento la contratación directa 2023PX-000009-0007800001 del MAG de “Servicios de telefonía fija, VPN (MPLS) e Internet por fibra óptica empresarial para las Agencias de Extensión, Direcciones

¹² “...es constitucionalmente válido que se establezcan en el ordenamiento calificadas excepciones a este régimen, que por sus especiales condiciones determinan que la realización de este tipo de concursos sea abiertamente incompatible con la consecución del fin público”.

San José, 23 de noviembre de 2023

09970-SUTEL-OTC-2023

Regionales y Oficinas Centrales del Ministerio”, ya se encuentra adjudicada al ICE, según la información que consta en expediente electrónico del SICOP.

- Sobre el objeto de la contratación

El objeto contractual establecido en el pliego de condiciones para cada una de las líneas es un primer elemento que limita la libre concurrencia, ya que limita la posibilidad de brindar el servicio a una única tecnología, limitando así la posibilidad de que los operadores empleen distintas tecnologías para ofrecer el servicio, lo cual a su vez podría ir en contra del principio de neutralidad tecnológica definido en el artículo 3 inciso h) de la Ley General de Telecomunicaciones.

En el caso de la línea 1, se refiere a la contratación de “**SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES INTERNET**”, sin embargo, cuando se desarrollan las especificaciones se indica que “*Se desea adquirir el servicio de telecomunicaciones a Internet empresarial por fibra óptica [...]*”, esta misma situación se repite en la línea 2, relativa a “**SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES VPN (MPLS)**”, donde se limita la tecnología a fibra óptica; y en el caso de la línea 3, “**SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES TELEFONÍA IP**” se limita desde la descripción del servicio a que sea telefonía IP.

En este sentido y en el caso de las dos primeras líneas, se limita la tecnología -solamente se admite fibra óptica- por la cual se pueden brindar los servicios de internet y de VPN. Esto, a pesar de que dichos servicios de transferencia de datos, según el [Reglamento de prestación y calidad de servicios](#) (RPCS), pueden brindarse a través de diversos medios de transmisión: “*Servicio de transferencia de datos: corresponde al servicio que permite el intercambio de información entre redes, **a través de diversos medios de transmisión**, mediante la utilización de protocolos de comunicación, incluyendo el servicio de acceso a Internet.*” (El resaltado es intencional)

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

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

De manera, que dicha imposición restringe la prestación de los servicios contratados a que estos utilicen una red terrestre fija de fibra óptica, por lo que deja por fuera todas las otras tecnologías posibles por las que se pueden contratar los servicios. En relación con este tema, lo relevante es que la administración defina las condiciones de calidad de servicio que requiere, por ejemplo, velocidades de la conexión, etc. y que habilite la posibilidad de que los operadores oferten con las tecnologías que puedan cumplir dichos requerimientos.

San José, 23 de noviembre de 2023

09970-SUTEL-OTC-2023

Por otro lado, en cuanto a la tercera línea, referida a la contratación de telefonía IP, se detalla que debe darse “*sobre un enlace de SIP TRUNK [...]*”. Al respecto, la telefonía IP soportada en un enlace SIP TRUNK se refiere a un tipo de tecnología particular, del servicio de telefonía fija, siendo vital tomar en consideración que **el servicio de telefonía fija puede ser ofrecido por distintas tecnologías**, así según se define en el RPCS, el “*servicio de telefonía prestado a través de redes fijas, independientemente de la tecnología o el medio de acceso o transmisión utilizado para brindar el servicio, y cuyos terminales tienen un rango de movilidad limitado. La telefonía fija incluye los servicios telefónicos tradicionales y los servicios de telefonía basados en el protocolo IP, ya sean brindados a través de redes cableadas o redes inalámbricas*”. (El resaltado es intencional)

Dicha definición incluye tanto el concepto del servicio telefónico tradicional, prestado por medio de redes analógicas, como el servicio de telefonía basado en el protocolo IP, ya sea sobre redes alámbricas o inalámbricas.

Para efectos de todas las líneas de la contratación analizada y de conformidad con lo dicho anteriormente, es importante señalar que en la contratación para ser tecnológicamente neutral no debe restringirse a ninguna tecnología, conforme lo establecido en el artículo 3 inciso h) de la Ley General de Telecomunicaciones.

Al respecto se puede tener en cuenta lo indicado en la Opinión OP-083-2004 de la Procuraduría General de la República (PGR), quien en relación con el principio de neutralidad tecnológica en materia de compras públicas ha señalado:

“La “neutralidad tecnológica” entrañaría que el Estado no puede tomar decisiones que tiendan a favorecer la utilización de una determinada tecnología por encima de otra. El Estado neutral frente a la tecnología no podría apostar por una tecnología específica y obligar a que quienes deseen utilizar ciertos servicios adopten una tecnología particular. Adopción que afectaría el principio de libre competencia. Por el contrario, es el propio proceso de desarrollo tecnológico el que debe determinar cuál tecnología satisface en mejor forma los fines establecidos” (Lo destacado no pertenece al original).

Por ello, para efectos de contrataciones futuras se sugiere **no definir las tecnologías específicas en los pliegos de condiciones, sino únicamente las condiciones técnicas de los servicios que requiera** el Ministerio. Los operadores o proveedores oferentes, conforme al citado principio de neutralidad tecnológica, deberán adaptarse a dichos requerimientos.

- Sobre la necesidad del mantenimiento de la numeración telefónica

En las especificaciones técnicas de la Línea 3: Servicios de Telecomunicaciones Telefonía IP, se indica que “*Se deberá mantener la numeración actual del servicio de telefonía*”. Este requerimiento resulta relevante pues efectivamente vislumbra la importancia que tiene para el MAG mantener los bloques de numeración asignados. Este suele ser uno de los aspectos que son más valorados en términos de la toma de decisión del servicio de telefonía fija, porque puede tener un impacto en términos de publicidad, acceso y mantenimiento a los servicios de la institución.

San José, 23 de noviembre de 2023

09970-SUTEL-OTC-2023

Al respecto hay que considerar que **actualmente la portabilidad numérica fija en Costa Rica no está implementada**¹³, por lo que en caso de que se adjudique a un operador distinto al que brinda actualmente el servicio de telefonía fija en el MAG, la numeración que se utiliza actualmente estaría sujeta a cambios.

Por otro lado, es importante indicar que este riesgo no aplicaría para la numeración de servicios especiales “800, 900, 905”, en caso de que el Ministerio contara con ellos. En este último caso, en la resolución del Consejo de la SUTEL RCS-222-2022 *“Procedimiento para la Gestión y Asignación de los Recursos de Numeración”*, se establece el procedimiento específico para el traslado de este tipo de recurso numérico y le corresponde al operador adjudicado realizar el trámite ante la SUTEL¹⁴.

De tal forma que, **si para el MAG resulta indispensable el mantenimiento de la numeración actual, carece de sentido hablar de proveedores alternativos, dado que el país no cuenta aún con un mecanismo aplicado a la portabilidad de numeración de telefonía fija**. Por lo cual, resulta necesario realizar la valoración sobre la importancia de mantener la numeración actual, porque esta circunstancia tendrá un impacto directo en la posibilidad de contar con una multiplicidad de operadores en un proceso de contratación pública.

De conformidad con los elementos desarrollados de previo, a continuación, se plantean una serie de recomendaciones para su consideración futura, esto con la finalidad de fortalecer el principio de igualdad y libre concurrencia en concursos de naturaleza similar, dada su incidencia sobre los mercados de telecomunicaciones:

- El pliego de condiciones debe formularse adoptando la mayor apertura posible sobre la competencia. Para esto es crucial que se realice una evaluación exhaustiva de las posibles alternativas tecnológicas que tendrían la capacidad de satisfacer las necesidades de comunicación de la institución, sin que ello implique delimitar las condiciones a una tecnología específica.
- Realizar un estudio de mercado que permita a la administración determinar las condiciones, precios y posibles oferentes interesados en prestar el servicio.
- Disminuir la brecha de información existente entre los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones a través de un ciclo de visitas a todas las instalaciones del MAG abarcadas por la contratación, en el que los potenciales oferentes obtengan información del estado de la infraestructura y de las posibilidades reales de despliegue de sus redes y equipos, o del mecanismo que mejor considere el MAG.

¹³ El Reglamento sobre el régimen de protección al usuario final regula el tema de portabilidad numérica, del artículo 89 al 94, los cuales aplicarían al servicio de telefonía fija en el momento que esta se encuentre debidamente implementada en el país.

¹⁴ La portabilidad podría darse para la numeración de servicios especiales “800s, 900, 905”. En la resolución RCS-222-2022 *“Procedimiento para la Gestión y Asignación de los Recursos de Numeración”*, se establece el procedimiento específico para el traslado de este tipo de recurso numérico y le corresponde al operador adjudicado realizar el trámite ante la SUTEL.

San José, 23 de noviembre de 2023

09970-SUTEL-OTC-2023

3. CONCLUSIONES

Al tenor de lo desarrollado de previo, la SUTEL concluye lo siguiente:

- A. Que el pliego de condiciones para la contratación directa del MAG de *“Servicios de telefonía fija, VPN (MPLS) e Internet por fibra óptica empresarial para las Agencias de Extensión, Direcciones Regionales y Oficinas Centrales del Ministerio”* establece como objeto contractual la contratación de servicios de telecomunicaciones.
- B. Que 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, la SUTEL tiene la potestad de emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia, sobre pliegos de condiciones o carteles de contratación administrativa.
- C. Que para la emisión de la presente opinión se tomaron en consideración los principios generales planteados en 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, determinando si el pliego de condiciones remitido tiene el potencial de restringir la competencia, si la restricción está justificada, si hay alternativas menos restrictivas y si el pliego de condiciones requiere ser reformado.
- D. Que si bien la contratación vía excepción resulta un mecanismo constitucionalmente válido, la Sala Constitucional ha reconocido asimismo que *“[...] el régimen constitucional establece como regla de principio el procedimiento concursal formal, es decir, la licitación, como el mecanismo idóneo para garantizar la más amplia participación de los proveedores en condiciones que permitan a la Administración seleccionar la mejor oferta del mercado, en aras de la más sana administración de los fondos públicos y el principio de eficiencia”*.
- E. Que se emitieron una serie de recomendaciones a ser tomadas en consideración en futuros procesos de compras públicas de servicios de telecomunicaciones, esto con la finalidad de que los objetivos de la contratación puedan alcanzarse en un entorno que fomente la libre competencia, en específico:
 - ✓ Elaboración de pliego de condiciones con la mayor apertura posible a la competencia.
 - ✓ Realizar un estudio de mercado que permita a la administración determinar las condiciones, precios y posibles oferentes interesados en prestar el servicio.
 - ✓ Disminuir la brecha de información existente entre los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones a través de visitas a todas las instalaciones del MAG abarcadas por la contratación.

4. RECOMENDACIONES

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

- i. Dar por recibido y aprobar el presente informe.

San José, 23 de noviembre de 2023

09970-SUTEL-OTC-2023

- ii. Emitir opinión sobre la contratación directa 2023PX-000009-0007800001 del MAG de *“Servicios de telefonía fija, VPN (MPLS) e Internet por fibra óptica empresarial para las Agencias de Extensión, Direcciones Regionales y Oficinas Centrales del Ministerio”*, en los términos de lo desarrollado en el presente informe por la DGCO de la SUTEL.
- iii. Comunicar el presente informe a la Auditoría del MAG en relación con la contratación directa 2023PX-000009-0007800001 del MAG de *“Servicios de telefonía fija, VPN (MPLS) e Internet por fibra óptica empresarial para las Agencias de Extensión, Direcciones Regionales y Oficinas Centrales del Ministerio”*.
- iv. Hacer saber a la Auditoría del MAG 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 esta 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. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en los numerales 21 de la Ley 9736 y 24 de su Reglamento.

De esta forma se deja rendido por parte de la DGCO, formal informe de opinión sobre la propuesta de pliego cartelario para la contratación del MAG del *“Servicios de telefonía fija, VPN (MPLS) e Internet por fibra óptica empresarial para las Agencias de Extensión, Direcciones Regionales y Oficinas Centrales del Ministerio”*, en relación exclusivamente con los potenciales efectos del citado pliego de condiciones puesto en conocimiento, en particular si este genera o no restricciones anticompetitivas, que afectan la eficiencia en los mercados de telecomunicaciones.

Atentamente,
DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA

Laura López Carrillo
Economista

Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Victoria Rodríguez Durán
Abogada

Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Silvia Elena León Campos
Jefa

Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Deryhan Muñoz Barquero
Directora

Dirección General de Competencia

LLC/VRD
Expediente: GCO-OTC-CGL-00023-2023