

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

Señores
Miembros del Consejo
Superintendencia de Telecomunicaciones

Asunto: Informe de Opinión sobre la contratación 2023PX-000038-0001300001 para la “Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda” del Poder Judicial.

Estimados señores:

La Dirección General de Competencia (DGCO) de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), con base en las competencias establecidas en los artículos 46 bis y 46 tris del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF) y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 incisos a), d), k) y l) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642; 2, 3, 13, 14, 15 y 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736; 24 del Reglamento a la Ley 9736, Decreto Ejecutivo 43305-MEIC y 30 del Reglamento del régimen de competencia en telecomunicaciones de la SUTEL, se permite remitir para su valoración el análisis sobre la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000038-0001300001 para la “Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda” del Poder Judicial.

1. ANTECEDENTES

- I. Que el 22 de marzo del 2022, el Ministerio de Hacienda emitió la Directriz DGABCA-0023-2022 “Lineamiento para generar los procesos de contratación para la adquisición de los servicios de Telefonía e Internet en el SICOP”, dirigida a las proveedurías institucionales e indicaba los procedimientos, documentos e información a cumplir con la finalidad de continuar con la recepción de servicios de telefonía e internet en aquellos casos en que los contratos y prorrogas habían sido creados fuera del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) en cumplimiento con el artículo 40 y 40 bis de la Ley 7494 y el artículo 138 de su Reglamento.
- II. Que el 14 de julio de 2023 mediante oficio 1440-DTI-2023, la Jefe y el Coordinador Unidad WAN del Subproceso Telemática de la Dirección Tecnología Información y Comunicaciones del Poder Judicial informaron sobre las acciones realizadas en relación con la situación asociada a riesgos por cambios de enlaces por nuevos contratos (“Oficio 1440-DTIC-2023 Excepción en Enlaces.pdf”, expediente electrónico del SICOP).
- III. Que el 29 agosto del 2023 mediante oficio 1739-DTIC-2023, se emitieron una serie de consideraciones por parte de la Jefatura Subproceso de Telemática de la Dirección de Tecnología de la Información y Comunicaciones del Poder Judicial, con el propósito de promover el inicio del proceso de contratación correspondiente a la “Adquisición de enlaces MPLS bajo demanda” (“1739-DTI-2023 Decisión Inicial.pdf”, expediente electrónico del SICOP)

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

- IV. Que el 7 de noviembre del 2023 vía correo electrónico (NI-13484-2023), de manera anónima se puso en conocimiento a la SUTEL sobre la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000038-0001300001 del Poder Judicial para la “*Adquisición de enlaces MPLS bajo demanda*”.
- V. Que el 5 de diciembre del 2023 se publicó la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000038-0001300001 del Poder Judicial para la “*Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda*” (Expediente electrónico del SICOP).

2. SOBRE EL OBJETO CONTRACTUAL DE LA CONTRATACIÓN EN ANÁLISIS

El objeto contractual descrito en las especificaciones técnicas¹ de la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000038-0001300001 del Poder Judicial para la “*Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda*”, se encuentra compuesto por 3 líneas:

- Línea 1: Enlaces MPLS en Fibra Óptica por demanda, para Red Privada Virtual con una capacidad de 20 Mbps.
- Línea 2: Enlaces MPLS en Fibra Óptica por demanda, para Red Privada Virtual con una capacidad de 50 Mbps.
- Línea 3: Enlaces MPLS en Fibra Óptica por demanda, para Red Privada Virtual con una capacidad de 100 Mbps.

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

3. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA SUTEL PARA EL DICTADO DE LA PRESENTE OPINIÓN

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

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

¹ Documento denominado “1739-DTI-2023 Decisión Inicial 29 8 23.pdf” (Pág. 38) adjunto en el correo electrónico (NI-13484-2023) que contiene el oficio 1739-DTIC-2023 del 29 agosto del 2023, este documento se encuentra también en el expediente electrónico de SICOP, bajo el nombre “1739-DTI-2023 Decisión Inicial.pdf”; y documento denominado “Pliego de condiciones para Publicar.pdf” (Pág. 5, 6 y 7)

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

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

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

Si bien es cierto, la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, facultan a la SUTEL para ejercer funciones particulares en cuanto a regular o emitir política pública o regulatoria en materia de servicios de telecomunicaciones; adicionalmente esta Superintendencia como autoridad sectorial de competencia debe velar porque la regulación y otros actos administrativos impulsados e implementados no generen restricciones contrarias a los principios de competencia y libre concurrencia, que afecten el desempeño eficiente del mercado de telecomunicaciones.

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

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

“Artículo 2.- Autoridades de competencia

[...]

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

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

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

Así las cosas, la SUTEL es la autoridad sectorial de competencia con potestad para ejercer sus facultades en los sectores de telecomunicaciones y de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre (en relación con las redes que soportan los servicios).

El artículo 20 de la Ley 9736 establece que la SUTEL realizará actividades de promoción y abogacía de la competencia con el objetivo de fomentar e impulsar mejoras en el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado; eliminar y evitar las distorsiones o barreras de entrada, así como aumentar el conocimiento y la conciencia pública sobre los beneficios de la competencia. Así legalmente la normativa establece las diversas herramientas no coercitivas que posee la SUTEL, tales como emisión de opiniones y recomendaciones², emisión de guías³, realización de estudios de mercado⁴ actividades de asesoramiento, capacitación y difusión⁵, acuerdos de cooperación⁶, programas de cumplimiento voluntario⁷, además de la difusión y publicación de su labor⁸.

En particular, según los artículos 21 de la Ley 9736 y 24 de su Reglamento (Decreto Ejecutivo 43305-MEIC), y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones, **la SUTEL tiene la potestad de emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia, de oficio o a solicitud del Poder Ejecutivo, de la Asamblea Legislativa, demás entidades públicas o de cualquier administrado, sobre la promulgación, modificación o derogación de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos y resoluciones administrativas, vigentes o en proceso de adopción. Asimismo, podrá emitir opiniones sobre pliegos de condiciones o carteles de contratación administrativa, cuyos elementos puedan obstruir el principio de competencia y libre concurrencia.**

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

En este sentido, las tres líneas que conforman el objeto contractual de la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000038-0001300001 del Poder Judicial para la *“Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda”*, se refieren a servicios de telecomunicaciones, por lo que **se considera en razón del objeto contractual 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, esta Superintendencia tiene competencia para emitir la presente opinión.**

4. SOBRE EL MARCO PARA EL ANÁLISIS DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES.

Una de las principales actividades de Abogacía de la Competencia que realizan las diversas autoridades a nivel mundial consiste en el análisis de las restricciones públicas a la competencia. Dicho

² Artículo 21

³ Artículo 22

⁴ Artículo 23

⁵ Artículo 24

⁶ Artículo 25

⁷ Artículo 26

⁸ Artículo 27

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

análisis permite proporcionar insumos para fortalecer a las legislaciones, regulaciones, carteles o políticas, ya sean en proceso de elaboración o existentes, para prevenir que estas resulten en restricciones que afecten a la competencia, generen resultados adversos en el precio, la calidad, la innovación, limiten las opciones de decisión del consumidor, entre otras consecuencias⁹.

Es así como dentro del proceso de implementación de la Ley 9736, la SUTEL ha desarrollado la “*Guía para la Evaluación de la Regulación desde la Perspectiva de la Competencia*” aprobada mediante acuerdo 037-061-2022 del 5 de setiembre del 2022, por lo que se considera pertinente utilizar este instrumento para el análisis correspondiente; sin embargo, la aplicación estricta de la metodología allí planteada, no resultará en un ejercicio óptimo en cuanto existe una 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.

5. ANÁLISIS DEL PLIEGO DE CONDICIONES PARA LA LICITACIÓN POR EXCEPCIÓN ENTRE ENTES DE DERECHO PÚBLICO DEL PODER JUDICIAL PARA LA “ADQUISICIÓN DE ENLACES MPLS BAJO LA MODALIDAD SEGÚN DEMANDA”

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

El artículo 5 de la ya derogada Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494, señalaba que, en los procedimientos de contratación administrativa, se debía de respetar la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales y los procedimientos específicos de cada contratación, no podían incluir ninguna regulación que impidiera la libre competencia entre los oferentes potenciales (Principio de igualdad y libre competencia).

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

En similar sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en su “*Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública*”¹¹, recomienda, entre otros elementos, que

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

¹⁰ La reciente Ley General de Contratación Pública, Número 9986, publicada en el Alcance Número 109 a la Gaceta Número 103 del Lunes 31 de mayo del 2021, entró a regir el 01 de diciembre de 2022 y dispone que transitoriamente en general, todos los procedimientos y contratos iniciados antes de la entrada en vigencia de esa ley, “continuarán su trámite conforme al procedimiento anterior que les aplicaba”.

¹¹ OCDE (2015). Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública. Recuperado el 2 de setiembre del 2021 del sitio web: <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

se “hagan accesibles las oportunidades de concurrir a la contratación pública a los potenciales competidores sin importar su tamaño o volumen”.

De la misma manera el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en su documento “*La política de la competencia y las adquisiciones del sector público*”¹², indica que “*el resultado de los procedimientos de contratación pública depende del grado de competencia al que estén sujetos los contratos públicos. Así pues, el grado de competencia en los mercados respectivos es de vital importancia para que la contratación pública se haga en las mejores condiciones de calidad y precio*”, añadiendo que “*Lo ideal es que los encargados de la contratación pública tengan acceso a un número suficiente de ofertas competitivas. Por ello, es importante establecer un sistema de contratación que se base en el principio de la competencia y lo promueva, y diseñar las licitaciones de manera que atraigan a licitadores de un espectro suficientemente amplio de posibles proveedores*”.

Finalmente conviene tener en cuenta los elementos indicados por la SUTEL en su reciente “*Estudio de Mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones*”¹³, que entre otros elementos concluye que: “*El establecimiento de mecanismos que disminuyan la libre competencia en los procesos de compras 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*”.

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

La OCDE en la citada “*Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública*”¹⁴ explica cuándo se deben usar las excepciones a los concursos públicos:

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

La OCDE ha sido enfática al afirmar que es necesario que tanto las empresas públicas (SOE, por sus siglas en inglés de *state-owned Enterprise*) como el mismo Estado, se ajusten a las reglas de la contratación pública, para que estas apliquen a entes públicos y privados por igual, con el fin de cumplir

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

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

¹⁴ OCDE (2015). *Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública*. Recuperado el 2 de setiembre del 2021 del sitio web: <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

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

Asimismo, en el 2021, mediante la emisión de las *“Recomendaciones del Consejo en Neutralidad Competitiva”*¹⁶ la OCDE recomendó *“establecer condiciones de competencia abiertas, justas, no discriminatorias y transparentes en los procesos de contratación pública a fin de garantizar que ninguna Empresa, independientemente de su titularidad, nacionalidad o forma jurídica, obtenga una ventaja indebida”* (Pág. 6).

En similar sentido, la *“Recomendación del Consejo de la OCDE”*¹⁷ para *Combatir La Colusión en la Contratación Pública*¹⁸, 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).

Si bien la Sala Constitucional en su sentencia 2060-01 de las 15:24 horas del 04 de abril de 2001 ha reconocido que el establecimiento de las excepciones en materia de contratación administrativa son constitucionalmente válidas¹⁹, también reconoce en esa misma sentencia que *“...el régimen constitucional establece como regla de principio el procedimiento concursal formal, es decir, la licitación, como el mecanismo idóneo para garantizar la más amplia participación de los proveedores en condiciones que permitan a la Administración seleccionar la mejor oferta del mercado, en aras de la más sana administración de los fondos públicos y el principio de eficiencia”*.

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

¹⁵ OCDE (2012). Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business. Recuperado el 1 de setiembre del 2021 en el sitio web: <https://www.oecd.org/corporate/50302961.pdf>

¹⁶ OCDE (2021). Recommendation of the Council on Competitive Neutrality. Recuperado el 1 de setiembre del 2021 en el sitio web: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0462>

¹⁷ El informe en cuestión caracteriza al Comité de Competencia de la OCDE como: *“El Comité de Competencia de la OCDE está a la vanguardia del debate sobre políticas de competencia y aplicación. Reuniendo a los líderes de las autoridades de competencia, promueve el intercambio regular de puntos de vista, análisis y mejores prácticas sobre cuestiones clave de política de competencia”*.

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

¹⁹ *“...es constitucionalmente válido que se establezcan en el ordenamiento calificadas excepciones a este régimen, que por sus especiales condiciones determinan que la realización de este tipo de concursos sea abiertamente incompatible con la consecución del fin público”*.

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

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

B. Sobre la Circular DGABCA-0023-2022 del Ministerio de Hacienda

El Ministerio de Hacienda mediante Circular DGABCA-0023-2022 relativa a *“Lineamiento para generar los procesos de contratación para la adquisición de los servicios de Telefonía e Internet en el SICOP”* recuerda a las proveedurías institucionales la necesidad de trasladar al SICOP aquellos procesos que no hayan sido promovidos a través de dicha plataforma, esto en cumplimiento a lo señalado en los artículos 40 y 40 bis de la Ley de Contratación Administrativa y 148 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, los cuales establecen la obligatoriedad de todas las instituciones y órganos del sector público para la tramitación de los procedimientos de contratación administrativa a través del SICOP.

Esta Circular busca establecer un mecanismo que garantice la transparencia y publicidad de cada uno de los procedimientos, documentos e información relacionados con los contratos creados fuera del SICOP para los servicios de telefonía e internet que se encontraban vigentes tanto con operadores privados como públicos, estableciendo que para aquellos contratos que se deseen continuar por parte de la administración contratante se usará una figura de contratación por excepción, a saber: por oferente único (para oferentes privados) o actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público (para operadores públicos). Estableciendo a su vez un procedimiento sugerido para este proceso por parte de las proveedurías institucionales.

La citada circular también dispone que, para aquellos casos, donde la administración determine salir a concurso para contratar los servicios de telefonía e internet, deberá hacerlo mediante concurso ordinario.

En el expediente electrónico de la contratación 2023PX-000038-0001300001 que consta en el SICOP, se muestra el documento denominado: *1739-DTIC-2023 Decisión Inicial* del 29 de agosto del

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

2023, que hace mención que el objetivo del procedimiento realizado por el Poder Judicial constituye una formalización del contrato de servicio bajo la nueva Ley 9986.

“El fin del presente procedimiento es la adquisición de un contrato formalizado bajo la nueva Ley General de Contratación Administrativa 9986 y con ello trasladar los enlaces existentes que se encuentran bajo una figura de relación ordinaria de servicios sin un contrato vigente, es importante indicar que los enlaces de establecidos en las distintas líneas obedecen a la necesidades específicas de ancho de banda de las oficinas judiciales, es por lo anterior y por una orden de la Contraloría General de la República que deben ser contratados bajo los marcos normativos y legales de la ley 9986 (Ley general de contratación Pública) y su reglamento. [...]”

Así mismo en el citado documento 1739-DTIC-2023 *Decisión Inicial.pdf* se indica que:

“La presente contratación tiene su origen en la circular “CCAF 086-2022” de la Comisión de Coordinación de la Administración Financiera del Ministerio de Hacienda (a partir de ahora CCAF) [...]”

Además, posteriormente se menciona que:

“De acuerdo con la circular “CCAF 086-2022” de la CCFA se contaba con plazo hasta el 30 de junio del 2023; sin embargo, el plazo fue prorrogado en la circular “MH-CCAF-CIR-0001-2023” de la CCFA hasta 31 de diciembre del 2023.”

Según la justificación emitida por el Poder Judicial el plazo límite para cumplir con las disposiciones establecidas por el Ministerio de Hacienda en la circular DGABCA-0023-2022 fueron ampliadas por las circulares CCAF 086-2022 y MH-CCAF-CIR-0001-2023, siendo esta última la que establece como fecha límite el 31 de diciembre del 2023.

C. Valoración desde la óptica de la competencia de la contratación del Poder Judicial para la “Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda”.

El Poder Judicial promovió la contratación 2023PX-000038-0001300001 para la “Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda” utilizando el procedimiento de excepción entre entes de derecho público (inciso b del artículo 3 Ley 9986), la solicitud de contratación fue realizada el 10 de octubre del 2023, se publicó el 5 de diciembre del 2023, invitando a concursar únicamente al ICE, tal y como se puede comprobar en el expediente electrónico del SICOP (2023PX-000038-0001300001, [2. Información de Cartel], Ingreso del pliego de condiciones; Consulta de notificaciones; Listado de envíos del correo electrónico), definiendo como fecha de cierre de recepción de ofertas el 13 de diciembre del 2023. Dicha contratación está conformada por tres líneas, todas referidas a “Enlaces MPLS en Fibra Óptica por demanda, para Red Privada Virtual” variando únicamente en la velocidad requerida para cada una de ellas, tal y como se señaló en la sección denominada [SOBRE EL OBJETO CONTRACTUAL DE LA CONTRATACIÓN EN ANÁLISIS](#).

Por ello, sin pretender ser exhaustivos, ni llevar a cabo un análisis de los elementos propios del proceso de la contratación 2023PX-000038-0001300001, lo cual compete a otros entes de la administración

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

pública, pero con el objetivo de determinar si los elementos indicados por el Poder Judicial son suficientes para justificar el empleo de un proceso de contratación que debe ser de naturaleza excepcional y no ordinaria, por sus efectos restrictivos a los principios de igualdad y libre concurrencia, a continuación se procede a realizar un análisis de las justificaciones dadas por el Poder Judicial que sirven de fundamento para la adopción del procedimiento de excepción de contratación entre entes de derecho público, como elemento que debe servir de justificación en cuanto a la selección de un mecanismo que no promueve la competencia.

Así, en la solicitud de contratación realizada en el SICOP, se adjunto el documento denominado “Oficio 1440-DTIC-2023 Excepción en Enlaces.pdf” el cual contiene el oficio 1440-DTI-2023 del 14 de julio de 2023 donde se concluyó que:

“Se ha seleccionado motivar un proceso de contratación por excepción con ICE por las siguientes razones:

- *Luego de realizada la consulta en el mercado se tiene un precio inferior el utilizar los servicios de este proveedor, comparado con los demás consultados en el mercado.*
- *Actualmente la plataforma de enlaces de MPLS del Poder Judicial se mantienen con este proveedor por lo cual no habrá transición ni costo para nuestra institución al no tener cambio de proveedor.*
- *Se analizaron las opciones en el mercado, públicas y privadas y conforme a las sesiones adicionales sostenidas con cada proveedor se documentó el riesgo de que los demás proveedores no puedan tener factibilidad de entregar el 100% de los enlaces, dado que dependen de visitas en sitio para confirmar lo que se va a requerir gestionar para la instalación.*
- *El plazo de entrega con este proveedor es inmediato para los 201 enlaces actuales al migrar al nuevo contrato, y en el caso de nuevos servicios el ICE manifestó tener un estimado de entre 22 y 31 días hábiles, en los otros proveedores como TELECABLE y COTINEX no manifestaron poder estimar un plazo dado que depende de la factibilidad de cada servicio. Por otro lado, en el caso de RACSA manifestó que depende de la factibilidad y convenio con otros proveedores con plazo promedio de 45 días hábiles. En nuestra institución es vital tener un proveedor de enlaces por demanda con el menor tiempo de entrega posible, porque una vez recibido un local en alquiler o construido una edificación propia, se requiere utilizar en el menor tiempo posible porque los costos inician a partir de su recepción. Asimismo, existe otra variable importante y es que se puede solicitar un enlace de la red MPLS en casos de los locales alquilados hasta que exista una adjudicación en firme, partiendo que lo demás es trámite de formalización del contrato y que es en ese acto de firmeza que estará en firme la utilización del local, a partir de ahí una vez firmado el contrato y dada la orden de inicio se genera un plazo aproximado de 30 días por lo que es vital poder disponer en promedio de un enlace en ese plazo máximo.*
- *Se ha documentado en este informe la idoneidad de este proveedor de brindar el servicio requerido por el Poder Judicial porque cumple con la capacidad y cobertura requerida, tienen la experiencia y personal técnico y profesional capacitado para dar respaldo diario operativo y seguro de estos servicios.*

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

- *Solamente con la selección de este proveedor se puede dar cumplimiento con el lineamiento del Ministerio de Hacienda con plazo al 31 de diciembre del 2023 para que todos los servicios de telecomunicaciones que se pagan con reserva de gobierno se trasladen a un contrato que defina y limite estos servicios.*
- *Adicionalmente, en la situación actual, aunque no existiera plazo de cumplimiento ante el Ministerio de Hacienda, se enfrenta la problemática expuesta en este informe con un contrato que implique cambio de proveedor de telecomunicaciones se deberá migrar la totalidad de enlaces de la red MPLS con un plazo de meses para lograrlo lo que implica que se tendría que establecer dos contratos por el mismo servicio con vigencias diferentes para no ocasionar una desconexión inmediata de los enlaces del proveedor que finaliza su contrato, lo cual en contratación administrativa nos han indicado que no es posible generar dos contratos para los mismos servicios, por lo que seleccionar a este proveedor nos evita un proceso de migración.*
- *La selección de este proveedor mitiga los riesgos actuales ante la imposibilidad del Poder Judicial de asumir un proceso de migración de enlaces sin capacidad técnica para la supervisión y recepción de estos servicios a nivel nacional, mitiga la ocurrencia de afectaciones por suspensión de servicios de telecomunicaciones en las oficinas judiciales, siendo este un servicio vital para realizar las labores diarias evitaría un cierre técnico de la institución por un tema contractual administrativo que no tiene precedente dado que estos servicios adquiridos desde hace décadas se concibieron como servicios públicos ahora con fecha límite de pago por este medio al 31 de diciembre del presente año, informado así en este mismo año en enero.”*

En este mismo sentido, consta en el expediente del SICOP el documento “1739-DTI-2023 Decisión Inicial.pdf” el cual contiene el oficio 1739-DTIC-2023 del 29 agosto del 2023, que indica en la sección “2.4. Selección del tipo de contratación” lo siguiente:

“Dado a se requiere de la selección de la contratación de mayor conveniencia para la institución, se valoró cuáles son las distintas variables que intervienen en la planificación idónea de una contratación adecuada, de manera tal que, genere el mayor beneficio con el menor impacto a las labores operativas existentes de las oficinas judiciales y a su vez que permita atender los nuevos requerimientos de conexión, es por lo anterior que se identificaron las siguientes variables:

- *Tipos de contratación y excepciones de la “Ley general de Contratación Pública N°.9986” y su reglamento.*
- *Cantidad de enlaces existentes que deberían ser sustituidos. • Plazo para la sustitución de los enlaces del punto anterior.*
- *Personal disponible para la ejecución de la contratación ente los distintos tipos de contratación.*
- *Obligaciones que se deben cumplir con la presente contratación. Tomando en cuenta todas las variables anteriores se llegó a la conclusión de utilizar la excepción existente en la Ley de General de Contratación Pública (a partir de ahora LGCP) en el artículo 3, específicamente en el inciso “b” [...]*

No se omite indicar los datos de la institución pública elegida:

- **Nombre:** Instituto Costarricense de Electricidad.
- **Representante para el Poder Judicial:** Jose Luis Barquero Ugalde.
- **Teléfono:** 2001-1135.
- **Correo electrónico:** jbarquerou@ice.go.cr.

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

En cuanto a la autorización, por parte de la DTIC y su Consejo Consultivo, de emplear como proveedor al Instituto Costarricense de Electricidad es necesario indicar que la misma fue generada en la sesión virtual N°.6 y consta en la minuta CC-06-2023 a continuación se muestra autorización presente en la minuta ya citada:

“Conclusiones:

TEMA ÚNICO: *Informe para justificar aplicar contratación por excepción con el ICE. Se conoce mediante correo el informe suscrito por Ericka Monge Quesada, Jefatura del Subproceso Telemática y Bertony Jimenez Campos, Coordinador Unidad WAN del Subproceso de Telemática. Se acuerda aprobar mediante ese medio. Los tres integrantes del Comité Consultivo indican están de acuerdo. Se acuerda: 1-Aprobar la propuesta de contratación con el ICE, para la adquisición de Enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda, aplicando el artículo N°3 de la Ley General de Contratación Pública.”*

El detalle de la selección del proveedor y la justificación para aplicar la excepción de ley se encuentra en el “anexo –I - Justificación para uso el artículo 6 del reglamento a la Ley General de Contratación Pública”. (Pág.

Si bien en el extracto anterior se indica que el detalle relativo a la selección del proveedor y la justificación para aplicar la excepción de ley se encuentra en el anexo I, lo cierto es que esta información se encuentra, pero en el Anexo VI (Pág. 63), donde se da respuesta a los requisitos establecidos en el artículo 6 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública (Decreto 43808-H). Para efectos de este análisis llama la atención lo indicado sobre el inciso f) Realizar un estudio de mercado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 inciso d) de este Reglamento, que considere a los potenciales agentes públicos y privados, idóneos y, de forma motivada, exponer las razones por las cuales se escoge contratar al agente público del Reglamento a Ley 9986, donde se indica:

“En el anexo III Documentos Asociados a la contratación, se aporta el “informe de estudio de mercado” que contempla potenciales agentes públicos y privados, este informe de estudio de mercado permite que este ente técnico de forma motivada determine que el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD – ICE sea el agente público idóneo para asumir la contratación que se pretende llevar a cabo.

Además de lo anterior, se aporta a continuación un análisis de los elementos motivadores que permitieron determinar que el ICE es el elegido:

La circular “CCAF 086-2022” de la Comisión de Coordinación de la Administración Financiera del Ministerio de Hacienda, en la cual se indica:

“...Respecto al pago de los servicios de telefonía e internet, se amplía el plazo otorgado según circular CCAF-054-2021 hasta el 30 de junio del 2023 para seguir realizando el pago por reserva, de aquellos procesos que aún no estén promovidos en el SICOP, mientras las instituciones finalizan estos, según las indicaciones que comunicaron en su momento, la Dirección General de Bienes y Contratación Administrativa mediante Circular DGABCA-0023-2022 denominada Lineamiento para generar los procesos de contratación para la adquisición de los servicios de Telefonía e Internet en el SICOP...”

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

Tomando como referencia lo indicado en dicha circular, el Subproceso de Telemática de la Dirección de Tecnología procedió a generar el oficio 0675-DTIC2023 donde informa y alerta de la situación al Consejo Consultivo de esa misma Dirección; en dicho documento se exponía la situación así como su impacto, riesgos para la continuidad de los servicios, condiciones técnicas actuales y la necesidad de recurso humano extra para la atención de este nuevo requerimiento generado por la circular ya citada de la CCAF. Es por lo anterior que de manera motivada se procedió a evaluar la Ley General de Compras Públicas y su reglamento para conocer los tipos de contratación existentes para gestionar el procedimiento de menor impacto, acorde a las condiciones técnicas existentes, continuidad de los servicios y menor afectación a las personas usuarias institucionales y externos, todo con el fin de dar a conocer al Consejo Consultivo de la DTIC las opciones disponibles y dentro de ellas se procedió a informar sobre las excepciones definidas en la ley, mismas que cubren la expuesta en el artículo 6 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública (a partir de ahora RLGCP).

Una vez informado el Consejo Consultivo procedió a conocer el oficio 0675-DTIC2023, acordando los siguientes puntos (se extrae literal de la minuta de la sesión CC-04-2023, aportada en el anexo VIII Documentos asociados a la Justificación del artículo 6 del RLGCP):

- *Gestionar la compra basándose en el artículo 6.*
- *Elaborar la justificación de forma amplia con base en el costo institucional, detallando los gastos que implica el cambio de los enlaces, aunado al riesgo, y además que no se tiene capacidad operativa, demostrar el costo-beneficio. (Martín indica que se debe reflejar todo esto con el debido cuidado de forma que no implique un beneficio para proveedor actual el ICE)*
- *Programar reunión con doña Ana, Martín, Ericka, para el tema riesgo asociado al pago de facturación de enlaces circular de hacienda."*

Con lo anterior queda claramente aprobado emplear el Artículo 6 del RLGCP, siendo la mejor opción y de menor impacto a la continuidad de los servicios institucionales, así mismo, se recalcó la importancia de hacer un estudio de mercado transparente sin beneficio alguno al proveedor actual de los enlaces MPLS.

Posterior a obtener el visto bueno del Consejo Consultivo de la DTIC, el Subproceso de Telemática se dio a la tarea de atender cada uno de los acuerdos y generó el oficio 1440-DTI-2023, con los siguientes resultados:

[...]

N°.2:

Se procedió realizar el Informe de Estudio de Mercado (a partir de ahora IEM) correspondiente que se encuentra disponible en el "Anexo III – Documentos asociados a la contratación", donde se obtuvo el siguiente resultado:

El precio promedio de la partida 1 compuesta por las líneas 1 a la 3 es por un monto de \$ 1 069,96 por mes, de acuerdo con el promedio de la partida resultante de la suma de los promedios por línea [...]

Conclusión: *En el ámbito económico, en el cuadro anterior se demuestra que la cotización del ICE es inferior al promedio y al resto de cotizaciones recibidas.*

San José, 15 de diciembre de 2023
10679-SUTEL-OTC-2023

Aunado a lo anterior, el Subproceso de Telemática procedió a indagar en el mercado con los potenciales proveedores que participaron en el IEM, para obtener información de aspectos relacionados a plazos de instalación, cobertura, entre otros [...]

También por parte de del Subproceso de Telemática se realizó dentro del oficio 1440-DTI2023 un análisis de costos económicos e instalación de los enlaces MPLS con el fin de determinar la conveniencia institucional con el fin de tomar en cuenta esa perspectiva dentro de la decisión final [...]:

Conclusiones Generales

- *De las sesiones con los proveedores de telecomunicaciones se concluye:*

o Los proveedores CONTINEX y RACSA manifestaron que cotizaron con promedios del valor del servicio, con tarifas definidas por los anchos de banda y no generaron la prefactibilidad o análisis de poder entregar la lista de enlaces adjunta a la cotización que son los actuales en el Poder Judicial. En el caso de TELECABLE e ICE manifestaron que si revisaron en detalle la lista de los servicios aportada con anexo a la solicitud de cotización e igualmente tienen precios de lista o referencia por ancho de banda.

o En relación con cobertura de la red MPLS que pueden brindar al Poder Judicial, si bien es cierto todos manifestaron tener la cobertura requerida, en el caso de CONTINEX y RACSA manifestaron tener que hacer la prefactibilidad para definir si es posible entregar un enlace, utilizan alianzas con otros proveedores para llegar a las zonas donde se limita su cobertura. En el caso del ICE actualmente tienen los enlaces requeridos instalados por lo que no hay duda para el Poder Judicial que pueden dar el servicio. En el caso de TELECABLE manifestaron que en casos de no tener cobertura se valen de convenios con otros proveedores de telecomunicaciones.

o Se identifica un riesgo asociado a lo manifestado por los proveedores de telecomunicaciones, en relación con la seguridad de poder instalar un enlace por demanda conforme al contrato, toda vez que requieren el análisis de prefactibilidad a partir del cual deben analizar los permisos y/o convenios a utilizar con otros proveedores. A excepción del ICE que actualmente tiene el 100% de estos enlaces instalados para el Poder Judicial.

o El principal riesgo identificado es para la instalación de los 201 enlaces requeridos por el Poder Judicial de forma inicial, los proveedores deben pasar por fases de prefactibilidad e instalación con al menos tres visitas en cada ubicación del enlace, lo cual genera una labor compleja y de gran impacto en recurso y tiempo lo cual atenta al cumplimiento de tener gestionada la contratación y enlaces habilitados antes del 31 de diciembre del 2023. Lo anterior a excepción del ICE que actualmente tiene instalados todos los enlaces para el Poder Judicial. El plazo de entrega de cada enlace en un contrato por demanda se estima entre 22 y 45 días hábiles según el proveedor consultado. Y para la instalación inicial de los 201 enlaces en un escenario de tener los recursos con varias cuadrillas asignadas y sin contratamientos entre 6 a 8 meses por parte de los proveedores.

- *Se realizó una estimación del costo económico y plazo requerido para el Poder Judicial en la asignación de los recursos necesarios para la supervisión, inspección y aceptación técnica de la instalación de los 201 enlaces iniciales requeridos de manera urgente por nuestra institución a partir de tener un contrato vigente para este servicio, en caso de no realizar la contratación con el ICE.*

o Se identifica que hay una labor de implementación de parte del personal técnico del Poder Judicial, dado que cada enlace debe ser sustituido en la conectividad de la red de telecomunicaciones interna, lo cual genera ajustes en configuración y una coordinación exacta

San José, 15 de diciembre de 2023
10679-SUTEL-OTC-2023

en el traslado del servicio ante un cambio de proveedor, lo cual conlleva labores físicas en el campo y labores lógicas de programación en la plataforma de telecomunicaciones.

o Se concluyó que es imposible atender estas labores con un único equipo de trabajo (1 técnico especializado 5, 1 profesional 1 y 1 profesional 2) porque se duraría 26.38 meses.

o Se generan estimaciones del plazo aumentando en cantidad de personal requerido y por ende disminuyendo el plazo de ejecución, llegando a un escenario donde se requieren al menos 4 equipos de trabajo para lograr un plazo de 6.5 meses. Esto implica dedicar 12 personas a esta labor de manera exclusiva lo cual no es posible asumir con el personal ordinario porque no se tiene esa capacidad. Asimismo, se analiza una alternativa de justificar permisos con goce de salario y sustitución para atender esta labor temporal y exclusiva, sin embargo, se llega a la misma conclusión no hay capacidad en puestos para ser sustituidos ni las condiciones en el mercado de técnicos y profesionales en telecomunicaciones para asegurar que se tendrá disponible de manera inmediata 12 personas nuevas para ser nombradas y que asuman las labores operativas y de seguridad que ejecuta este personal.

o Un costo estimado mínimo en atender estas labores técnicas por parte del Poder Judicial es de $\text{C}\$98,524,056.46$, asumiendo personal exclusivo adicional a esta labor, independientemente de la cantidad de equipos este monto en salarios se va a mantener la diferencia es en el plazo que se estaría ejecutando de 26.3 meses máximo (un equipo de trabajo) a un mínimo de 6.5 meses (cuatro equipos de trabajo). Lo que si varía sustancialmente son los otros recursos requeridos viáticos y vehículo dado que entre más personas más el gasto en viáticos de alimentación y hospedaje, y se ocupará un vehículo exclusivo para cada equipo de trabajo para poder cumplir con los tiempos estimados asumiendo este escenario.

- Finalmente, luego de realizado el análisis se identifica una limitación importante en el cambio de proveedor de la red de enlaces de MPLS, porque la migración de los enlaces actuales (201) no va a durar menos de 6.5 meses, considerando tanto la información dada por los posibles proveedores, como la estimación en plazo para que el personal técnico supervise y realice la revisión técnica de recepción de bienes y servicios, asumiendo en todo caso el mejor escenario para ambos.*
- Lo anterior conlleva en este momento un incumplimiento con la fecha máxima conocida para que estos servicios no sean tramitados con reserva de gobierno sino a través de un contrato, situación puesta en nuestro conocimiento a principios de este año y como se explicó en oficio 675-DTI-2023 se han realizado los esfuerzos por gestionar el nuevo contrato contra las dificultades en el impacto de la nueva ley de Contratación Pública.*
- Adicionalmente, dada la complejidad y tamaño de la red de enlaces MPLS de nuestra institución (201 enlaces a nivel nacional), es evidente que cada vez que se gestione un contrato para estos servicios se enfrentará el impacto del tiempo de la migración de estos enlaces, debe iniciar una vez vigente el contrato pero los enlaces se requieren de manera inmediata porque se finaliza el contrato anterior que ante un cambio del proveedor de telecomunicaciones, se suspenden con el fin de su contrato y de manera inmediata los servicios de telecomunicaciones, dejando una situación limitante para el Poder Judicial, se requiere entonces dos contratos vigentes para poder realizar una transición de un proveedor a otro lo cual se nos ha manifestado que no es posible dado que no se puede tener el mismo servicio en dos contratos diferentes en el mismo periodo de vigencia. Técnicamente no se tiene una solución si contractualmente no existe una manera de mantener dos contratos con dos proveedores de telecomunicaciones por un periodo de migración o transición de los enlaces de la red MPLS.*

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

- *Con el fin de analizar alternativas a una solución para la situación desarrollada en este informe, se consultó la factibilidad de poder contratar los servicios con el ICE y mantener la plataforma con este proveedor, utilizando la Ley General de Contratación Pública, artículo N°3-Excepciones y su reglamento con el artículo N°6-Contratación entre entes de derecho público, lo cual se desarrolla en el siguiente apartado de este informe.”*

Según lo indicado en la sección 6.2 del documento *“Pliego de condiciones para Publicar.pdf”* ubicado en el expediente electrónico del SICOP, el contrato tendrá una vigencia de 4 años el cual no podrá dar inicio antes del 31 de diciembre del 2023, fecha en la que vence la prestación de los servicios que actualmente se tienen contratados por parte del Poder Judicial (Pág. 41).

Al respecto de todo lo señalado anteriormente, 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 competencia**, cuando así resulte posible. Al respecto se pueden considerar las recomendaciones del citado *“Estudio de mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones”* de esta Superintendencia:

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

[...]

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

[...]

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

Como un primer punto, se debe resaltar que si bien en el expediente electrónico 2023PX-000038-0001300001 del SICOP, consta el documento *“1740-DTI-2023 Estudio de Mercado.pdf”* el cual es uno de los fundamentos en los que se basa tanto el documento que recomienda la tramitación del procedimiento de compra por medio de una de las excepciones (oficio 1440-DTI-2023) como el documento de decisión de inicio (1739-DTIC-2023), este estudio plantea desde su concepción una importante obstáculo a la competencia, ya que al limitar a una tecnología en particular el servicio requerido desde el momento en que fueron solicitadas las cotizaciones se dio una restricción en la capacidad de los operadores para poder ofrecer los servicios, tal y como consta en el correo del 15 de marzo del 2023, mediante el cual se realiza la solicitud de cotización a diferentes proveedores de servicios de telecomunicaciones (*“Solicitud de cotización.pdf”*), razón que motivo que el estudio de mercado cuente con un reducido número de proveedores y operadores de servicios, impidiendo que la

San José, 15 de diciembre de 2023
10679-SUTEL-OTC-2023

herramienta permita evidenciar de manera fehaciente que el ICE es el operador indicado para la prestación de los servicios requeridos por el Poder Judicial.

Estimados(as)

Debido a que la Dirección de Tecnología de Información y Comunicaciones del Poder Judicial se encuentra en la etapa de recepción de cotizaciones para estudio de mercado, le solicito su colaboración con el fin de obtener una cotización de los servicios indicados según lo establecido en la siguiente tabla:

Línea	Cantidad	Unidad de Medida	Descripción	Precio Unitario mensual sin IVA	Valor Unitario mensual del IVA (13%)	Valor Unitario mensual impuesto Cruz Roja (0.75%)	Valor Unitario mensual impuesto 911 (1%)	Precio Unitario mensual con impuestos (IVA, Cruz Roja, 911)
1	1	unidad	Enlaces MPLS en Fibra Óptica por demanda, para Red Privada Virtual con una capacidad de 20 Mbps.					
2	1	Unidad	Enlaces MPLS en Fibra Óptica por demanda, para Red Privada Virtual con una					

1

			capacidad de 50 Mbps.					
3	1	Unidad	Enlaces MPLS en Fibra Óptica por demanda, para Red Privada Virtual con una capacidad de 100 Mbps.					

Fuente: "Solicitud de cotización.pdf" Expediente electrónico del SICOP 2023PX-000038-0001300001

La limitante se da 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:

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

*“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, la 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 y con ello eventualmente a otros operadores y proveedores del servicio. En relación con este tema, lo relevante es que la administración defina las condiciones de calidad del servicio que requiere, por ejemplo, velocidades de la conexión, etc. y que habilite la posibilidad de que los operadores oferten con las tecnologías que puedan cumplir dichos requerimientos.

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

Esta limitante tiene un impacto porque, en conjunto con otros aspectos que serán analizados más adelante, puede producir resultados no ajustados a la realidad, llevando a disminuir la competencia innecesariamente y con ello los beneficios que esta genera, debido a que los estudios de mercado resultan en un insumo para emitir la decisión inicial de contratación, al establecer uno de los requisitos más importante del pliego cartelario -por ser el punto de partida-, la modalidad del procedimiento, pudiéndose generar una limitación a la libre competencia desde los estadios iniciales del proceso de contratación pública.²¹

Al inicio de esta sección se citó un extracto de las conclusiones generales contenidas en el documento de decisión inicial (oficio 1739-DTIC-2023 del 29 agosto del 2023) Anexo VI (Pág. 63) relativo a la selección del proveedor y la justificación para aplicar la excepción de ley, las cuales se proceden a analizar en lo que es de interés para esta administración:

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

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

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

“o En relación con cobertura de la red MPLS que pueden brindar al Poder Judicial, si bien es cierto todos manifestaron tener la cobertura requerida, en el caso de CONTINEX y RACSA manifestaron tener que hacer la prefactibilidad para definir si es posible entregar un enlace, utilizan alianzas con otros proveedores para llegar a las zonas donde se limita su cobertura. En el caso del ICE actualmente tienen los enlaces requeridos instalados por lo que no hay duda para el Poder Judicial que pueden dar el servicio. En el caso de TELECABLE manifestaron que en casos de no tener cobertura se valen de convenios con otros proveedores de telecomunicaciones.”

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. Tal situación es ordinaria en el sector telecomunicaciones, y no constituye en sí mismo un riesgo de incumplimiento contractual por parte del operador o proveedor.

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, siendo que en el caso de la presente contratación varios operadores indicaron tener la cobertura requerida, sin embargo, el procedimiento que se eligió seguir fue el de excepción entre entes de derecho público.

“o Se identifica un riesgo asociado a lo manifestado por los proveedores de telecomunicaciones, en relación con la seguridad de poder instalar un enlace por demanda conforme al contrato, toda vez que requieren el análisis de prefactibilidad a partir del cual deben analizar los permisos y/o convenios a utilizar con otros proveedores. A excepción del ICE que actualmente tiene el 100% de estos enlaces instalados para el Poder Judicial.”

El Régimen de Acceso e Interconexión, es un régimen válido que se utiliza ampliamente en el mercado de las telecomunicaciones, justamente con el objetivo de reducir las ventajas que pueda tener el ICE como operador histórico del mercado. Así, es claro que en la contratación particular analizada el ICE tiene una ventaja inherente sobre cualquier otro proveedor alternativo, al tener su red actualmente instalada, de manera que los potenciales proveedores se encuentran en desventaja por la asimetría de información existente. Por lo que resultaría prudente disminuir la brecha de información existente entre los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones mediante visitas a las instalaciones de interés por parte de la institución o bien por medio de la entrega de información técnica sobre las instalaciones de interés en aquellos casos que no puedan realizarse visitas.

“o El principal riesgo identificado es para la instalación de los 201 enlaces requeridos por el Poder Judicial de forma inicial, los proveedores deben pasar por fases de prefactibilidad e instalación con al menos tres visitas en cada ubicación del enlace, lo cual genera una labor compleja y de gran impacto en recurso y tiempo lo cual atenta al cumplimiento de tener gestionada la contratación y enlaces habilitados antes del 31 de diciembre del 2023. Lo anterior a excepción del ICE que actualmente tiene instalados todos los enlaces para el Poder Judicial. El plazo de entrega de cada enlace en un contrato por demanda se estima entre 22 y 45 días hábiles según el proveedor consultado. Y para la instalación inicial de los 201 enlaces en un escenario de tener los recursos con varias cuadrillas asignadas y sin contratiempos entre 6 a 8 meses por parte de los proveedores.”

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

El escenario que se plantea en esta justificación se refiere a un tema de cumplimiento de plazos, al respecto es importante considerar que las administraciones tienen conocimiento que deben migrar sus servicios de telecomunicaciones a procedimientos desde al menos el 25 de noviembre de 2021 (Circular CCAF-054-2021 del Ministerio de Hacienda), es decir, hace 2 años aproximadamente, siendo que según lo indicado por el propio Poder Judicial, para la instalación inicial de los 201 enlaces en un escenario de tener los recursos con varias cuadrillas asignadas y sin contratiempos tomaría entre 6 a 8 meses por parte de los proveedores. De manera que, con una planificación anticipada, pareciera haber resultado posible realizar una contratación abierta donde exista la posibilidad de que oferte un proveedor diferente al actual, en virtud de que podría resultar viable la instalación de los servicios.

“• Se realizó una estimación del costo económico y plazo requerido para el Poder Judicial en la asignación de los recursos necesarios para la supervisión, inspección y aceptación técnica de la instalación de los 201 enlaces iniciales requeridos de manera urgente por nuestra institución a partir de tener un contrato vigente para este servicio, en caso de no realizar la contratación con el ICE.”

El costo de cambio no parece ser una razón suficiente para limitar la competencia en un proceso de contratación pública, debido a que el argumento esbozado por el Poder Judicial resultaría aplicable en un ciclo sin fin, es decir, bajo esa premisa solo el operador que ha brindado y sigue brindando los bienes o servicios requeridos por el contratante estaría posibilitado a brindarlos de manera indefinida en el futuro; esta justificación no solo limita la participación de otros operadores y proveedores de servicios sino también de las decisiones del contratante que se verían limitadas a los aparentes altos costos del cambio.

“o Se identifica que hay una labor de implementación de parte del personal técnico del Poder Judicial, dado que cada enlace debe ser sustituido en la conectividad de la red de telecomunicaciones interna, lo cual genera ajustes en configuración y una coordinación exacta en el traslado del servicio ante un cambio de proveedor, lo cual conlleva labores físicas en el campo y labores lógicas de programación en la plataforma de telecomunicaciones.”

La labor de implementación en un eventual cambio no parece ser una razón de peso suficiente para limitar la competencia en un proceso de contratación pública, como ya se ha expuesto este argumento resultaría aplicable en un ciclo sin término, donde un único operador sería el único posibilitado para brindar servicios de manera indefinida, por los aparentes altos costos de cambio.

“o Se concluyó que es imposible atender estas labores con un único equipo de trabajo (1 técnico especializado 5, 1 profesional 1 y 1 profesional 2) porque se duraría 26.38 meses.”

“o Se generan estimaciones del plazo aumentando en cantidad de personal requerido y por ende disminuyendo el plazo de ejecución, llegando a un escenario donde se requieren al menos 4 equipos de trabajo para lograr un plazo de 6.5 meses. Esto implica dedicar 12 personas a esta labor de manera exclusiva lo cual no es posible asumir con el personal ordinario porque no se tiene esa capacidad. Asimismo, se analiza una alternativa de justificar permisos con goce de salario y sustitución para atender esta labor temporal y exclusiva, sin embargo, se llega a la misma conclusión no hay capacidad en puestos para ser sustituidos ni las condiciones en el mercado de técnicos y profesionales en telecomunicaciones para asegurar que se tendrá disponible de manera inmediata 12 personas nuevas para ser nombradas y que asuman las labores operativas y de seguridad que ejecuta este personal.”

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

“o Un costo estimado mínimo en atender estas labores técnicas por parte del Poder Judicial es de ₡98,524,056.46, asumiendo personal exclusivo adicional a esta labor, independientemente de la cantidad de equipos este monto en salarios se va a mantener la diferencia es en el plazo que se estaría ejecutando de 26.3 meses máximo (un equipo de trabajo) a un mínimo de 6.5 meses (cuatro equipos de trabajo). Lo que si varía sustancialmente son los otros recursos requeridos viáticos y vehículo dado que entre más personas más el gasto en viáticos de alimentación y hospedaje, y se ocupará un vehículo exclusivo para cada equipo de trabajo para poder cumplir con los tiempos estimados asumiendo este escenario.”

“• Finalmente, luego de realizado el análisis se identifica una limitación importante en el cambio de proveedor de la red de enlaces de MPLS, porque la migración de los enlaces actuales (201) no va a durar menos de 6.5 meses, considerando tanto la información dada por los posibles proveedores, como la estimación en plazo para que el personal técnico supervise y realice la revisión técnica de recepción de bienes y servicios, asumiendo en todo caso el mejor escenario para ambos.”

Respecto del análisis realizado por parte del Poder Judicial en los cuatro puntos anteriores, se considera debería buscarse la forma idónea de poder realizar las tareas, ya que esta situación podría generar una afectación a la competencia. De manera, que como se mencionó anteriormente, resultaría prudente, entre otras cosas, disminuir la brecha de información existente entre los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones mediante visitas a las instalaciones de interés por parte de la institución o bien por medio de la entrega de información técnica sobre las instalaciones de interés en aquellos casos que no puedan realizarse visitas o que se considere que hace el proceso más fluido.

“• Lo anterior conlleva en este momento un incumplimiento con la fecha máxima conocida para que estos servicios no sean tramitados con reserva de gobierno sino a través de un contrato, situación puesta en nuestro conocimiento a principios de este año y como se explicó en oficio 675-DTI-2023 se han realizado los esfuerzos por gestionar el nuevo contrato contra las dificultades en el impacto de la nueva ley de Contratación Pública.”

Sobre el aspecto del cumplimiento del plazo ya fue analizado en un punto anterior, donde se indicó: El escenario que se plantea en esta justificación se refiere a un tema de cumplimiento de plazos, al respecto es importante considerar que las administraciones tienen conocimiento que deben migrar sus servicios de telecomunicaciones a procedimientos desde al menos el 25 de noviembre de 2021 (Circular CCAF-054-2021 del Ministerio de Hacienda), es decir, hace 2 años aproximadamente, tal y como se indicó en el anexo VI del documento “1739-DTI-2023 Decisión Inicial.pdf”, siendo que según lo indicado por el propio Poder Judicial, para la instalación inicial de los 201 enlaces en un escenario de tener los recursos con varias cuadrillas asignadas y sin contratamientos tomaría entre 6 a 8 meses por parte de los proveedores. De manera que, con una planificación anticipada, pareciera haber resultado posible realizar una contratación abierta donde exista la posibilidad de que oferte un proveedor diferente al actual, en virtud de que podría resultar viable la instalación de los servicios.

“• Adicionalmente, dada la complejidad y tamaño de la red de enlaces MPLS de nuestra institución (201 enlaces a nivel nacional), es evidente que cada vez que se gestione un contrato para estos servicios se enfrentará el impacto del tiempo de la migración de estos enlaces, debe iniciar una vez vigente el contrato pero los enlaces se requieren de manera inmediata porque se finaliza el contrato anterior que ante un cambio del proveedor de telecomunicaciones, se suspenden con el fin de su contrato y de manera inmediata los servicios de telecomunicaciones, dejando una situación limitante para el Poder Judicial, se requiere entonces dos contratos vigentes para poder realizar una transición de un proveedor a otro lo cual se nos ha manifestado que no es posible dado que no se puede tener el mismo servicio en dos contratos

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

diferentes en el mismo periodo de vigencia. Técnicamente no se tiene una solución si contractualmente no existe una manera de mantener dos contratos con dos proveedores de telecomunicaciones por un periodo de migración o transición de los enlaces de la red MPLS.”

Si bien se trata de un servicio que requiere gran cantidad de conexiones, esto no quiere decir que no existan otros proveedores de servicios de telecomunicaciones que puedan brindar las conexiones cumpliendo la regulación respecto a la calidad de los servicios, de manera que la complejidad no debería ser un argumento para decidir no realizar un proceso de licitación abierto en un mercado en competencia donde coexisten diferentes operadores para brindar servicios de telecomunicaciones, a quienes les corresponde considerar si se encuentran en capacidad de ofertar el servicio. Aunado a que el argumento esbozado por el Poder Judicial resultaría aplicable en un ciclo sin término, donde el operador que ya provee el servicio sería el único posibilitado para brindar servicios de manera indefinida.

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

La decisión adoptada por el Poder Judicial sobre la figura a utilizar en la contratación 2023PX-000038-0001300001 (licitación por excepción entre entes de derecho público) negando con ello la realización de un proceso de licitación abierto no favorece el principio de libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

El mercado de las telecomunicaciones desde su apertura ha evolucionado ofreciendo a los consumidores una amplia gama de opciones para la satisfacción de sus necesidades mediante servicios preestablecidos así como servicios a la medida, lo anterior, ha sido reconocido por el Ministerio de Hacienda en diversas circulares *“con la promulgación y entrada en vigencia de la Ley General de Telecomunicaciones en el año 2008, la Administración Pública se encuentra facultada para contratar, mediante concurso ordinario con proveedores de telecomunicaciones e infocomunicaciones que sean sujetos de Derecho Privado”*²².

El sistema de contratación administrativa como se ha reiterado a lo largo de esta opinión debe propiciar la mayor competencia en la búsqueda de la mejor satisfacción del interés público; para ello se necesita que el Estado no sólo permita, sino que propicie, que diversas personas le ofrezcan sus bienes o servicios. El concurso abierto y, particularmente, la posibilidad de una mayor competencia tiene como objeto que el Estado contrate con la persona, física o jurídica, que reúna las mejores condiciones para satisfacer las necesidades administrativas. En la medida en que participe el mayor número de oferentes, la Administración puede realizar una mejor selección y por ende, puede lograr una mejor satisfacción del interés general. Esa satisfacción explica que la contratación administrativa moderna se rija por los principios de amplia publicidad, libre acceso de los que reúnan los requisitos y la igualdad de participación.

Tal y como ha sido planteada la licitación 2023PX-000038-0001300001 se está impidiendo a los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones el participar, negando con ello los

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

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

principios de igualdad y libre competencia y la posibilidad que sean estos mismos operadores y proveedores de servicios los que puedan determinar si se encuentran en la posibilidad o no de brindar los servicios de interés por parte del Poder Judicial, esto tiene a su vez repercusiones hacia el propio Poder Judicial en cuanto al disfrute de los beneficios que brinda un mercado en competencia como lo es el mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica en cuanto a precio, calidad y variedad de servicios.

En esta misma línea, la Procuraduría General de la República ha reconocido:

“(...) la necesidad de competencia, la publicidad de los procedimientos tiende a concretizar principios de buena administración y moralidad administrativa y, por ende, la necesidad de una gestión honorable de los fondos públicos. Gestión que obliga a evitar el favoritismo y el negociado. Es por ello que se propicia el concurso como forma de selección del cocontratante de la Administración. Esa necesidad lleva a postular la licitación como la regla del procedimiento de contratación administrativa.

La Administración no es libre para contratar con quien desee. Debe hacerlo buscando la satisfacción del interés público, pero con apego al procedimiento que legalmente corresponda. Se parte de que la satisfacción del interés público no se logra si no se propicia la libre competencia en condiciones de igualdad de participación. Estos objetivos se consiguen sujetándose al procedimiento de concurso que corresponda, lo cual está determinado por el monto del gasto que implique el contrato en relación con el presupuesto ordinario de la Administración interesada en la contratación.

De lo anterior se sigue el rechazo de la negociación directa como forma de contratación administrativa. Se estima que esta negociación directa, al rehuir la competencia, puede dar lugar a una contratación ilícita, viciada e incluso a prácticas de corrupción. Es por ello que la necesidad de una cierta competencia se impone para todos los organismos públicos que puedan actuar con un grado de poder en el mercado (...).” (Opinión jurídica número OJ-227-2003 del 11 de noviembre de 2003.)

En ese sentido también la Fiscalía Nacional Económica de Chile²³, ha reconocido que la competencia es un principio general de las compras públicas:

“(...) las normas que señalan que la licitación pública constituye la regla general en materias de contratación administrativa y del artículo 30 literal g) de la Ley de Compras, que establece que una de las funciones de la Dirección de Compras y Contratación Pública es la promoción de la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración”. (Pág. 44).

Actualmente dada la situación fiscal, el Estado cuenta con un presupuesto limitado, por lo que los recursos públicos existentes deben ser invertidos contratando los mejores y mayores servicios que se pueda, y el que la administración cuente con el mayor número posible de opciones, que le permitan obtener el mejor precio y a la mejor calidad de los bienes y servicios que requiere, todo ello en razón de la óptima y eficiente utilización de los recursos públicos.

Esta Superintendencia, por medio del citado **“Estudio de Mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones”** ha señalado:

²³ Fiscalía Nacional Económica de Chile (2020). Estudio de Mercado sobre compras públicas de la División de estudios de mercado. Recuperado el 09 de febrero del 2023 en el sitio web: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/08/informe_preliminar_EM05_2020.pdf

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

“Se debe recordar que la contratación pública representa una buena parte del gasto del Estado y que en períodos de déficit fiscal como el actual, dichos fondos deben adjudicarse con la mayor eficiencia posible. (...)”. (Pág. 44).

Dicho estudio también realiza un análisis del por qué diversos proveedores deciden no participar de contrataciones públicas, señalándose en particular: “(...) la existencia de acuerdos previos de las instituciones con proveedores que limitan o incluso hacen nula la posibilidad de participar en ciertos procesos (...)”. (Pág.45) (Lo destacado es intencional).

El establecimiento de mecanismos que disminuyan la libre concurrencia en los procesos de compras públicos del Estado no sólo genera una distorsión en el mercado, sino que, van en detrimento de los intereses del propio Estado, que al desincentivar la competencia obtiene en sus procesos de compra pública menos ofertas o bien como en este caso una única oferta y por tanto, no recibe los beneficios propios de la libre competencia; dadas estas repercusiones negativas relativas a la competencia producto de la figura de contratación directa se recomienda a la **administración contratante la posibilidad de realizar procesos de concurso abierto en futuras contrataciones.**

Si bien se entiende la pertinencia de que cada administración valore y sopesa el cumplimiento de sus fines públicos en este tipo de procesos, es importante que se tenga en consideración que los procesos abiertos de contratación administrativa no sólo protegen los intereses financieros del Estado, sino que también logran generarle a la administración una diversidad de opciones para la selección de la oferta que mejor logre satisfacer el interés público perseguido.

En consecuencia, **se considera que el Poder Judicial debe valorar, de acuerdo con la normativa aplicable en el ámbito de las compras públicas, optar a futuro por procesos de licitación abiertos en materia de adquisición de servicios de telecomunicaciones.**

6. CONCLUSIONES

A partir de lo desarrollado de previo se concluye:

- i. Que la Ley 8642 en su artículo 52 dispone un Régimen sectorial de competencia para la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, correspondiéndole a la SUTEL entre otras facultades, promover los principios de competencia en el mercado nacional de las telecomunicaciones y emitir opiniones en materia de competencia y libre concurrencia con respecto a leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos administrativos relacionados con el sector de las telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisa.
- ii. Que los artículos 21 de la Ley 9736, 24 de su Reglamento y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, establecen que la SUTEL tiene la potestad de emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia, de oficio o a solicitud de parte sobre pliegos de condiciones o carteles de contratación administrativa, cuyos elementos puedan obstruir el principio de competencia y libre concurrencia, sin que dichas opiniones resulten vinculantes.

San José, 15 de diciembre de 2023

10679-SUTEL-OTC-2023

- iii. Que esta Opinión se emite en el marco de las facultades de abogacía y promoción de la competencia con que cuenta la SUTEL en el marco de la Ley 9736, y la misma busca impulsar mejoras en el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones, eliminar y evitar distorsiones al funcionamiento de los mercados de telecomunicaciones y aumentar el conocimiento sobre los beneficios de la competencia, y no pretende realizar una valoración de temas específicos de la materia de contratación administrativa en relación con el procedimiento de contratación, lo cual corresponde a una competencia legal que recae sobre otros órganos públicos.
- iv. Que el Ministerio de Hacienda mediante circular DGABCA-0023-2022 relativa a *“Lineamiento para generar los procesos de contratación para la adquisición de los servicios de Telefonía e Internet en el SICOP”* recuerda a las proveedurías institucionales la necesidad de trasladar al SICOP aquellos procesos que no hayan sido promovidos a través de dicha plataforma. Dicha circular establece que para aquellos contratos que se deseen continuar por parte de la administración contratante se usará una figura de contratación por excepción, a saber: por oferente único (para oferentes privados) o actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público (para operadores públicos). La citada circular también dispone que, para aquellos casos, donde la administración determine salir a concurso para contratar los servicios de telefonía e internet, deberá hacerlo mediante concurso ordinario.
- v. Que, en virtud de lo dispuesto por el Ministerio de Hacienda, el Poder Judicial promueve la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000038-0001300001 para la *“Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda”*.
- vi. 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”*.
- vii. Que, en línea con lo referido por la Sala Constitucional, la Contraloría General de la República y el Ministerio de Hacienda, respecto al uso de la licitación por excepción entre entes de derecho público, han sido enfáticas en que para utilizar esta excepción se deben de cumplir una serie de requisitos.
- viii. Que la decisión del Poder Judicial de realizar una licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000038-0001300001, en lugar de realizar un proceso de licitación abierta, es una decisión que no favorece el principio de libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, siendo que el no empleo de los principios de igualdad y libre concurrencia va en detrimento de procesos de contratación que favorezcan la competencia del mercado.
- ix. Que el Estado debe trabajar de manera integral y coordinada, velando por la aplicación del principio de igualdad y libre concurrencia en toda la actividad contractual en que medie el empleo de fondos públicos y durante todo el ciclo de la compra pública.

San José, 15 de diciembre de 2023
10679-SUTEL-OTC-2023

7. RECOMENDACIONES

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

- i. Dar por recibido y aprobar el presente informe.
- ii. Emitir opinión sobre la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000038-0001300001 del Poder Judicial para la “*Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda*”, en los términos de lo desarrollado en el presente informe por la DGCO de la SUTEL.
- iii. Comunicar el presente informe al Poder Judicial y al informante anónimo en relación con la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000038-0001300001 del Poder Judicial para la “*Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda*”.
- iv. Recomendar al Poder Judicial como un mecanismo para promover la libre concurrencia en la contratación de servicios de telecomunicaciones, lo siguiente:
 - i. Valorar en futuros procesos de contratación que incluyan servicios de telecomunicaciones la realización de procesos de licitación abiertos que favorezcan la libre concurrencia.
- v. Hacer saber al Poder Judicial 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. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en los numerales 21 de la Ley 9736 y 24 de su Reglamento.

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

Expediente: GCO-OTC-CGL-00023-2023