

La suscrita Paola Beckford Navarro, mayor, casada una vez, Criminóloga, portadora de la cédula de identidad número 1-1212-0668 en mi condición de Secretaria de la Comisión para Promover la Competencia, según consta en el acta de la Sesión Ordinaria número 05-2021 celebrada a las catorce horas con veinticinco minutos, del cuatro de febrero de los dos mil veintiuno, procedo a comunicar la **OPINIÓN N° 019-2021**, contenida en el **Artículo 6, Acuerdo 6 del acta de la Sesión Ordinaria N.º 034-2021**, de las nueve horas, del día tres de setiembre del dos mil veintiuno.

“(…)

OPINIÓN N° 019-2021

COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA AL SER LAS DIEZ HORAS CON CUARENTA MINUTOS DEL TRES DE SETIEMBRE DEL DOS MIL VEINTIUNO.

I. INTRODUCCIÓN

Mediante correo electrónico de fecha 21 de junio del 2021, se puso en conocimiento de la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), notas remitidas por el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica (CFIA) y por la Cámara Costarricense de la Construcción (CCC) dirigidos a la señora Maureen Barrantes Rodríguez, Directora General de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa (DGABCA) del Ministerio de Hacienda, en relación con la Circular DGABCA-0044-2021 y la Directriz DGABCA-0006-2021, ambas del 31 de mayo del 2021, emitidas por dicha funcionaria pública. Circular y Directriz que se encuentran relacionadas con los resultados de la LICITACIÓN PÚBLICA 2020LN-000002-0009100001, **“CONVENIO MARCO SERVICIOS DE INFRAESTRUCTURA CON FONDOS PROPIOS”**, promovida por aquella dependencia ministerial.

Adicionalmente con fecha 25 de junio del 2021, se recibió oficio suscrito por el señor Diputado Jonathan Prendas Rodríguez, mediante el cual planteó una serie de interrogantes respecto al citado Convenio Marco y la referida Circular y Directriz.

En términos generales las preocupaciones de las entidades gremiales citadas y del señor diputado se relacionan con: a) el uso de la figura del convenio marco para la contratación de servicios de infraestructura, b) los resultados de la licitación que determinó que sólo 15 empresas resultaban adjudicatarias para participar en el convenio marco en 9 líneas de negocio diferentes, en 4 de las cuales sólo resultó adjudicada una sola empresa, c) la obligatoriedad para todos los entes públicos

de la Administración Central y sus Órganos Desconcentrados de contratar con esas empresas por dos años que se prorrogan automáticamente por otros dos, d) la imposibilidad de nuevas empresas de unirse al convenio marco durante esos cuatro años, y e) el perjuicio a la competencia y al sector construcción por las decisiones adoptadas.

A causa de lo expuesto, la COPROCOM decidió iniciar un estudio técnico sobre la forma en que se realizó la licitación pública 2020LN-000002-0009100001, las razones que justifican el utilizar la figura del convenio marco, los resultados del procedimiento y las consecuencias sobre la competencia y la libre concurrencia en la contratación de servicios de construcción de edificaciones y similares, por parte del Gobierno Central y sus Órganos Desconcentrados.

El estudio técnico fue realizado por la Unidad de Investigaciones y una vez analizado sirve de base para sustentar este criterio.

II. EN GENERAL SOBRE LOS CONVENIOS MARCO

El convenio marco se define como una modalidad de licitación pública mediante la cual se adjudica a un proveedor o proveedores, determinadas opciones de negocio por haber cumplido con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones. Este instrumento pretende simplificar los procesos de compra, propiciar ahorros en cuanto a precios, plazos, disminución de costos de inventario, así como proveer amplias oportunidades de negocios a todos los oferentes interesados en contratar con el Estado.

Estos convenios se traducen en términos generales, en un catálogo electrónico (tienda virtual) que contiene la descripción de los bienes y servicios ofrecidos, sus condiciones de contratación y la individualización de los proveedores a los que se adjudicó el Convenio Marco.¹ Así, la institución que requiere un bien o servicio ingresa al catálogo, selecciona al proveedor que ofrece la mejor opción en cuanto a producto y precio, genera la solicitud de compra y una vez aceptada por parte del proveedor, la institución compradora procede a emitir la orden de compra respectiva, sin necesidad de llevar a cabo procedimientos adicionales.²

Si bien su utilización tiene ventajas, también su uso abusivo puede resultar perjudicial, de allí que este órgano en el análisis de esta forma de contratación, ha realizado las siguientes recomendaciones:

“(...)

A. Si bien se reconoce que los convenios marco pueden ofrecer beneficios a la administración contratante, lo cierto es que también pueden provocar, efectos negativos sobre la competencia

¹ La regulación normativa de esta figura se encuentra en los artículos del 115 al 123 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, (RLCA), Decreto Ejecutivo N° 33411 del 27 de setiembre del 2006 y sus reformas.

² Manual de compras virtuales bajo la modalidad de Convenio Marco para las instituciones que utilizan Comprared. Ministerio de Hacienda. San José, Costa Rica. Mayo 2009. Página 3).

consistentes en un cierre temporal de mercado definido por la propia licitación que, a su vez, propicia un entorno más favorable para la colusión, especialmente, en las contrataciones derivadas posteriores. De allí que debe velarse por no recurrir a estos instrumentos de forma abusiva, o en forma tal que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

B. Así, desde el punto de vista del Derecho de Competencia, dicho instrumento de contratación pública deberá instrumentalizarse de tal manera que garantice la más amplia y libre participación de oferentes, que se permita, de ser el caso, la participación de ofertas, incluidas las ofertas en consorcio y que se estructure una metodología para la prestación del servicio en diferentes grupos, regiones, etcétera, según ubicación geográfica u otros parámetros objetivos, de forma que se genere una mayor adjudicación de proveedores. Lo que permitiría a su vez contrastar entre regiones la forma en que se han comportado el precio y el servicio, entre los distintos adjudicatarios.

C. En ese sentido resulta indispensable que la entidad que desee utilizar la figura del convenio marco para la contratación de un bien o servicio, analice cuidadosamente las razones por las que se recurre a este procedimiento, el plazo de duración del convenio y su eventual ampliación, duración que, aunque está establecida en principio en cuatro años, puede ser prolongada. Debe considerarse si el plazo por el cual se establezca el convenio puede llevar a la desaparición de empresas y ello reducir considerablemente las opciones de la Administración a futuro en el caso tratar de optar por otro instrumento.

D. Los pliegos de condiciones de los contratos, y, en particular, los pliegos de prescripciones técnicas, son los documentos que determinan el acceso o la concurrencia por parte de los potenciales licitadores, así como las principales variables en las que dichos licitadores van a competir. En consecuencia, las entidades públicas contratantes deben procurar diseñarlos de manera que garanticen los principios de igualdad y no discriminación entre licitadores, así como las mejores condiciones de competencia posibles. (...)

E. Si del análisis se concluye que el convenio marco va a incluir a un número excesivamente reducido de empresas, debe valorar el seleccionar otro tipo de procedimiento que reúna las garantías suficientes de concurrencia y publicidad, como por ejemplo un procedimiento abierto o negociado con publicidad. Lo anterior por cuanto, las pocas empresas seleccionadas podrían sea por un acuerdo o de forma tácita, comportarse en cuanto a precios como un monopolio.

F. En relación con el elevado riesgo de colusión en los contratos derivados posteriores, se genera en la medida que las empresas que no puedan entrar a formar parte de este convenio no podrán optar tampoco a la contratación que se derive de los mismos. Así es que, a raíz de dicho cierre, se incrementa el riesgo de colusión en la contratación derivada ya que se propicia la creación de un entorno reducido y cerrado en el que todos los operadores se conocen entre sí.

G. En la medida en que los convenios marco y sus contrataciones derivadas pueden incrementar el riesgo de colusión, con carácter previo a optar por este instrumento, resulta indispensable valorar su impacto competitivo, sin que ésta tenga que suponer ningún trámite formal específico ni suponer, por lo tanto, ninguna carga adicional para las unidades de contratación. Únicamente

se recomienda que se tomen en consideración los costos que, para la competencia, podrían representar los convenios marco y su contratación derivada sin desprestigiar los beneficios asociados a la simplificación procedimental. El riesgo de colusión está altamente condicionado por la cantidad de participantes en el convenio marco y, consecuentemente, en sus contrataciones derivadas; de hecho, se produce una relación inversa ya que, teóricamente, cuanto mayor sea el número de participantes, menor debería ser el riesgo de colusión en la contratación derivada.

H. Por tal motivo, en aras de prevenir una eventual colusión, producto de la puesta en práctica de este tipo de instrumento contractual, resulta importante que se consideren las siguientes recomendaciones:

- Definición clara y precisa de los términos y objeto del acuerdo marco.
- Duración corta de los convenios marco y utilización limitada de las prórrogas.
- Uso del procedimiento de adjudicación abierto en el convenio marco.
- Valoración del uso de la subasta electrónica en la contratación derivada.
- Valoración del uso del fraccionamiento en lotes de los productos o servicios objeto de los acuerdos marco o de la contratación derivada.
- Valoración de la participación en los acuerdos marco y contrataciones derivadas posteriores de diversas empresas competidoras mediante la creación de uniones temporales de empresas.

(...)”.

III. CONCLUSIONES RESPECTO AL CONVENIO MARCO DE SERVICIOS DE INFRAESTRUCTURA CON FONDOS PROPIOS

Del estudio técnico realizado por la Unidad de Investigaciones se puede concluir lo siguiente:

- A. Como resultado del procedimiento de contratación LICITACIÓN PÚBLICA 2020LN-000002-0009100001, “CONVENIO MARCO DE SERVICIOS DE INFRAESTRUCTURA CON FONDOS PROPIOS”, llevado a cabo por el Ministerio de Hacienda, resultaron adjudicadas en nueve opciones de negocio únicamente 15 empresas. Estas 9 líneas de contratación u opciones de negocio corresponden a:
1. **Infraestructura modular** (incluye: viviendas de interés social, aulas, pabellones de aulas, comedores, albergues, puestos de vigilancia y muchos otros)
 2. **Mantenimiento correctivo y preventivo**
 3. Construcción de Edificaciones
 4. Ampliación de Edificaciones
 5. Remodelación de Edificaciones
 6. **Demolición de Edificaciones**

7. Diseño para Arquitectura, Ingeniería y Ejecución de Obras de Construcción
- 8. Dirección Técnica de Obras de Infraestructura**
9. Inspección para Arquitectura, Ingeniería y Ejecución de Obras de Construcción

- B. En 4 de las líneas antes indicadas: Infraestructura Modular, Mantenimiento Correctivo y Preventivo, Demolición de Edificaciones de Infraestructura y Servicios Profesionales en Dirección Técnica de Obras de Infraestructura, **aparece un solo adjudicatario para cada una de ellas**, tal y como expresamente se consigna en las Directrices DGABCA-0001-2021 del 9 de febrero del 2021 y DGABCA-0006-2021 del 31 de mayo del 2021. En las restantes líneas hay entre seis y ocho empresas, no obstante, todas ellas –excepto una– aparecen seleccionadas para la prestación de varios servicios.
- C. Todas las instituciones usuarias pertenecientes a la Administración Central, en cualquier región del país, **se encuentran obligadas al uso de este Convenio Marco, que tiene una vigencia de dos años, prorrogable automáticamente por periodos de un año, hasta un máximo de cuatro años.** Únicamente las instituciones que tengan contratos en ejecución o adjudicados antes de la orden de inicio de éste, podrán continuar con ellos durante su vigencia y hasta su vencimiento.
- D. De acuerdo con la Ley de Presupuesto del año 2021, un año especialmente restrictivo en gasto a causa de la pandemia, la subpartida 5.02.01, Construcción de Edificios, asciende a ¢ 17 631 830 172 (diecisiete mil seiscientos treinta y un millones ochocientos treinta mil ciento setenta y dos colones) solamente para el Gobierno Central, de los cuales aproximadamente un 41% corresponde a presupuesto del Ministerio de Educación. De allí, que preocupe que, en la línea de negocio de infraestructura modular, en la que se pueden construir aulas, pabellones, oficinas y comedores, entre otros, solamente resultó adjudicada una empresa.
- E. La limitada participación y adjudicación de empresas en el convenio marco bajo estudio, se mantendrá así durante todo el período del convenio, por cuanto la Administración no previó en las disposiciones cartelarias la posibilidad de entrada de nuevas empresas a lo largo de la ejecución del convenio, ampliando con ello el impacto negativo para la competencia y libre concurrencia.
- F. Así las cosas, **resulta más que evidente que el convenio marco bajo análisis propicia un cierre del mercado para cientos de empresas con capacidad de prestar los servicios que éste involucra, al impedirles acceder a las contrataciones de todas las instituciones del Gobierno Central, por un período de dos años, prorrogable automáticamente por otros dos años, y en todo el país.** Por otra parte, es claro que, dado el limitado número de empresas adjudicadas, es poco probable que la Administración consiga uno de los objetivos esenciales del procedimiento, esto es, los mejores precios para los servicios prestados. En primer lugar, porque para 4 opciones de negocio solamente una empresa resultó adjudicada, por lo cual no tiene ningún incentivo para ofrecer el mejor precio, dado que no tiene que competir con ninguna otra empresa y las

instituciones se encontrarían obligadas a contratarla. En segundo lugar, el número relativamente limitado de empresas para las otras opciones de negocio, encierra el riesgo de colusión entre las empresas, o bien, en caso de que resulten insuficientes para atender las necesidades de la Administración, llevaría a la subcontratación de otras compañías fuera del convenio, por parte de aquellas que sí están en el convenio, lo que evidentemente, también llevaría a la desmejora en los precios ofrecidos.

- G. Debido a que también los entes descentralizados pueden adherirse a la utilización de este convenio marco, preocupa a este órgano que, ante los beneficios que ofrece la utilización del procedimiento de convenio marco, en cuanto a menores tiempos para resolver las necesidades, se le dé prioridad a la contratación por esta vía en detrimento de los precios, exacerbando los problemas antes expuestos.
- H. Considera este órgano que, **el reducido del número de empresas adjudicatarias al final del proceso, debió ser objeto análisis profundo en su momento por parte de la Administración**, dada la naturaleza y la importancia de las opciones de negocio licitadas y máxime si se considera adicionalmente que, los factores de evaluación para participar y poder ser considerado elegible, no eran un obstáculo para ello, pues abarcaban rubros bastante generales y solamente se requería alcanzar una nota mínima de un sesenta y cinco por ciento. Todo lo anterior debió haber sido motivo de atención por parte de la Administración licitante y haberse cuestionado la verdadera eficacia de los resultados del proceso de la licitación promovida por ella, en aras de la mayor conveniencia y protección para el interés público que subyace en esta materia.
- I. Por otra parte, **resulta cuestionable, la oportunidad y conveniencia de haberse acudido a la figura del Convenio Marco, estimando la naturaleza de las opciones de negocio involucradas**. Si bien se reconocen los beneficios que tal figura puede tener para la Administración en algunos supuestos concretos, lo también cierto es que su implementación práctica puede llevar a limitar la competencia y libre concurrencia, por lo que se exige suma prudencia y cautela en su uso y una adecuada ponderación de intereses fundamentales en juego. Lo anterior por cuanto el propio numeral 115 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establece la posibilidad de celebrar esta forma de acuerdos, tratándose de **“bienes o servicios de uso común y continuo”**, con lo que se genera el debate, **de si para el tipo de opciones de negocio a contratar, se está ante la presencia de bienes o servicios que pueden catalogarse de uso común y continuo y que por lo tanto, dada su eventual estandarización, pueden ser objeto de un catálogo electrónico**.
- J. La Administración licitante tomó como punto de referencia para determinar las necesidades de infraestructura de todo el Gobierno Central y sus Órganos Desconcentrados, los requerimientos específicos de dos entidades muy particulares, como los son, el Ministerio de Educación Pública (MEP) y el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC), lo cual no parece resultar acertado en aras de justificar la implementación de un Convenio Marco de tal

envergadura a nivel general para toda la Administración Central, dado que no parece razonable asimilar y extrapolar las necesidades puntuales de todos los demás Ministerios y Órganos Desconcentrados, con las de aquellas dos entidades. **Resulta altamente debatible y discutible, si nos encontramos ante el requerimiento de servicios de infraestructura que puedan considerarse “de uso común y continuo”.**

- K. De tal manera que en esta modalidad de convenio marco, sin precio definido y sin opciones predefinidas, las instituciones emiten una solicitud de cotización y las empresas adjudicadas cotizarán los servicios requeridos, en un plazo relativamente corto de 5 días que incluye las visitas a sitio. Así, para la misma línea de negocio y por 4 años, esas solicitudes de cotización llegarán exactamente a las mismas empresas, --cuando existan varias-- quienes serán las únicas que podrán ofrecer el servicio, burlándose a todas luces los principios de competencia y libre concurrencia establecidos en el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa.
- L. Considerando la naturaleza de las opciones de negocio estudiadas, podría resultar mucho más razonable y beneficioso para la Administración, acudir a otras formas más amplias de participación, en aras de fomentar una mayor competencia y libre concurrencia y en donde como resultado de lo anterior, la Administración cuente con el mayor número posible de opciones, que le permitan obtener el mejor precio y la mejor calidad de los bienes y servicios que requiere; todo ello, en razón de la óptima y eficiente utilización de los recursos públicos.
- M. Adicionalmente, las distintas adjudicaciones se efectuaron en bloque para las seis regiones del país, con lo cual se acrecienta la concentración de lo contratado, que ya de por sí, tal y como se señaló supra, quedó en manos de muy pocas empresas. Lo deseable en este sentido, como una forma de tratar de mitigar los efectos negativos para la competencia y libre concurrencia, que se generan a raíz de la implementación práctica de este convenio marco, hubiera sido como mínimo, desagregar por regiones.
- N. En síntesis de todo lo anterior, el **“CONVENIO MARCO SERVICIOS DE INFRAESTRUCTURA CON FONDOS PROPIOS”**, promovido y llevado a cabo por parte de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa (DGABCA) del Ministerio de Hacienda, tal y como fue concebido y atendiendo al resultado final de ese procedimiento, **no constituye un modelo de contratación pública adecuado, al menos, desde la óptica del Derecho de Competencia, pues, de acuerdo a la teoría y práctica en esta materia, no es de esperar que esa contratación en particular, genere e incentive un ambiente de efectiva y vigorosa competencia para el momento en que las instituciones usuarias del mismo, vayan a cotizar los bienes y servicios que necesitan. Competencia efectiva y vigorosa que evidentemente, en el supuesto de aquellas opciones de negocio en donde únicamente existe un adjudicatario, resultará por lo tanto inexistente.**

IV. RECOMENDACIÓN FINAL

Debido al perjuicio para la competencia y libre concurrencia en los procesos de contratación pública, el daño que se ocasiona a una gran cantidad de empresas que no podrán siquiera participar en los procesos de adquisición de servicios para nueve líneas de negocio, relacionados con la construcción y mantenimiento, entre otros, de edificaciones durante un período de cuatro años, para todas las instituciones del Gobierno Central y sus Órganos Desconcentrados, y puede que hasta de Instituciones Descentralizadas, **se solicita a la Administración encargada de ese convenio marco reconsiderar, de acuerdo con la normativa que resulte aplicable en el ámbito de las compras públicas, seguir adelante en su ejecución.**

Adicionalmente con fundamento en el numeral 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, N° 9736, se le indica al señor Elián Villegas Valverde que, en su condición de Superior Jerárquico y como Ministro de Hacienda, en caso de apartarse de la presente opinión y recomendación, está obligado a informar a esta Autoridad de Competencia, sobre sus motivaciones, en un plazo no mayor a treinta días naturales. **Expediente Administrativo No. 039-2021-C. Acuerdo firme. Notifíquese. Aprobado por unanimidad. -----**

(...)”

Paola Beckford Navarro
Secretaria Coprocom