

R-DCP-00041-2024

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.
San José, a las once horas con cuarenta y nueve minutos del cinco de septiembre del dos mil veinticuatro.

RECURSOS DE OBJECCIÓN interpuestos por **LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY S.A, CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. y el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD** en contra del pliego de condiciones de la **LICITACIÓN MAYOR POR ETAPAS No. 2024LY-000001-SUTEL** promovida por la **SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES** para la “concesión de uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante la implementación de sistemas de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT), incluyendo 5G”.

RESULTANDO

I. Que el trece de agosto de dos mil veinticuatro, las empresas Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY S.A., Claro CR Telecomunicaciones S.A: y el Instituto Costarricense de Electricidad, presentaron ante la Contraloría General de la República recursos de objeción en contra del pliego de condiciones de la Licitación Mayor por Etapas No. 2024LY-000001-SUTEL promovida por la Superintendencia de Telecomunicaciones.

II. Que mediante auto de las trece horas treinta y siete minutos del catorce de agosto de dos mil veinticuatro, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre los recursos de objeción interpuestos. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio 0738-SUTEL-DGC-2024 del 23 de agosto de 2024, el cual se encuentra incorporado al expediente de la objeción.

III. Que la presente resolución se emite dentro del plazo de ley, y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.

CONSIDERANDO

I. SOBRE EL FONDO DE LOS RECURSOS. A) SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO POR CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. 1) Sobre la desigualdad en las obligaciones de despliegue de infraestructura. Cláusulas 77.4.1.5.2.1, 77.4.1.5.3.1, 77.4.1.5.4.1. Criterio de División. De previo a explicar sus argumentos en contra de cláusulas puntuales, la recurrente plantea un argumento general en el cual desarrolla una introducción sobre las

telecomunicaciones como motor de cambio, la importancia de contar con una red robusta de fibra óptica para 5G y además expone lo que considera son una serie de ventajas con las que cuenta el Instituto Costarricense de Electricidad (en adelante, ICE) y Radiográfica Costarricense (en adelante, RACSA) en tanto estima que estos no pagaron el costo por el espectro, no tienen concesión -lo que implica que no deben cumplir con las obligaciones del punto 77 del pliego de condiciones - y además, son dueños del 62% de la postera eléctrica del país. Como se indicó previamente, todos estos argumentos, más que orientarse a la impugnación de cláusula cartelaria alguna -lo cuál es el objetivo del recurso de objeción- se refieren más a la interpretación de la recurrente al respecto de situaciones en específico que le otorgan ventaja a las empresas del Grupo ICE. Así pues, estos argumentos devienen en las propias apreciaciones de la objetante, más no en un razonamiento que pueda ser analizado y resuelto mediante el recurso de objeción, siendo que el control del comportamiento histórico y el manejo del espectro radioeléctrico es algo que escapa de las competencias de esta División de Contratación Pública relacionadas con el recurso de objeción. Así pues, se procede a analizar los argumentos en contra de cláusulas puntuales del pliego de condiciones. Al respecto de las cláusulas citadas al inicio del presente apartado, la recurrente indica que en ellas se imponen a los adjudicatarios del presente proceso y que ya cuentan con asignación de espectro radioeléctrico, una obligación de despliegue de una cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso en una serie de distritos definidos en los anexos 5.1, 5.2 y 6, pero que el operador incumbente así como las empresas de su grupo económico no cuentan con contrato de concesión con lo que no tienen obligaciones de cobertura contractuales, con lo que estima que se violenta el principio de igualdad. Considera lo anterior, en tanto el operador estatal no tendrá ninguna de las obligaciones de despliegue de unidades de infraestructura de acceso en los distritos en cuestión, pues ya cuentan con espectro radioeléctrico para prestar los servicios del objeto. Además, expresa que el párrafo tercero de la cláusula 77.4.1.5.2.1 no establece un plazo de referencia para que el Consejo de la Sutel deba de emitir su criterio con relación así se realizó o no dicho cumplimiento, lo que considera genera inseguridad jurídica para el adjudicatario en tanto podría darse el escenario de que el órgano regulador tome un tiempo que supere el plazo máximo para realizar el despliegue o cerca a la finalización. En su petitoria, expresamente solicita que se modifique el pliego para que las obligaciones de despliegue de infraestructura de acceso así como los plazos en los anexos 5.1, 5.2 y 6 se eliminen y en su lugar dichas obligaciones se ajusten a las zonas de cobertura donde los operadores estelares brindan servicios 5G o bien, de no eliminarse dichos anexos que se

ajusten los plazos y condiciones de despliegue de las unidades de infraestructura de acceso a los plazos que le establezca el poder ejecutivo a los operadores para realizar el despliegue de red 5G. Asimismo pide que se establezca un plazo máximo de 2 meses para que SUTEL y la Dirección General de FONATEL realicen el análisis correspondiente para verificar si el concesionario realizó el cumplimiento de cobertura con un número inferior de unidades de infraestructura de acceso al total de unidades adjudicadas. Sobre lo dicho por la recurrente, la Administración indica que todas las condiciones de la presente licitación resultan aplicables a los eventuales adjudicatarios del procedimiento concursal en cuestión y por tanto no son desiguales, siendo que serán consignadas en el respectivo acuerdo ejecutivo y contrato de concesión, siendo que los alcances de la contratación actual se limitan al objeto planteado y sus efectos únicamente aplican a los eventuales adjudicatarios del procedimiento. Sobre el tema de que el ICE y sus empresas no tengan contrato, indica que la SUTEL se ha referido al tema, brindando recomendaciones, pero que el pliego busca normar las nuevas concesiones que se otorguen y no las ya existentes. Además estima que en el pliego se establecen acciones para mitigar la concentración del espectro y promover la mayor competencia, indicando también que el pliego busca normar las nuevas concesiones que se otorguen y no las ya existentes. Estima que el procedimiento no puede resolver todos los problemas competitivos de un mercado que se han generado por razones ajenas a la SUTEL y que están fuera del alcance de este proceso. Al respecto del plazo para verificar el cumplimiento, estima oportuno realizar ajustes al pliego de condiciones, indicando además que el ajuste se considera adecuado a la luz de lo dispuesto en el pliego dado que es un deber de los concesionarios remitir informes trimestrales de avance en cuanto al despliegue de infraestructura, sin que se afecte el cronograma de despliegue de los operadores. Ahora bien, de todo lo dicho por la recurrente para las cláusulas impugnadas, lo cierto es que no se evidencia un argumento técnico o jurídico frontal que lleve a concluirse que existe limitación alguna a la participación, siendo que sus argumentos se orientan a exponer lo que estima son ventajas indebidas del incumbente, pero sin explicar o probar en forma alguna por qué es que su empresa se encuentra impedida de participar. La recurrente considera que la incumbente no tendría las mismas obligaciones que su empresa, en caso de ser adjudicada, pero este argumento no es por sí solo una demostración de que se le limite la participación, o bien de que existen requisitos del pliego que resultan desproporcionados y/o de imposible cumplimiento. En esta línea de pensamiento, no debe perderse de vista que el recurso de objeción se encuentra regulado en la normativa vigente, como un instrumento para la remoción

de cláusulas cartelarias que afecten la participación o violenten principios de la contratación pública, por lo que, teniendo esto presente, no se evidencia en el escrito de la recurrente, un argumento frontal que demuestre la existencia de vicios en el pliego. Lo anterior siendo que más que argumentos propios de un recurso de objeción, lo que la recurrente hace es presentar una especie de queja de las condiciones históricas del mercado, sin que el recurso de objeción, como se indicó, sea el medio procesal idóneo para estos temas. Debe tenerse presente que la recurrente no presenta argumentos técnicos o jurídicos en contra de las obligaciones del pliego, sino que, se concentra en explicar que estas obligaciones no deberían ser cumplidas por el Grupo ICE, lo que como se ha venido indicando, no resulta de recibo por medio del recurso de objeción. Asimismo, la objetante recurre a sitios web para demostrar su dicho, lo que no es prueba contundente de sus aseveraciones ni se contrapone al contenido de la cláusula objetada. Al respecto del plazo solicitado por la recurrente para determinar el cumplimiento de las obligaciones, considera este órgano contralor que lleva razón la objetante en cuanto a que resulta pertinente que sea definido un plazo razonable y justificado para determinar el cumplimiento de estas obligaciones. Aún y cuando la recurrente pide un plazo de dos meses, este plazo no ha sido debidamente justificado, pero a su vez, la modificación propuesta por la Administración no define plazo alguno, por lo que considera esta Contraloría General que la Administración deberá incluir en el pliego de condiciones, un plazo cierto, definitivo y razonable y además motivado, para que se defina el cumplimiento de estas obligaciones, debiendo entonces la Administración modificar el pliego en consecuencia y darle la publicidad pertinente. Por ende, se declara **parcialmente con lugar** este punto del recurso. **2) Sobre la obligación de despliegue de unidades de infraestructura de acceso en zonas no pobladas y de muy baja población. Cláusulas 77.4.1.5.2.1, 77.4.1.5.3.1 y 77.4.1.5.4.1. Criterio de División.** La recurrente indica que el pliego, en cuanto a las bandas de frecuencias 700 MHz, 2300 MHz y 3500 MHz requiere el despliegue de las unidades de infraestructura siguiendo lo establecido en los anexos 5.1, 5.2 y 6 y que específicamente en el caso de la banda de 700 MHz, cláusula 77.4.1.5.2.1 el pliego remite al anexo 5.1. Señala que se incluyen áreas dentro de los distritos con zonas de cobertura donde considera que no existe población que pueda ser beneficiada del despliegue de unidades de infraestructura de acceso. Además indica que para el caso de las zonas con muy baja población, el marco regulatorio de las telecomunicaciones ya establece el mecanismo de solución para no ampliar la brecha de las zonas sin cobertura y cita el artículo 32 inciso a) de la Ley General de las Telecomunicaciones. Por ende solicita realizar una revisión de

los polígonos de cobertura donde no existe población o la misma es muy baja para que sean excluidas de las obligaciones del Concesionario y se canalicen estas necesidades mediante el instrumento que establece la LGT y procede a aportar una serie de imágenes. Expresamente en la petitoria pide que se modifique el anexo 5.1 para que se excluyan de la obligación de despliegue de unidades de infraestructura, aquellos polígonos de cobertura con muy baja o nula población y la provisión de servicios para esos casos se realice mediante FONATEL. La Administración indica que la recurrente se refiere solamente a las obligaciones respecto de la infraestructura para la banda de 700 Mhz y no sobre las demás bandas de frecuencia. Aporta información al respecto de los caseríos y poblados de los polígonos indicados por Claro en el recurso y que por ende sí existe población que pueda ser beneficiada del despliegue de las unidades de infraestructura de desarrollo. Ahora bien, para el punto en cuestión considera este órgano contralor que la recurrente ha presentado un argumento que no tiene una adecuada fundamentación, en tanto, se limita a utilizar como prueba imágenes de lo que estima son poblados con escasa o nula población y que por ende, deben ser excluidos de las obligaciones del concesionario, pero sin que se explique en forma alguna, por qué técnicamente es improcedente dicha exigencia. Tampoco la recurrente demuestra por qué la exigencia cartelaria le limita la participación en forma alguna, o bien, implica una carga tal que le sea imposible sostener. De igual manera, la recurrente considera que existe un procedimiento específico por medio de la Ley General de Telecomunicaciones para atender a estas zonas, pero sin que detalle en forma alguna por qué necesariamente estos poblados deben ser atendidos de esta forma, por sus características, cantidad de población, ubicación, etc., lo que lleva a concluir que su argumento es escaso en fundamentación. Por el contrario la Administración ha explicado que sí existe población que atender por medio del presente concurso, sin que la recurrente haya demostrado que estas obligaciones sean desproporcionadas, generando una carga imposible de soportar para su empresas. Así las cosas este punto debe ser **rechazado** por falta de fundamentación. **Comentario de oficio:** Sin perjuicio de lo anterior, se le hace ver a la Administración la importancia de mantener la información que conforma el expediente administrativo y especialmente el pliego de condiciones en una misma ubicación para que sea de más fácil acceso para los distintos oferentes y público en general. Esto siendo que los anexos se encuentran referenciados en el pliego de condiciones, pero a su vez deben ser consultados en la publicación que hiciera la Administración en el Diario Oficial La Gaceta. Si bien entiende este órgano contralor que la Administración tiene una autorización para no usar el

Sistema Integrado de Compras Públicas, se le debe recordar a la Administración su deber de mantener el expediente administrativo unificado y de fácil acceso, además de ordenado cronológicamente, lo que deberá ser tomado en cuenta por la Administración durante el trámite del presente concurso. **3) Sobre el concepto de “autoridad pública”. Cláusulas 77.4.1.5.2.2, 77.4.1.5.3.3 y 77.4.1.5.4.3.Criterio de División.** La recurrente indica que en estas cláusulas se dispone que para acreditar la existencia de un obstáculo que impida cumplir con los plazos establecidos para el despliegue de las unidades de infraestructura de acceso en las bandas de 700, 2300 y 3500 Mhz, se deberá presentar ante la SUTEL documentación emitida por una “autoridad pública” pero que para garantizar la certeza y seguridad jurídica es necesario que se incluya dentro de las disposiciones que el rechazo de las solicitudes que se presenten para el acceso a la red de postería -siendo que este medio de transmisión se despliega sobre la red de postería de las empresas eléctricas- de las empresas eléctricas sin que estas sean autoridades públicas, sirvan para acreditar el obstáculo para cumplir con los plazos de despliegue y puesta en operación de las unidades de infraestructura de acceso. Expresamente en su petitoria requiere que se ajusten las cláusulas en cuestión para que además de la documentación emitida por las autoridades públicas, también sirva para acreditar los obstáculos en el despliegue, los rechazos de acceso a recurso escaso, que emitan las empresas eléctricas propietarias. La Administración indica que el Reglamento sobre el Uso Compartida de Infraestructura para el Soporte de Redes Públicas de Telecomunicaciones, faculta al operador a presentar un proceso de intervención ante la SUTEL y que en lo que corresponde a la acreditación de barreras de acceso a postería, cuando el operador haya presentado un proceso de intervención, la autoridad pública que cuenta con la posibilidad de acreditar la constitución de barreras corresponde a la SUTEL. Por ende considera que existe un procedimiento especial que regula la forma en que el operador debe acreditar una barrera al acceso de infraestructura y para el caso en específico, sería a través de la presentación de la solicitud de intervención ante la SUTEL, que es un proceso excepcional y no garantiza el acceso al recurso escaso. Posteriormente podría la SUTEL ordenar o no el acceso a la postería según sea el caso puntual. Ahora bien, de todo lo dicho por las partes, considera este órgano contralor que si bien no se está planteando un argumento que demuestre la existencia de una limitación a la participación, lo cierto es que concuerda este órgano contralor en cuanto a que debe existir mayor certeza en el concepto de “autoridad pública”. Si bien la Administración procede a aclarar el punto, indicando para este caso el concepto de “autoridad pública” considera este órgano contralor que la especificación del

pliego para el punto, no es tan clara como la Administración lo explica en su respuesta y además, estima esta División que la recurrente lleva la razón en cuanto a la necesidad de regular en dicha cláusula, situaciones que pueden implicar un retraso o obstáculo, sin que se pretenda que se incluya una lista taxativa de causales, pero sí que se permita documentación adicional a la emitida por “autoridad pública”. Así pues, considera esta Contraloría General de la República que la Administración debe precisar este punto del pliego de condiciones, incluyendo y aclarando no solamente lo relacionado con su respuesta, sino además, regulando la posibilidad de que se permita la presentación de documentación emitida por otros sujetos que demuestren obstáculos o retrasos no atribuibles al concesionario. En consecuencia se declara **parcialmente con lugar** el punto, debiendo la Administración realizar los ajustes necesarios al pliego y darles la publicidad pertinente. **4) Sobre la imposición de multas por incumplimiento en el cronograma de despliegue de unidades e infraestructura de acceso. Cláusulas 77.4.1.5.2.3 , 77.4.1.5.3.2 y 77.4.1.5.4.2. Criterio de División.** La recurrente indica que el pliego en las cláusulas en cuestión, señala que en caso de incumplimiento del cronograma para el despliegue de la cantidad de Unidades de Infraestructura por causas imputables al Concesionario se podrá imponer una cláusula penal, cuando el incumplimiento sea igual o menor al 5% de dichas unidades, pudiendo otorgarse una prórroga de tres meses. Considera la recurrente que la cláusula penal por periodo está calculada en función del monto adjudicado al concesionario y el porcentaje de unidades de infraestructura no instaladas respecto a la totalidad, pero que la carga de la prueba corresponde al concesionario pues puede presentar a la SUTEL la documentación emitida por una autoridad pública que acredite el obstáculo y que como se indicó, para cumplir con los parámetros de calidad mínimos de servicio es necesario que las unidades cuenten con fibra óptica. No obstante indica que la realidad del país es que los niveles de ocupación están cercanos a su capacidad y los tiempos de tramitación de solicitudes de acceso superan más de 30 días hábiles y cita algunos ejemplos en un cuadro. Por ende considera que es evidente el riesgo de que no se pueda cumplir a satisfacción con los cronogramas para el despliegue de unidades de infraestructura, y que además se imposibilitan que se pueda presentar las pruebas de descargo en el plazo establecido en el pliego de condiciones. Además estima que otro obstáculo para el cumplimiento del cronograma es obtener en tiempo y forma por parte de las autoridades municipales las autorizaciones y permisos, para la instalación de la infraestructura necesaria. Por ende solicita que se ajusten las cláusulas en cuestión para que aquellos casos en donde el cumplimiento en términos de la cantidad de

unidades de acceso por desplegar por parte del concesionario obedezca a razones de denegatoria del acceso a la red de postería o bien a la imposibilidad de obtener los permisos municipales, la multa o penalización no proceda por obedecer a razones ajenas al concesionario. La Administración indica que debe aclararse que el cálculo de la cláusula penal por atrasos en cuanto al despliegue de infraestructura de acceso excluye, aquellas situaciones en las que el concesionario haya acreditado la presencia de los posibles obstáculos que puedan surgir. Señala que para el caso específico expuesto por Claro, conforme lo indicado en el punto anterior, el Reglamento sobre el Uso Compartido de Infraestructura para el Soporte de Redes Públicas de Telecomunicaciones establece el procedimiento de intervención para resolver las disputas entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y los propietarios de infraestructura y que debe tenerse en consideración que, conforme la información aportada por Claro, la cual se encuentra disponible en la página web de SUTEL, respecto al despliegue de su red móvil, únicamente durante el primer año de operaciones en Costa Rica, esta empresa desplegó un total de 545 radiobases, lo que equivale al 24% del total de sus radiobases con corte al primer semestre del 2024. Asimismo indica que durante los tres primeros años de operación (2011, 2012 y 2013), Claro desplegó más de la mitad de sus radiobases, para un total de 1165. Por ende considera que en función de lo anterior, los plazos establecidos por la Sutel en el pliego de condiciones parten de la capacidad de despliegue de infraestructura por parte de los operadores móviles que han demostrado a lo largo de los años, por lo que, indirectamente contemplan posibles retrasos asociados con el acceso a la postería. Además, considera que la objetante omite acompañar sus alegatos de la prueba idónea, ejercicios numéricos y criterio técnico, para desvirtuar las cláusulas 77.4.1.5.2.3, 77.4.1.5.3.2 y 77.4.1.5.4.2, relacionado con los incumplimientos y la cláusula penal, siendo deber de quien presenta la objeción de fundamentar el recurso, según que establece el artículo 88 de la LGCP y el artículo 246 del Reglamento. Considera este órgano contralor que nuevamente la recurrente no ha presentado prueba técnica que demuestre que la cláusula, o en este caso específico, la multa sea irracional y/o desproporcionada. Ahora bien, a pesar de lo anterior, considera también este órgano contralor que si bien la Administración indica que la cláusula incluye situaciones como las planteadas por la recurrente, lo cierto es que de la lectura de la misma, no puede concluirse que la misma sea tan clara como la Administración considera. Es decir, la cláusula cartelaria no regula expresamente que ante situaciones ajenas a la recurrente, como el retraso en la

obtención de permisos municipales por ejemplo, se conceda una prórroga. Si bien la cláusula en cuestión indica que podrá otorgarse una prórroga, lo cierto es que expresamente no indica que existen situaciones particulares ajenas al concesionario que justifiquen la prórroga en cuestión. Por ende, considera este órgano contralor que la Administración deberá modificar la cláusula para que expresamente se indique que podrá otorgarse una prórroga, ante situaciones que sean ajenas al concesionario y debidamente justificadas. Comprende este órgano contralor que resulta poco acorde con la realidad y la práctica, definir una lista taxativa de este tipo de situaciones, no obstante, sí se considera que se debe regularse la posibilidad de justificar mediante la documentación correspondiente, que existen situaciones particulares ajenas al concesionario, que justificarán la prórroga explicada en la cláusula. Por ende, se declara **parcialmente con lugar** el punto debiendo la Administración realizar los ajustes necesarios y darles la publicidad pertinente.

B) SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD. 1. Sobre la cláusula 14 y 2.1.23. Concentración del espectro. Criterio de División. Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula, entre otras cosas, lo siguiente: *“14. CONTROL DE CONCENTRACIÓN DE ESPECTRO 14.1. En atención al lineamiento técnico emitido por el Poder Ejecutivo en el oficio número MICITT-DM-OF-416-2023, específicamente el inciso g) “Acciones para mitigar la eventual concentración de espectro radioeléctrico”, no podrá participar en el presente procedimiento de Licitación Mayor por Etapas como Oferente, ya sea en forma directa, indirecta o por medio de Consorcio, ningún Operador o Sociedad de su mismo Grupo Económico, que supere el Control de Espectro según los cálculos descritos en la cláusula 14.9 (...) 14.2. Ningún Oferente que busque constituirse Oferente Declarado Elegible para la Fase 2, podrá contar con asignaciones de espectro IMT vigentes en Costa Rica (...) 14.11. Si un Operador supera el valor del Control de Concentración de Espectro para alguna banda de frecuencias según la cláusula 14.9, y desea participar en el presente proceso como un Oferente, deberá presentar el comprobante que demuestre que ha solicitado ante el Poder Ejecutivo, a través del Viceministerio de Telecomunicaciones del MICITT, la renuncia irrevocable de la cantidad FD de espectro asignado para la prestación de servicios disponibles al público a través de sistemas IMT en algún rango de frecuencias dentro del tipo de banda respectivo, con el fin de cumplir con el valor Control de Concentración de Espectro establecido para los tipos de banda en que se encuentre excedido (...) 2.1.23. Control de*

Concentración de Espectro: Corresponde a una medida que se orienta a mitigar la concentración y la asimetría en la asignación del espectro IMT, considerando el espectro IMT actualmente otorgado y disponible para eventual asignación en el presente procedimiento, según el tipo de banda de frecuencias. Debe cumplirse como un requisito de admisibilidad para participar como Oferente y para la adjudicación de Bloques Específicos resultado de la Subasta.” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que en el ordenamiento jurídico no existe una figura de concentración del espectro como requisito de admisibilidad tal y como se regula en el pliego de condiciones desde los puntos 14.1 a 14.11. Por el contrario, estima que esta es acorde con el principio de legalidad por ser una de las varias causales a valorar por el Poder Ejecutivo para determinar si procede o no una reasignación de frecuencias, para lo cual hace referencia al numeral 21 inciso e) de la Ley General de Telecomunicaciones. Por ende, solicita que la cláusula 14 sea eliminada en su totalidad del pliego y por conexidad la definición establecida en el apartado 2.1.23 de la cláusula 2. La Administración responde que la Dirección General de Competencia mediante el oficio número 05315- SUTEL-OTC-2023, considera importante establecer "*topes de espectro*" en los procesos de licitación para evitar que un solo operador acumule demasiado espectro, lo que podría afectar la competencia en el mercado. Menciona que el operador estatal de Costa Rica, Grupo ICE, posee más espectro del promedio mundial, lo que genera una asimetría en el mercado y puede crear barreras para otros operadores. Estima que lo anterior podría resultar en mayores costos y una competencia debilitada. Por ello, sugiere implementar límites en la asignación de espectro para asegurar una distribución más equitativa y proteger la competencia efectiva, alineándose con la legislación vigente y los objetivos de política pública. Una vez expuesto lo anterior, y considerando que la Administración sustenta las disposiciones del pliego de condiciones cuestionadas mediante el oficio No. 05315- SUTEL-OTC-2023, cuyo objetivo persigue el fortalecimiento de la competencia para evitar mayores costos para los usuarios, con observancia de los principios que informan la contratación pública, este órgano contralor estima necesario que la licitante incorpore dentro del clausulado una referencia expresa del citado oficio como justificación a los límites en la asignación de espectro. En consecuencia, este extremo se declara **parcialmente con lugar** para que la Administración realice las modificaciones que correspondan. **2. Sobre la cláusula 14.3, 14.6 al 14.11. Consulta Pública de la Fórmula para el control de concentración. Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula, entre otras cosas, lo siguiente: “14.3. *La aplicación del Control de*

*Concentración de Espectro es por tipo de banda de frecuencia como requisito de admisibilidad para la Fase 1 del proceso concursal, así como para la adjudicación de espectro tanto de la Fase 1 como de la Fase 2, una vez finalizada la Subasta (...) 14.7. Para el cálculo del Control de Concentración de Espectro en bandas medias desde 1 GHz hasta 6 GHz, se utiliza la siguiente fórmula: Control de espectro BM: $(EABM + EDBM) \times 0.35$ (...) 14.8. Para el cálculo del Control de Concentración de Espectro en bandas milimétricas por encima de 24 GHz, se utiliza la siguiente fórmula: Control de espectro BmmW: $(EABmmW + EDBmWW) \times 0.35$ (...) 14.9. Al aplicar las fórmulas descritas en los puntos 14.6, 14.7 y 14.8, de seguido se muestran los valores del Control de Concentración de Espectro, los cuales no pueden ser superados por ningún interesado en participar como Oferente en el presente proceso de licitación ni por ningún Oferente Declarado Elegible una vez finalizada la Subasta: (...)” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que la fórmula para el control de concentración no fue sometida a consulta pública a los operadores de telecomunicaciones, por lo que estima, constituye en una violación del artículo 9 de la Constitución Política, Ley General de la Administración Pública, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y buenas prácticas y recomendaciones de la OCDE. Señala que el vicio genera indefensión y significa la nulidad absoluta de los apartados 14.3, 14.6 al 14.11. La Administración responde que no resulta aplicable el proceso de consulta pública sobre la determinación de las normas específicas de la contratación, siempre que exista el análisis técnico que sustente la definición de la fórmula. Explica que no se causa indefensión, pues los interesados en participar tienen oportunidad de impugnar mediante el recurso de objeción, como es el presente caso. Visto lo anterior, este órgano contralor estima que si bien el recurrente invoca diversa normativa para respaldar su alegato, lo cierto es que, dentro de su exposición no llega explicar de qué manera el artículo 9 de la Constitución Política y demás leyes a las que refiere se logran vincular con la omisión que según estima, comete la licitante para el clausulado recurrido. Por ende, este extremo se **rechaza de plano** por falta de fundamentación conforme el artículo 246 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública.*

3. Sobre la cláusula 14. Ausencia de sustento técnico de la Fórmula para el control de concentración. Criterio de División. El recurrente indica que la fórmula para el cálculo del control de concentración no tiene ningún tipo de sustento ni técnico, ni metodológico, para lo cual hace mención de la variable de “0.35”. Para las variables “EABB” “EABM” y “EABmmW” estima que lo razonable es que se interpreten como espectro concesionado para IMT y no solo atribuido para IMT. Hace referencia al Informe Técnico 9203-210-2024. Indica que si bien se

procura justificar la fórmula en el lineamiento No. MICITT-DM-OF-416-2023 del Poder Ejecutivo, lo que realiza la licitante no es coherente con ese lineamiento ya que estima ausencia de parámetros objetivos y no discriminatorios. Indica que ante el faltante de información técnica de la fórmula se causa indefensión en los operadores. La Administración responde que el informe número 05315-SUTEL-OTC-2023, emitido por la DGCO y disponible en el sitio web de la SUTEL, justifica técnicamente el establecimiento de un control de concentración de espectro en un procedimiento concursal. Estima que el informe analiza los lineamientos de política pública para definir el control de concentración de espectro radioeléctrico y evalúa distintos mecanismos, como el tope de espectro y varios índices de concentración (C-k, HHI, índice de dominancia, y de Stenbacka). Finalmente, selecciona la razón de la concentración de k-empresas (C-k) como el criterio más adecuado. Expone que el informe compara metodologías internacionales y subraya que el establecimiento de topes de espectro es una medida común para prevenir la concentración excesiva, especialmente en subastas de espectro para servicios móviles y 5G. Menciona que se establece un tope del 35% para el líder del mercado, alineado con recomendaciones internacionales y límites de competencia, como los establecidos por la Comisión Europea y el Reglamento Ejecutivo a la Ley N°9736. Por ende, considera que esta medida es razonable y adecuada, basada en un análisis riguroso y comparativo, siguiendo reglas científicas y técnicas. De conformidad con lo antes citado, al consistir el argumento sobre el cuestionamiento en torno a la concentración de espectro, se remite a lo resuelto por esta Contraloría General en el primer punto del presente recurso. Por ende, este extremo se declara **parcialmente con lugar**, de manera que la Administración deberá incorporar dentro del clausulado del presente pliego la referencia al oficio No. 05315-SUTEL-OTC-2023 y realizar la publicidad respectiva de conformidad con el ordenamiento jurídico. **4. Sobre los puntos 14.4 y 14.5. Sumatoria del espectro IMT. Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “14.4. *En caso de que un Oferente presente su Oferta de conformidad con lo indicado en la cláusula 12 del Pliego de Condiciones, se considerará la sumatoria del espectro IMT asignado en Costa Rica a todos los participantes en el Consorcio para el cumplimiento del valor del Control de Concentración de Espectro.* 14.5. *En caso de que un Oferente pertenezca a un Grupo Económico se tendrá en cuenta la sumatoria del espectro IMT asignado en Costa Rica de los participantes de dicho Grupo para el cumplimiento del valor del Control de Concentración de Espectro.*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que dado que la concentración del espectro concesionado es personalísimo

según ya lo ha indicado la Procuraduría General de la República en el Dictamen PGR-C-177-2023 del dieciocho de septiembre de dos mil veintitrés son improcedentes los puntos objetados. Por lo anterior, estima que para controlar la concentración del espectro no se debe sumar el espectro radioeléctrico asignado a diferentes operadores, incluso si forman parte de un mismo consorcio o grupo económico. En consecuencia, estima que se está actuando contrario al ordenamiento jurídico. La Administración responde que como el beneficio de uno de los miembros del grupo de interés económico implica un impacto positivo para los demás miembros, resulta razonable que el espectro asignado a los miembros de ese grupo sea sumado al momento de realizar el cálculo de concentración de espectro. Estima que el objetivo del establecimiento de topes de espectro es prevenir que, un único operador o grupo de ellos, adquiriera los derechos de uso y explotación sobre una determinada banda o grupo de bandas de manera que afecte la competencia del mercado a largo plazo. Por tanto, los topes de espectro buscan evitar que se consolide una posición dominante en el mercado, a partir de la tenencia excesiva de espectro radioeléctrico. Esto porque el hecho de que un operador tenga más espectro del necesario, técnicamente para su operación, puede ser empleado como un mecanismo para explotar una posición de dominio o bien, para afectar de manera anticompetitiva el mercado, perjudicando en última instancia, a los usuarios de los servicios. Una vez expuestas las razones de las partes, y si bien este órgano contralor entiende que uno de los objetivos que busca la Administración es promover la competencia evitando la concentración de espectro, al mismo tiempo considera que la licitante deberá razonar y justificar de conformidad con el ordenamiento jurídico y según dictamen de la Procuraduría General de la República citado por el recurrente, si las cláusulas bajo examen que regulan a los grupos de interés económico es conforme a derecho y al uso eficiente del espectro radioeléctrico o en su defecto, deberá realizar los ajustes que estime pertinentes, pues con su respuesta solo hace referencia al mencionado dictamen sin que concluya si a pesar de lo que ahí se indica, resulta pertinente la regulación de los grupos de interés económico. Por consiguiente, este extremo se declara **parcialmente con lugar**.

5. Sobre el anexo 1. Asignación de 336 MHz. Criterio de División. Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “*Tabla 8. Asignaciones actuales del espectro IMT (...)* *Tabla 9. Cálculo del valor de control de concentración de espectro/Total de espectro por tipo de banda (MHz)/ 960/ Tope de espectro por tipo de banda (MHz)/ 336*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que según el anexo 1 el ancho de banda suma un total de 960 MHz entre el asignado y el disponible

a subastar. Señala que según ese dato y aplicando la fórmula de la cláusula 14.7 ningún operador en la banda media debería tener más de 336 MHz asignados, y que en consecuencia el ICE no podría participar por espectro en la banda media dado que tiene asignados 370 Mhz. Sin embargo, explica que hay segmentos de espectro que no deben ser considerados como utilizables para el cálculo de concentración del espectro. Explica que según las resoluciones 007-2023-R-TEL-MICITT y 008-2023-R-TEL-MICITT el ICE quedó imposibilitado para utilizar 70Mhz en la banda media. Afirma que si bien tiene asignados 20 Mhz en la banda 2100MHz (2x10) no los puede utilizar por estar interferidos hecho según afirma ya ha sido denunciado ante el MICITT y SUTEL. En consecuencia, estima que hay 90 MHz que no deben ser considerados como parte de la concentración de espectro, y por ende modificada para que indique que el ICE tiene asignados 280 Mhz. La Administración responde que según información publicada en medios nacionales, tiene conocimiento de la existencia de la resolución número 007- 23-R-TEL-MICITT, en la cual, en apariencia, se resuelve el procedimiento administrativo en contra del ICE por el supuesto no uso del espectro en la banda de 2600 MHz. Sin embargo, indica que no ha sido notificada por parte del Poder Ejecutivo de dicha resolución, ni conoce sobre su posible firmeza, por lo que, no ha sido incorporada en el Registro Nacional de Telecomunicaciones. De igual manera, explica que en la banda de 2100 MHz, dicha gestión no ha culminado en modificación alguna a los títulos habilitantes otorgados a dicho Instituto, razón por la cual, la contabilización del espectro asignado es la asociada a los títulos habilitantes vigentes. En este sentido, señala que el anexo 1 del pliego de condiciones, es preciso al tomar en cuenta la cantidad de espectro concesionado para IMT al basarse en actos que, a la fecha de la publicación del pliego de condiciones, se encuentran en firme. Destaca que la cláusula 14.11 del pliego de condiciones, es expresa en la posibilidad que tienen los concesionarios de realizar una devolución de espectro con el fin de cumplir con el valor del control de concentración del espectro radioeléctrico, razón por la cual, no existe limitación alguna para que el ICE pueda hacer las valoraciones correspondientes y eventualmente decida proceder con la renuncia de algún segmento de espectro para optar por las bandas de espectro disponibles en el procedimiento concursal de referencia. Ahora bien, tomando en consideración que la recurrente cuestiona la fórmula empleada en la cláusula 14.7 donde utiliza información visible en las tablas 8 y 9 del pliego de condiciones, en concordancia con lo resuelto por este órgano contralor en relación con la cláusula 14 según el primer punto de este recurso, este extremo se declara **parcialmente con lugar** para que la licitante incorpore dentro del clausulado correspondiente el

oficio 05315- SUTEL-OTC-2023, de manera que quede justificada la fórmula que se cuestiona en el presente punto. **6. Sobre la cláusula 46. Precio base y unidades de infraestructura base 1. Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “ 46.1. *El Precio Base y la cantidad mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar en la Fase 1 por cada Bloque Genérico, corresponden a seguridades calificadas, de conformidad con la resolución del Consejo de la Sutel RCS-104-2024 del 8 de julio de 2024, las cuales se revelarán según lo dispuesto en la cláusula 37.4.*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que el pliego no establece cuántas radiobases son necesarias como mínimo por bloque genérico, ni se sabe cuánto cuesta cada bloque. Añade que el proceso de diseño de la oferta requiere múltiples acciones como la disponibilidad del espacio físico, acceso en fibra a la radio base, permisos municipales y de SETENA, estudios medioambientales etc previo a poder brindar una oferta confiable, por lo que la falta de información no permite vislumbrar en la oferta la magnitud de este trabajo. Estima que la información no es calificada y confidencial contrario a las valoraciones económicas del espectro, tal y como SUTEL lo pone de manifiesto en la resolución RS-104-2024 (05913-SUTEL-SCS-2024). Por ende, considera que es necesario para elaborar una oferta adecuada al interés público, contar con la cantidad mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar en la Fase 1 por cada Bloque Genérico. La Administración responde que como se indica en la resolución RCS-104-2024 son seguridades calificadas la “*valoración del espectro y cualquier dato a partir del cual se pueda realizar una aproximación a dicho valor*”. Siendo que la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso corresponde a una proporción del valor del espectro, por ende permite realizar estimaciones para calcular dicho valor. De tal manera, ciertamente el ordenamiento jurídico estima que es viable contemplar las seguridades calificadas dentro de un concurso cuando las entidades públicas deciden no revelar información desde el inicio, siempre que se disponga de la respectiva motivación. Ahora bien, observando que para esta licitación la Administración ha justificado lo anterior según la resolución RS-104-2024 referida tanto en el pliego como visible en el expediente del concurso, para este órgano contralor no han quedado acreditadas las razones de objeción según lo expone el recurrente, pues es un hecho que la regulación se encuentra motivada. Asimismo, esta Contraloría General estima que el recurrente no ha llegado a demostrar de qué manera no disponer de cierta información con anticipación como lo son el precio base y la cantidad de unidades de infraestructuras, sea una condición atípica para este tipo de procedimientos, y en consecuencia contrario a las formas que el postor

deba asumir en riesgos asociados con el sobrepago, o riesgos financieros, legales, regulatorios, entre otros. Por ende, este extremo se declara **sin lugar**. **7. Sobre la cláusula 47.1.2.3. Posturas válidas en puja de fase 1. Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “47.1.2. *Seleccionar la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar: el Oferente Declarado Elegible podrá presentar su Postura por uno o varios Bloques Genéricos en una o varias bandas de frecuencias a través del SES seleccionando en números enteros la cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso que se compromete a desplegar en caso de obtener ese recurso. La Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar deberá cumplir con las siguientes condiciones: 47.1.2.1. Para la primera ronda de puja, para cada Bloque Genérico en cada banda de frecuencias, deberá ser igual a la cantidad mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar requerida según la cláusula 46 del Pliego de Condiciones. 47.1.2.2. En las rondas de puja subsiguientes, para cada Bloque Genérico en cada banda de frecuencias, deberá ser igual a la Cantidad Mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar definida para la ronda actual. 47.1.2.3. Sin perjuicio de lo anterior, el Oferente Declarado Elegible podrá presentar Postura(s) de Salida(s) por uno o varios Bloques Genéricos, cuyo valor debe igual o mayor a su Postura Válida más alta de la ronda anterior, y menor a la Cantidad Mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar requerida para la ronda actual.*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que la redacción del punto 47.1.2.3 presenta una contradicción pues no se comprende cómo es que una postura de salida debe ser igual o superior a la postura válida más alta y a la vez menor a la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso. La Administración responde que, una vez que se capacite a los oferentes declarados elegibles en el uso del Sistema Electrónico de Subasta, se podrá comprender mejor la aplicación de las disposiciones del pliego de condiciones. Además, señala que la interpretación del ICE es incorrecta, ya que no toma en cuenta adecuadamente las referencias a la “ronda anterior” y “ronda actual” y el incremento del 5% en la cantidad mínima de unidades de infraestructura a desplegar entre rondas. Para ilustrar su argumento, presenta un ejemplo de dos rondas de puja que demuestra el error en la interpretación del ICE. Al respecto, es oportuno señalar que el artículo 88 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública dispone que el pliego de condiciones “*Deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar*” por lo que no es aceptado por este órgano contralor que la licitante

pretenda considerar para un momento posterior y para una mejor comprensión, una explicación más detallada del significado del clausulado impugnado. Por otra parte, en la frase “*debe igual o mayor a su Postura Válida más alta de la ronda anterior*” parece existir un error gramatical que tiene que ser revisado por la licitante pues el texto omite el verbo “ser”, y por último, en el punto 47.1.2.3 en efecto parece existir una contradicción con el resto de puntos que conforman la cláusula 47.1.2. Es decir, según la lectura de los puntos 47.1.2.1 y 47.1.2.2 la cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso debe ser al menos igual a la cantidad mínima requerida, sin embargo, para el punto recurrido indicar que la postura de salida puede ser menor que la Cantidad Mínima de Unidades de la ronda actual podría generar confusión, ya que en apariencia, permite una excepción que no es clara en el contexto general. De esta manera, permitir una cantidad menor a lo exigido para esa ronda puede generar confusión sobre si es una excepción válida o no. En consecuencia, este extremo se declara **parcialmente con lugar**, de manera que, vista la explicación que expone la licitante en su respuesta de audiencia especial y lo destacado por este órgano contralor, le corresponde realizar las modificaciones que estime convenientes con el fin de cumplir con lo que dispone la normativa antes citada. **8. Sobre la cláusula 46.3 y 49.3. Disponibilidad de información en Fase 1. Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “46.3. *En caso de que proceda la realización de más de una ronda de puja de la Fase 1, el incremento corresponderá al 5% aplicando redondeo hacia el número entero superior a partir del valor de la(s) Postura(s) Válida(s) más alta(s) presentada(s) en la ronda anterior por Bloque Genérico en cada banda de frecuencias en términos de la Cantidad mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar (...)* 49.3. *La Comisión de Licitación no divulgará información sobre las Posturas Válidas presentadas por los demás Oferentes Declarados Elegibles, hasta que se cumpla la condición de cierre descrita en la cláusula 52 del Pliego de Condiciones.*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que contrario a lo que indicaba el borrador del pliego de condiciones, ahora los demás participantes no se les permite ver con cada ronda de puja lo que ofertaron los demás, por lo que se desconocería si es necesario pujar por más Unidades de Infraestructura de acceso, por ende, cuestiona la aplicación de la cláusula 46.3 al no poderse estimar el 5% de incremento conforme con el valor de la postura válida más alta. Por ende, requiere la modificación al pliego de condiciones con reglas más claras que propicien una mayor participación. La Administración responde que la objeción del ICE no tiene en cuenta el desarrollo de la subasta en el software especializado con que cuenta la Sutel, para lo cual, el

pliego de condiciones considera llevar a cabo un entrenamiento a los oferentes declarados elegibles, como se indicó anteriormente. Afirma que es falso lo señalado por el ICE en cuanto a que el borrador del pliego de condiciones sometido a consulta pública permitía la visualización de la información entre las rondas sobre las posturas de los competidores, puesto que la cláusula 55.3 de dicho documento indicaba: *“55.3. La Comisión de Licitación no divulgará información sobre las Posturas Válidas presentadas por los demás Oferentes Declarados Elegibles, hasta que se cumpla la condición de cierre...”* Señala que la redacción del borrador del pliego de condiciones no obliga ni limita a la Administración a que el pliego definitivo cuente con el mismo planteamiento original, por cuanto el recurso de objeción establecido en la legislación aplica contra el cartel definitivo. Explica que el software mostrará al inicio de cada ronda, la cantidad mínima de unidades de infraestructura por desplegar, la cual podrá ser aceptada por los oferentes declarados elegibles como una puja del procedimiento o en su defecto, podrán establecer una postura de salida. Así las cosas, estima que el pliego de condiciones cuenta con reglas claras para la participación de los oferentes declarados elegibles en igualdad de condiciones, de conformidad con la normativa vigente en la materia. Una vez expuestos los argumentos por las partes, este órgano contralor observa que el extremo bajo análisis guarda relación con lo desarrollado en el punto 7 de este recurso, en consecuencia, en lo que le resulte de aplicación se remite a lo resuelto en el citado extremo. En consecuencia, este extremo se declara **sin lugar**.

9. Sobre la cláusula 50.1. Identificación de posturas ganadoras en fase 1. Criterio de División. Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: *“50.1. Para todos los casos, durante el proceso de identificación de Posturas Ganadoras se considerará el valor de Control de Concentración de Espectro, lo que implicaría que se descarten las Posturas Válidas de menor valor de un Oferente Declarado Elegible que exceda el tope establecido en una banda de frecuencias.”* (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que el término *“... de menor valor...”* está mal aplicado ya que se puja por cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso y entre más de ellas se ofrezcan, mejor es la oferta. Y lo que determina si se considera válida o no la postura es si se excede en la concentración del espectro que el oferente tiene con dicha postura. Solicita que sea eliminado el término *“... de menor valor...”*. La Administración responde que no lleva razón el ICE al realizar una interpretación errónea de las reglas que están establecidas en el pliego de condiciones para la participación de los oferentes declarados elegibles en la subasta, para las cuales como se ha indicado, se brindará una capacitación sobre el uso del software de

manera oportuna. Mediante un ejemplo sobre la aplicación de la regla cita que se descartan las posturas válidas de menor valor por superar el control de concentración de espectro de cada oferente. Añade que, el software aplica esta regla de manera automática, es decir, la validación de las posturas presentadas respecto al control de concentración de espectro para cada oferente declarado elegible. Al respecto, es oportuno señalar que el artículo 88 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública dispone que el pliego de condiciones “*Deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar*” por lo que no es aceptado por este órgano contralor que la licitante pretenda considerar para un momento posterior y para una mejor comprensión, una explicación más detallada del significado del clausulado impugnado. En consecuencia, este extremo se declara **parcialmente con lugar**, de manera que, vista la explicación que expone la licitante en su respuesta de audiencia especial, le corresponde realizar las modificaciones que estime convenientes con el fin de cumplir con lo que dispone la normativa antes citada. **10. Sobre la cláusula 50.2. Seguridades Calificadas Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “*50.2. Exclusivamente para el espectro disponible en las bandas de 26 GHz y 28 GHz, las Posturas Válidas mediante la aceptación del Precio Base y de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar, serán ordenadas según el registro de presentación de dichas Posturas Válidas en el SES, en términos de horas, minutos, segundos y milisegundos, a partir del inicio de la subasta, con el fin de identificar como Posturas Ganadoras a las presentadas en el menor tiempo, según la cantidad de Bloques Genéricos disponibles.*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que para este extremo reitera lo explicado sobre el problema de la cláusula 46 en lo que respecta a seguridades calificadas. Por ende, solicita que se incluya en el pliego de condiciones las zonas de cobertura y Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar. La Administración responde que según las cláusulas 37.4, 37.5 y 37.6, las seguridades calificadas se divulgarán a los oferentes declarados elegibles de manera previa a la etapa de selección definitiva, para su análisis y confirmación de participación en la subasta. Asimismo, sobre las zonas de cobertura para las bandas de 26 GHz y 28 GHz, estima que la interpretación del ICE es errónea, puesto que conforme la cláusula 77.4.1.5.5 del pliego de condiciones, no existen requerimientos específicos de cobertura para las citadas bandas de frecuencias, por lo que las unidades de infraestructura de acceso adjudicadas podrán ser desplegadas por el concesionario en las zonas que considere según su estrategia comercial,

siempre que cumplan con la calidad mínima del servicio establecida en el pliego de condiciones. Así las cosas, estima que el pliego de condiciones cuenta con reglas claras para la participación. Una vez expuestos los argumentos expuestos por las partes, este órgano contralor observa que el extremo bajo análisis es idéntico a lo desarrollado en el punto 6 de este recurso, por ende, en lo que le resulte de aplicación se remite a lo resuelto en el citado extremo. En consecuencia, este extremo se declara **sin lugar**.

11. Sobre la cláusula 46.3 y 55.4. Levantamiento del acta de la Fase 1. Criterio de División. Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “46.3. *En caso de que proceda la realización de más de una ronda de puja de la Fase 1, el incremento corresponderá al 5% aplicando redondeo hacia el número entero superior a partir del valor de la(s) Postura(s) Válida(s) más alta(s) presentada(s) en la ronda anterior por Bloque Genérico en cada banda de frecuencias en términos de la Cantidad mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar (...) 55.4. El acta será remitida a los Oferentes Declarados Elegibles los cuales contarán con un plazo de dos (2) Días Hábiles para brindar observaciones. Posteriormente, la SUTEL remitirá el Acta final de la Fase 1 para las firmas respectivas, para lo cual cada Oferente Declarado Elegible contará con un plazo máximo de un (1) Día Hábil ” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que con las reglas del presente pliego no se puede conocer qué ofertaron los demás participantes, algo de relevancia para pujar por más Unidades de Infraestructura de Acceso, y en consecuencia, no se podrá aplicar la cláusula 46.3 respecto al incremento del 5%. La Administración responde que de conformidad con el diseño del procedimiento de subasta, cada oferente declarado elegible tendrá completa claridad sobre si, la puja para una banda de frecuencias continuará en una próxima ronda o si se cumplió la condición de cierre y sus posturas válidas resultaron en posturas ganadoras. Indica que un oferente declarado elegible, no debe conocer información sobre las posturas de los demás participantes durante las rondas de puja con el fin de evitar prácticas colusorias, lo cual según afirma, no limita la posibilidad de que el oferente siga participando en el procedimiento y reciba toda la información necesaria para realizar sus propios análisis. Asimismo, se reitera que es falso lo indicado por el ICE respecto al borrador del pliego de condiciones, como se aclaró en la respuesta en el punto 4.4 del presente documento. Adicionalmente, considera que los oferentes declarados elegibles tendrán la información correspondiente a la cantidad mínima de unidades de infraestructura para cada bloque en cada banda de frecuencias en cada ronda, lo cual considerará el incremento del 5% entre rondas. Una vez expuestos los argumentos expuestos por las partes, este órgano contralor observa que*

el extremo bajo análisis es idéntico a lo desarrollado en el punto 6 de este recurso, en consecuencia, en lo que le resulte de aplicación se remite a lo resuelto en el citado extremo. En consecuencia, este extremo se declara **sin lugar**. **12. Sobre la cláusula 65.1. Posturas válidas de menor valor. Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “65.1. *Para todos los casos, durante el proceso de identificación de Posturas Ganadoras se considerará el valor de Control de Concentración de Espectro, aplicado a nivel cantonal, lo que implicaría que se descarten las Posturas Válidas de menor valor de un Oferente Declarado Elegible que exceda el tope establecido en una banda de frecuencias.*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que el término “... de menor valor...” está mal aplicado ya que se puja por cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso y entre más de ellas se ofrezcan, mejor es la oferta. Y lo que determina si se considera válida o no la postura es si se excede en la concentración del espectro que el oferente tiene con dicha postura. Solicita que sea eliminado el término “... de menor valor...”. La Administración responde que lo anterior ya fue explicado previamente, dado que la aplicación del control de concentración de espectro para la identificación de posturas ganadoras opera de la misma forma tanto para la fase 1 como para la fase 2 de la subasta. Una vez verificado lo anterior, y tomando en consideración que la licitante al contestar este extremo, entre otras cosas, remite a la respuesta brindada para la cláusula 50.1, este órgano contralor estima que el punto bajo análisis es idéntico a lo desarrollado en el 9 de este recurso. Por ende, en lo que resulte de aplicación, se remite a lo resuelto por este órgano contralor en el citado punto. Por ende, este extremo se declara **parcialmente con lugar** por lo que la Administración deberá realizar los ajustes que estime pertinente para que el pliego de condiciones constituya “*un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar*”. **13. Sobre la cláusula 77.4.1.5.2.1. Coberturas. Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “77.4.1.5.2.1. *Deberá desplegar la totalidad de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicada en la Fase 1 Subasta para despliegue Nacional en las áreas de atención contenidas en el archivo en formato .tab denominado “Áreas de atención banda 700 MHz”, incluido como ANEXO 5.1 – ÁREAS DE ATENCIÓN MEDIANTE BANDA 700 MHz y de resultar aplicable en los distritos del ANEXO 5.2 – DISTRITOS ADICIONALES PARA DESPLIEGUE EN LA BANDA 700 MHz (“desborde”) del Pliego de Condiciones, asegurando que la infraestructura desplegada en dichas áreas o distritos esté en la capacidad de atender solicitudes de servicios móviles y fijos inalámbricos.*” (ver folios

34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que para la fase 1 de la subasta la banda de 700 MHz algunas áreas de cobertura son obligatorias como los sitios indicados en el anexo 5.1 pero otros opcionales según el anexo 5.2 al indicar “*de resultar aplicable*”, lo que podría dejar zonas sin servicio. Estima que lo anterior resultaría en un uso ineficiente del espectro y desigualdad en la cobertura. Solicita modificar el Anexo 5.2. para que se defina claramente que las zonas ahí incluidas son o no obligatorias, y se elimine la frase “*de resultar aplicable*” para que no quede a criterio del adjudicatario. La Administración responde que queda claro que la redacción de la cláusula no “*deja a la libre*” el despliegue de infraestructura en los distritos detallados en el anexo 5.2. No obstante, propone mejorar la redacción de la citada cláusula. De tal manera, considerando que la Administración indica que mejorará la redacción de la presente cláusula, este extremo se declara **parcialmente con lugar** para que la Administración proceda con las modificaciones pertinentes conforme su respuesta de audiencia especial. **14. Sobre la cláusula 77.4.1.5.2.3. Porcentaje de sanción. Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “77.4.1.5.2.3. *En caso de incumplimiento del cronograma descrito en la cláusula anterior, por causas imputables únicamente al Concesionario, resultará aplicable lo siguiente: i. Cuando se presente un incumplimiento igual o menor al 5% en términos de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar para un periodo determinado, previa justificación del Concesionario, la SUTEL podrá valorar a solicitud de otorgamiento de una única prórroga de tres (3) meses calendario para completar la obligación detallada, sin perjuicio de que el Concesionario deba continuar con la instalación del porcentaje definido para los siguientes periodos. En caso de que, superado el periodo de prórroga, el Concesionario mantenga el incumplimiento, se aplicará una cláusula penal con base en la siguiente fórmula: Cláusula penal por periodo = MA × % Incumplimiento Donde: MA: Monto Adjudicado al Concesionario para esta banda de frecuencias.% Incumplimiento: Porcentaje de Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso no instaladas respecto a la totalidad de ese periodo (inferior al 5%). Dicha cláusula penal deberá ser cancelada en un plazo máximo de diez (10) días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la LGCP y será acreditado a la cuenta bancaria a favor de FONATEL, según la cláusula 76 de este Pliego de Condiciones.*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que no se encuentra dentro de los documentos del pliego de condiciones la metodología utilizada para definir el 5% de sanción como porcentaje ante los incumplimientos. Estima que la cláusula resulta arbitraria pues no posee justificación ni tampoco

presenta eximentes de responsabilidad. La Administración responde que la disposición del 5% en la citada cláusula no es arbitraria, siendo que se deriva del artículo 46 de la LGCP. Añade que para establecer el valor del 5%, se tomó en consideración que en la resolución RCS-152-2017 correspondiente a los “*Umbrales de cumplimiento para los indicadores establecidos en el reglamento de prestación y calidad de servicios (RPCS)*”, para el cumplimiento de varios umbrales, se aplica un margen de tolerancia del 5% de los casos, con el fin de brindar flexibilidad ante situaciones no previsibles, lo cual es de conocimiento del ICE. Asimismo, estima que el objetante omite acompañar sus alegatos de la prueba idónea, ejercicios numéricos y criterio técnico, para desvirtuar lo dispuesto en la cláusula. Vistos los argumentos de las partes, este órgano contralor estima que resulta necesario que la Administración no solo incorpore la citada resolución No. RCS-152-2017 tanto en el expediente como en el clausulado respectivo, sino que además, resulta imperativo que presente la metodología empleada que justifica el valor del 5% como porcentaje de incumplimiento. Por tales motivos, este extremo se declara **parcialmente con lugar**.

15. Sobre 77.4.1.5.2.4. Velocidades. Criterio de División.

Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “77.4.1.5.2.4. (...) *En el caso de que los bloques asignados sean distintos a 10 MHz (2 x 5 MHz), las velocidades mínimas exigidas se calcularán proporcionalmente para ajustarlas al ancho de banda asignado.*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que la velocidad de descarga y carga puede variar por condiciones de distancia, modulaciones, geografía, naturaleza, edificaciones, por lo que se deben especificar las condiciones para exigir las velocidades mínimas, considerando las degradaciones que pueda sufrir la propagación por las condiciones mencionadas, tal y como se demuestra mediante Informe Técnico 9203-210-2024 que adjunta como prueba. Solicita que se incluya en el pliego de condiciones los parámetros de variabilidad que puede tener la velocidad de carga y descarga en la red, en caso de que agentes del entorno que puedan degradar la señal, según los criterios establecidos en el documento técnico ETSI TS 122 261 V17.11.0 (2022-10) para la 3GPP 5G. La Administración responde que en las cláusulas 77.4.1.1 y 77.4.1.2 se especifica la metodología de medición que se aplicará para la fase de aceptación de la red, la cual es de conocimiento del ICE, para lo que refiere a las resoluciones RCS-019-2018 y RCS-333-2022. Afirma que en la sección 3.2.6 del informe número 06426-SUTEL-DGC-2024, de acceso público en el expediente disponible en el sitio web de la Sutel, se especifica el cálculo realizado para determinar las velocidades de transferencia de datos objetivo a ser cumplidas por los concesionarios. Expone que la estimación considera la

aplicación del cálculo teórico sobre la tasa de transmisión máxima aproximada (Mbps) para un número de portadoras soportadas por un terminal de usuario en una red 5G según el Release 15 (3GPP TS 38.306 v15.23.024). Menciona que utilizó valores favorables para el cálculo teórico aproximado de la tasa máxima de transmisión de datos, según el menor ancho de banda de la portadora por bloque genérico para cada banda de frecuencias. Es decir, que los valores propuestos permitirán a los eventuales concesionarios el desarrollo de sus redes a partir de una base de calidad, procurando la mejora continua de estos indicadores mediante la evaluación de los servicios brindados. Dado que los resultados del cálculo son teóricos, menciona que al momento de establecer la obligación de los eventuales concesionarios en el pliego de condiciones se estableció el 80% del valor teórico obtenido, precisamente para considerar todas las variables que afectan la provisión de estos servicios. De conformidad con lo expuesto por las partes, este órgano contralor estima imperativo como parte de la justificación de la licitante ante el cuestionamiento del recurrente para el tema impugnado, que las resoluciones No. RCS-019-2018 y la RCS-333-2022 no solo se encuentren referidas dentro del clausulado del pliego de condiciones sino que también estén para consulta en el expediente por parte de cualquier interesado, siendo que -entre otros- son los documentos que destaca al momento de referirse a la metodología de medición. Por ende, este extremo se declara **parcialmente con lugar** para que la licitante proceda según se indicó y realice las modificaciones pertinentes conforme el ordenamiento jurídico. **16. Sobre la cláusula 77.4.1.5.3.1 Parámetros de cobertura y plazos. Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: *“77.4.1.5.3.1. Deberá desplegar la totalidad de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicada en la Fase 1 Subasta para despliegue Nacional en los distritos del ANEXO 6 – INFORMACIÓN DE DISTRITOS CON PORCENTAJE DE COBERTURA MÓVIL INFERIOR AL 80% (zonas subconectadas), con base en el siguiente cronograma: (...)”* (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que no se incluye cuál es la cobertura por distrito o porcentajes y parámetros y criterio para medir el cumplimiento de la cobertura y definición de área a cubrir. Añade que esto es necesario para efectos de tener certeza técnica y seguridad jurídica a la hora de las mediciones posteriores por parte de la SUTEL respecto al cumplimiento de la cobertura requerida en cada uno de los distritos. Señala que en los distritos hay zonas con y sin población, por lo que siempre habrá un porcentaje de zonas en esos distritos que no será necesario ni eficiente cubrir al no haber población. Reitera la necesidad de disponer de información importante según lo que expuso

para la cláusula 46. Manifiesta que los plazos de instalación para la frecuencia de 3500 MHz son diferentes a los de la banda de 2300 MHz, aunque ambas cubren la misma zona. Explica que lo anterior hace que sea menos atractivo ofertar para la banda de 2300 MHz, lo que podría llevar a su desuso y a una asignación ineficiente del espectro. Señala una contradicción entre las cláusulas 77.4.1.5.3.1 y 77.4.1.6.3.1 respecto a los tiempos de implementación para la misma banda. Por ello, solicita unificar los plazos de estas cláusulas con los de la frecuencia de 3500 MHz establecidos en la cláusula 77.4.1.6.4.1. La Administración responde que la obligación de despliegue por distrito corresponde a la instalación de al menos una unidad de infraestructura de acceso en cada uno de los distritos señalados. Explica que las obligaciones no se definen por porcentaje de cobertura sino por cantidad de infraestructura instalada que cumpla con los umbrales de calidad en los distritos detallados para cada caso. Señala que la fórmula utilizada para el cálculo del cronograma de despliegue considera la cantidad de espectro disponible en cada banda y la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso por desplegar. Siendo que en la banda de 2300 MHz se dispone de menos cantidad de espectro a ser licitada, el cronograma de despliegue en esta banda implica menores plazos ya que la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso por desarrollar por bloque asignado será menor respecto a la banda de 3500 MHz. Asimismo, considera que los plazos establecidos por la Sutel en el pliego de condiciones parten de la capacidad anual de despliegue de infraestructura por parte de los operadores móviles actuales, por lo que se considera la capacidad real histórica de instalación. En este sentido, señala que cada banda de frecuencias tiene sus propias obligaciones a partir de sus condiciones particulares. Estima que no existe una contradicción entre las cláusulas 77.4.1.5.3.1 y 77.4.1.6.3.1, puesto que atienden diferentes posibles escenarios. La primera, establece las obligaciones para los concesionarios de la fase 1, mientras que la segunda, establece las obligaciones para los nuevos concesionarios de la fase 1. Esta diferencia de cronogramas corresponde a la atención del objetivo de política pública brindando un plazo más favorable para el despliegue de sus redes a nuevos operadores como un incentivo. Luego de vistos los alegatos de las partes, este órgano contralor estima que el recurrente no explica por qué requiere un valor determinado de cobertura, siendo que la Administración explica que las obligaciones no se definen por porcentaje de cobertura sino por cantidad de infraestructura instalada. Además, el objetante no acredita cuáles son esas zonas que según explica no hay población y que haría ineficiente los servicios desplegados, y qué efectos implicaría para la elaboración de su oferta. En consecuencia, al solicitar el recurrente

información en los términos expuestos para el punto 6 de este recurso, y según lo respectivamente resuelto, este extremo se declara **sin lugar**. Finalmente, en relación con la contradicción de plazos, este órgano contralor efectivamente observa poca claridad en los enunciados ya que ambos indican “*Exclusivamente para concesionarios del espectro disponible en las bandas de 2300 MHz*”, aunado a que la licitante con su respuesta brinda a modo de ampliación, una explicación más detallada de lo que pretende en cuanto a la obligación de los concesionarios. En consecuencia, este extremo se declara **parcialmente con lugar** con el fin de que la licitante proceda a realizar los ajustes pertinentes según los detalles que expone en su respuesta. **17. Sobre la cláusula 77.4.1.5.3.2. Porcentaje de la sanción. Criterio de División.**

Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “77.4.1.5.3.2. *En caso de incumplimiento del cronograma descrito en la cláusula anterior, por causas imputables únicamente al Concesionario, resultará aplicable lo siguiente: i. Cuando se presente un incumplimiento igual o menor al 5% en términos de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar para un periodo determinado, previa justificación del Concesionario, la SUTEL podrá valorar a solicitud de otorgamiento de una única prórroga de tres (3) meses calendario para completar la obligación detallada, sin perjuicio de que el Concesionario deba continuar con la instalación del porcentaje definido para los siguientes periodos.*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que no se encuentra dentro de los documentos del pliego de condiciones la metodología utilizada para definir el porcentaje de un 5% ante los incumplimientos. Por ende, considera que el pliego de condiciones debe incluir el fundamento de la metodología de cálculo de cláusula penal y multas. La Administración responde que es preciso referir a lo indicado en la respuesta del punto 14. De acuerdo con lo anterior, se remite a lo resuelto en el punto 14 de la resolución de este recurso por guardar similitud. En consecuencia, este extremo se declara **parcialmente con lugar**, a efecto que la Administración incorpore al expediente la metodología utilizada para definir el porcentaje del 5% indicado

18. Sobre la cláusula 77.4.1.5.3.4. Velocidades. Criterio de División. Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “77.4.1.5.3.4. *El Concesionario deberá asegurar que el cien por ciento (100%) de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicada en la Fase 1 Subasta para despliegue Nacional, operen como mínimo con la siguiente velocidad de referencia (la que experimentará el usuario): (...)*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que la velocidad de descarga y carga puede variar por condiciones de distancia, modulaciones, geografía, naturaleza,

edificaciones, por lo que se deben especificar las condiciones para exigir las velocidades mínimas, considerando las degradaciones que pueda sufrir la propagación por las condiciones mencionadas, tal y como se demuestra mediante Informe Técnico 9203-210-2024 que adjunta como prueba. Solicita que se incluya en el pliego de condiciones los parámetros de variabilidad que puede tener la velocidad de carga y descarga en la red, en caso de que agentes del entorno puedan degradar la señal, según los criterios establecidos en el documento técnico ETSI TS 122 261 V17.11.0 (2022-10) para la 3GPP 5G. La Administración responde que es preciso referir a lo indicado en la respuesta del punto 15. De acuerdo con lo anterior, se remite a lo resuelto en el punto 15 de la resolución de este recurso donde se destaca la importancia de incorporar las resoluciones RCS-019-2018 y la RCS-333-2022 como información pertinente para respaldar la metodología de medición. En consecuencia, este extremo se declara **parcialmente con lugar**.

19. Sobre las cláusulas 77.4.1.5.4.1. Condiciones para la velocidad. Criterio de División.

Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “77.4.1.5.4.1. *Deberá desplegar la totalidad de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicada en la Fase 1 Subasta para despliegue Nacional en los distritos del ANEXO 6 – INFORMACIÓN DE DISTRITOS CON PORCENTAJE DE COBERTURA MÓVIL INFERIOR AL 80% (zonas subconectadas), con base en el siguiente cronograma: (...)*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que la velocidad de descarga y carga puede variar por condiciones de distancia, modulaciones, geografía, naturaleza, edificaciones, por lo que se deben especificar las condiciones para exigir las velocidades mínimas, considerando las degradaciones que pueda sufrir la propagación por las condiciones mencionadas, tal y como se demuestra mediante Informe Técnico 9203-210-2024 que adjunta como prueba. Solicita que se incluya en el pliego de condiciones los parámetros de variabilidad que puede tener la velocidad de carga y descarga en la red, en caso de que agentes del entorno que puedan degradar la señal, según los criterios establecidos en el documento técnico ETSI TS 122 261 V17.11.0 (2022-10) para la 3GPP 5G. La Administración responde que es preciso referir a lo indicado en la respuesta del punto 15. De acuerdo con lo anterior, se remite a lo resuelto en el punto 15 de la resolución de este recurso por guardar similitud entre los argumentos. En consecuencia, este extremo se declara **parcialmente con lugar**.

20. Sobre cláusulas 77.4.1.5.4.1. y 77.4.1.6.4.1. Contradicción entre los plazos. Criterio de División. Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “77.4.1.5.4. *Exclusivamente para concesionarios del espectro disponible en las bandas de 3500 MHz:*77.4.1.5.4.1. *Deberá desplegar la totalidad de la*

*Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicada en la Fase 1 Subasta para despliegue Nacional en los distritos del ANEXO 6 – INFORMACIÓN DE DISTRITOS CON PORCENTAJE DE COBERTURA MÓVIL INFERIOR AL 80% (zonas subconectadas), con base en el siguiente cronograma: (...)77.4.1.6.4. Exclusivamente para concesionarios del espectro disponible en las bandas de 3500 MHz: 77.4.1.6.4.1. Deberá desplegar la totalidad de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicada, con base en el siguiente cronograma: (...) ” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente solicita que se homologuen los plazos de las cláusulas 77.4.1.5.4.1. y 77.4.1.6.4.1., y que prevalezca los plazos definidos en la cláusula 77.4.1.6.4.1. La Administración responde que debe remitirse a la respuesta para el punto 16. De acuerdo con lo anterior, se refiere en lo que le sea de aplicación a lo resuelto en el punto 16 de la resolución de este recurso sobre la diferenciación entre los plazos ante una posible contradicción entre sus distintos enunciados, ya que en ambos puntos se lee: “Exclusivamente para concesionarios del espectro disponible en las bandas de 3500 MHz”. En consecuencia, este extremo se declara **parcialmente con lugar**. **21. Sobre la cláusula 77.4.1.5.4.2. Porcentaje de las sanciones Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “77.4.1.5.4.2. En caso de incumplimiento del cronograma descrito en la cláusula anterior, por causas imputables únicamente al Concesionario, resultará aplicable lo siguiente: i. Cuando se presente un incumplimiento igual o menor al 5% en términos de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar para un periodo determinado, previa justificación del Concesionario, la SUTEL podrá valorar a solicitud de otorgamiento de una única prórroga de tres (3) meses calendario para completar la obligación detallada, sin perjuicio de que el Concesionario deba continuar con la instalación del porcentaje definido para los siguientes periodos.” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que no se encuentra dentro de los documentos del pliego de condiciones la metodología utilizada para definir el porcentaje de 5% por incumplimiento. Por ende, estima que el pliego de condiciones debe incluir el fundamento de la metodología de cálculo de cláusula penal y multas. La Administración responde que debe remitirse a la respuesta para el punto 14. De acuerdo con lo anterior, se remite a lo resuelto en el punto 14 de la resolución de este recurso por guardar similitud entre los argumentos. En consecuencia, este extremo se declara **parcialmente con lugar**, a efecto que la Administración incorpore la metodología respectiva que justifica el 5% indicado **22. Sobre la cláusula 77.4.1.5.4.4. Velocidades. Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de*

condiciones regula lo siguiente: “77.4.1.5.4.4. *El Concesionario deberá asegurar que el cien por ciento (100%) de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicada en la Fase 1 Subasta para despliegue Nacional, operen como mínimo con la siguiente velocidad de referencia (la que experimentará el usuario): Tabla 6. Velocidad de referencia mínima requerida para la operación de la banda de 3500 MHz*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que la velocidad de descarga y carga puede variar por condiciones de distancia, modulaciones, geografía, naturaleza, edificaciones, por lo que se deben especificar las condiciones para exigir las velocidades mínimas, considerando las degradaciones que pueda sufrir la propagación por las condiciones mencionadas, tal y como se demuestra mediante Informe Técnico 9203-210-2024 que adjunta como prueba. Solicita que se incluya en el pliego de condiciones los parámetros de variabilidad que puede tener la velocidad de carga y descarga en la red, en caso de que agentes del entorno que puedan degradar la señal, según los criterios establecidos en el documento técnico ETSI TS 122 261 V17.11.0 (2022-10) para la 3GPP 5G. La Administración responde que debe remitirse a la respuesta para el punto 15. De acuerdo con lo anterior, se remite a lo resuelto en el punto 15 de la resolución de este recurso por guardar similitud entre los argumentos. En consecuencia, este extremo se declara **parcialmente con lugar**.

23. Sobre la cláusula 77.4.1.5.4.5. Servicios IMT y FWA. Criterio de División. Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “3.7. *La prestación de Servicios de Telecomunicaciones incluye la posibilidad, a elección del Concesionario, de ofrecer servicios móviles y de acceso fijo inalámbrico, que permitan movilidad plena, restringida o ambas (...)*77.4.1.5.4.5. *Los requerimientos anteriores, deberán ser cumplidos utilizando el recurso asignado en el presente proceso al Concesionario en esta banda de frecuencias de conformidad con el título habilitante. En este sentido, las mediciones se realizarán de manera que se compruebe que las conexiones entre el móvil y la radio base utilicen al menos una portadora en la banda de 3500 MHz en cada Unidad de Infraestructura de Acceso medida. Sin perjuicio de lo anterior, el Concesionario podrá implementar técnicas para maximizar el desempeño de la red y el uso eficiente del espectro, como la agregación de portadoras.*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que acorde con la cláusula 3.7 queda a criterio del concesionario si solo desarrolla servicios fijos (FWA), cita que es materialmente imposible medir con un terminal móvil el servicio FWA u otros servicios IMT como se indica en este inciso ya que los terminales móviles no soportan esos servicios y se debe utilizar otros dispositivos, tal y como se demuestra mediante Informe Técnico 9203-210-2024

que adjunta como prueba. Solicita que se modifique el pliego de condiciones para que se permita medir con otras herramientas según el tipo de servicio desplegado. La Administración responde que el informe técnico referenciado por el ICE no brinda ningún detalle adicional a lo señalado en la objeción correspondiente. Estima que Sutel debe realizar las mediciones correspondientes a la calidad del servicio empleando equipos terminales de usuario final que permitan su evaluación. Así las cosas, considera que la cláusula 77.4.1.5.4.5 parte de que la evaluación se realiza con un terminal de usuario final, según sea aplicable al servicio que preste el concesionario con el recurso asignado. Expone que las mediciones de Sutel cumplirán con la normativa vigente y las metodologías de medición definidas para tal fin. Una vez expuesto lo anterior, si bien el recurrente afirma que es imposible medir con un terminal móvil el servicio FWA u otros servicios IMT, no indica mediante su alegato, ni la prueba que aporta, cuáles son esos otros dispositivos o herramientas que se pueden utilizar para el servicio que se requiere. Por ende, este extremo se declara **sin lugar**.

24. Sobre la cláusula 77.4.1.5.5.1. Zonas de cobertura y Unidades de Infraestructura. Criterio de División. Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “77.4.1.5.5. *Exclusivamente para Concesionarios del espectro en las bandas de 26 GHz y 28 GHz: 77.4.1.5.5.1. El Concesionario deberá haber instalado la totalidad (100%) de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicada en un plazo máximo de setenta y dos (72) meses a partir del Inicio de la Concesión. Lo anterior, sin detrimento de la obligación de utilizar el espectro asignado en un plazo de doce (12) meses a partir del Inicio de la Concesión.*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que para la subasta de 26 GHz y 28 GHz, no se indica en el pliego de condiciones cuáles son las zonas de cobertura y Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar, por lo que esta omisión no permite determinar o construir una posible oferta, ya que es la base para poder construir la misma, tal y como se explicó para la cláusula 46. La Administración responde que debe remitirse a lo antes explicado acerca del tema objetado. Sobre el particular, se remite en lo que resulte de aplicación, a lo resuelto por este órgano contralor en los puntos 6 y 16 de este recurso ya que dentro de sus argumentos el objetante petitiona información que se relaciona con las seguridades calificadas. En consecuencia, este extremo se declara **sin lugar**.

25. Sobre la cláusula 77.4.1.5.5.2. Velocidad. Criterio de División. Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “77.4.1.5.5.2 (...) *Tabla 7. Velocidad de referencia mínima requerida para la operación de las bandas de 26 GHz y 28 GHz(...)* En el caso de que los bloques asignados sean distintos a 400 MHz, las

*velocidades mínimas exigidas se calcularán proporcionalmente para ajustarlas al ancho de banda asignado.” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que la velocidad de descarga y carga puede variar por condiciones de distancia, modulaciones, geografía, naturaleza, edificaciones, por lo que se deben especificar las condiciones para exigir las velocidades mínimas, considerando las degradaciones que pueda sufrir la propagación por las condiciones mencionadas, tal y como se demuestra mediante Informe Técnico 9203-210-2024 que adjunta como prueba. Solicita que se incluya en el pliego de condiciones los parámetros de variabilidad que puede tener la velocidad de carga y descarga en la red, en caso de que agentes del entorno que puedan degradar la señal, según los criterios establecidos en el documento técnico ETSI TS 122 261 V17.11.0 (2022-10) para la 3GPP 5G. La Administración responde que debe remitirse a lo antes explicado acerca del tema objetado. De acuerdo con lo anterior, se remite a lo resuelto en el punto 15 de la resolución de este recurso por guardar similitud entre los argumentos. En consecuencia, este extremo se declara **parcialmente con lugar**.*

26. Sobre la cláusula 77.4.1.5.5.3. Servicios fijos (FWA). Criterio de División. Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: *“77.4.1.5.5.3. Los requerimientos anteriores, deberán ser cumplidos utilizando el recurso asignado en el presente proceso al Concesionario en esta banda de frecuencias de conformidad con el título habilitante. En este sentido, las mediciones se realizarán de manera que se compruebe que las conexiones entre el móvil y la radio base utilicen al menos una portadora en las bandas de 26 GHz y 28 GHz en cada Unidad de Infraestructura de Acceso medida. Sin perjuicio de lo anterior, el Concesionario podrá implementar técnicas para maximizar el desempeño de la red y el uso eficiente del espectro, como la agregación de portadoras.” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que acorde con la cláusula 3.7 queda a criterio del concesionario si sólo desarrolla servicios fijos (FWA). Considera que es materialmente imposible medir con un terminal móvil el servicio FWA u otros servicios IMT como se indica en este inciso ya que los terminales móviles no soportan esos servicios y se debe utilizar otros dispositivos, tal y como se demuestra mediante Informe Técnico 9203-210-2024 que adjunta como prueba. Solicita que se modifique el pliego de condiciones para que se permita medir con otras herramientas según el tipo de servicio desplegado. La Administración responde que debe remitirse a lo antes explicado acerca del tema objetado. De acuerdo con lo anterior, se remite a lo resuelto en el punto 23 de la resolución de este recurso pues a pesar de sus argumentos el recurrente no indica ni aporta pruebas para acreditar cuáles son esos otros dispositivos o*

herramientas que se pueden utilizar para el servicio que se requiere. En consecuencia, este extremo se declara **parcialmente con lugar**. **27. Sobre la cláusula 77.5.10.Obligaciones de acceso. Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “77.5.10. *Obligaciones de acceso universal, servicio universal y solidaridad* ” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que en el pliego no se incluyen cuáles son estas zonas de obligación de acceso universal, servicio universal y solidaridad. Por ende, solicita que lo anterior sea incluido. La Administración responde que la cláusula se refiere a la condición general intrínseca aplicable a los concesionarios, ya dispuesta en el ordenamiento jurídico respecto a las obligaciones de acceso universal, servicio universal y solidaridad, por lo que, no corresponde a una obligación o condición que venga a implementarse en este pliego de condiciones. Considera la cláusula clara en hacer referencia a las obligaciones legales que se encuentran en el artículo 33 de la Ley N°8642. Explica que en caso de establecerse otras obligaciones específicas relativas al acceso universal, servicio universal y solidaridad, Sutel llevará a cabo los procesos correspondientes, que son de conocimiento por parte del ICE. Luego de vistos los argumentos de las partes, este órgano contralor estima que el argumento del recurrente corresponde a una solicitud de aclaración, que según el numeral 93 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública debe presentarse ante la licitante y no en esta sede. En consecuencia, este extremo se **rechaza de plano**. **28. Sobre la cláusula 79.6.1. Sistema de Emergencia. Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “79.6. *Provisión de servicios públicos de llamada de emergencia 79.6.1. Cuando resulte aplicable, el Concesionario deberá proveer acceso directo al sistema de emergencia a través de los números 911 y 1112 de forma gratuita aun cuando los servicios se encuentren suspendidos temporalmente por falta de pago y debe cumplir con las obligaciones establecidas en la Ley de Creación del Sistema de Emergencias 911, Ley N°5766 de 18 de diciembre de 1995, el Plan de Numeración, sus reformas, así como en la demás legislación aplicable.*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que en Costa Rica el número de emergencias es el 911. Explica que el 1112 no es de emergencias. Por ende, solicita que se elimine el número 1112 del pliego de condiciones. La Administración responde que la referencia realizada por el ICE al número 1112 corresponde a un error tipográfico en el pliego de condiciones, ya que el número correcto es el 112 conforme al Plan Nacional de Numeración vigente. Según el detalle brindado, acepta parcialmente la objeción presentada y se procederá a realizar el ajuste correspondiente al pliego de condiciones. De conformidad con lo anterior, se

observa un allanamiento parcial de la Administración ante los argumentos expuestos por el recurrente. Por ende, este extremo se declara **parcialmente con lugar** de conformidad con el artículo 89 de la Ley General de Contratación Pública. **29. Sobre el anexo 5.1 Áreas de atención mediante banda 700 MHz. Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “ANEXO 5.1(...) *De seguido se disponen las “Áreas de atención banda 700 MHz” que deben considerar los concesionarios del espectro en la banda de 700 MHz para dar cumplimiento a las obligaciones de despliegue de infraestructura establecidas: (...)*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que existe una indefinición sobre cuál es el área para cubrir dentro de los polígonos que están definidos por SUTEL. Señala que son áreas que no tienen población, no tienen cobertura eléctrica, o son zonas con población muy separada y de muy bajo poder adquisitivo, así mismo hay zonas con una geografía muy compleja y difícil de acceder. Considera que si el requerimiento es cubrir en un 100% de cada polígono, es materialmente imposible garantizar dicha cobertura, o sería sumamente oneroso, tal y como se demuestra mediante Informe Técnico 9203-210-2024 que adjunta. En consecuencia, solicita que se defina con claridad cuál es el requerimiento para cubrir estas zonas, ya que esto permitirá presentar una oferta acorde a reglas claras y concisas. La Administración responde que todas las unidades de acceso de infraestructura que se adjudiquen deberán ser desplegadas para cubrir las áreas de atención definidas. Además, menciona que en la cláusula 77.4.1.2 del pliego de condiciones, se dispone que “*para la evaluación del cumplimiento de la Fase de Aceptación, se considerarán las definiciones establecidas en el RPCS, las metodologías y umbrales correspondientes*”. Explica que en este sentido, con respecto al porcentaje de cobertura de un polígono, conforme a la sección 14 de la resolución RCS-152-2017 “*Umbrales de cumplimiento para los indicadores establecidos en el Reglamento de Prestación y Calidad de Servicios (RPCS)*”, el operador deberá asegurar que, en al menos el 90% del total del área geográfica de cada polígono, se cuente con cobertura del servicio móvil y se cumpla el objetivo de velocidad de transferencia de datos por bloque asignado en esa banda de frecuencias, establecido en el pliego de condiciones. Sobre el particular, si bien este órgano contralor estima que el recurrente no explica concretamente y con precisión cuáles zonas por su geografía y demás características son complejas y de difícil acceso, y que por ende, sea impedimento para cumplir con lo que dispone la cláusula objetada -para lo cual se remite a lo resuelto en este tema al recurso de Claro-, se le ordena a la licitante incorporar la resolución RCS-152-2017 en el pliego de condiciones, pues ciertamente no se observa ni referida en el

pliego de condiciones ni incorporada dentro de los documentos que conforman el expediente y darle la publicidad que corresponda conforme lo establece el ordenamiento jurídico. En consecuencia, este extremo se declara **parcialmente con lugar**.

C) SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO POR LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY, S.A. 1. Sobre la Cláusula 3.1. Asignación de bloques. Criterio de División.

Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “3.1. *Mediante este procedimiento concursal, de conformidad con el artículo 1 del Acuerdo del Poder Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT y lo dispuesto en los Acuerdos Ejecutivos N°090-2023-TEL-MICITT y N°091-2023-TEL-MICITT, específicamente para la Fase 1, se dispondrán para eventual otorgamiento en Concesión a través de un proceso de Subasta hasta cuatro (4) bloques pareados de 10 MHz (2 x 10 MHz) y un (1) bloque pareado de 5 MHz (2 x 5 MHz) en la banda 700 MHz, hasta dos (2) bloques de 50 MHz en la banda de 2300 MHz, hasta ocho (8) bloques de 25 MHz en la banda de 3300 MHz a 3500 MHz, hasta cuatro (4) bloques de 25 MHz en la banda de 3600 MHz a 3700 MHz, hasta tres (3) bloques de 400 MHz y un (1) bloque de 50 MHz en la banda de 26 GHz y hasta cinco (5) bloques de 400 MHz en la banda de 28 GHz con la posibilidad de brindar cobertura en todo el territorio nacional (...)*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que cuando se realizó la consulta pública se propuso la asignación de 9 bloques de 2x5 MHz, pero que según el pliego de condiciones actual se cambió a 5 bloques, de los cuales cuatro son de 2x10 MHz y uno de 2x5 MHz. Expone estar en desacuerdo con esa modificación pues estima que el ajuste es contrario a la maximización eficiente del espectro y los recursos. Estima que la forma más eficiente de alcanzar los objetivos de la licitación es poner a disposición la forma que se propuso de previo. Añade que ofrecer 9 bloques de 2x5 MHz en vez de 4 bloques de 2x10 MHz más uno de 2x5 MHz permite una mayor participación de oferentes, ya que los 9 bloques permiten una mayor variedad o combinación de ofertas, a diferencia de la oferta de 4 bloques más 1, que es más rígida. La Administración responde que la definición de las condiciones asociadas con el procedimiento debe dar cumplimiento a las disposiciones del MICITT incluidas en el Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TELMICITT y el oficio número MICITT-DM-OF-416-2023. Asimismo, afirma que debe considerarse que la eficiencia energética y espectral que se alcanza en la tecnología 5G es mayor, conforme se utilizan mayores anchos de banda. Al respecto, de conformidad con lo que ha manifestado la asociación GSM Association la tecnología de transmisión 4G y 5G está

estructurada en bloques de recursos, los cuales tienen anchuras fijas que no necesariamente encajan con exactitud en un canal de 5 MHz de ancho y, por lo tanto, parte del ancho de banda no se utiliza, y esta porción no utilizada del ancho de banda disminuye con canales más anchos. Explica que tanto la organización 5G Américas como Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE), han hecho ver que la combinación de mayores anchos de banda y el uso de la tecnología M-MIMO3 en 5G permite una utilización más eficiente del espectro y una reducción en el consumo de energía, optimizando así el rendimiento general de la red. Por ende, estima que la definición del tamaño de bloques para la banda de 700 MHz está en línea con el principio rector de optimización del recurso escaso y el objetivo de la Ley N°8642 de asegurar el uso y asignación eficiente del espectro. Menciona que si se establecieran sólo bloques de 2x5 MHz, esta definición dificultaría la aplicación del lineamiento correspondiente a la experiencia del usuario final y la provisión de nuevos y mejores servicios y aplicaciones, así como el objetivo de asegurar la eficiente y efectiva asignación y uso eficiente del espectro de la Ley N°8642 (Ley General de Telecomunicaciones, LGT). Lo anterior debido a que, las velocidades eventualmente obtenidas por los usuarios no corresponderían a la calidad de la experiencia que busca asegurar el procedimiento. Finalmente, menciona que la definición de los bloques en la banda de 700 MHz no es “*menos flexible*” ni es cierto que, en el caso que presenta Liberty, se permitirían “*mayor variedad de combinaciones*”, puesto que existe un bloque de 2x5 MHz que admitiría, en conjunto con los demás bloques, de ser el interés de algún oferente declarado elegible, lograr las mismas combinaciones que se alcanzarían si todos los bloques fueran de 2x5 MHz, pero reduciendo la complejidad del procedimiento de puja al contar con menos productos, y a su vez promoviendo las eficiencias operativas y la reducción de costos señaladas anteriormente. Una vez expuestos los argumentos de las partes, este órgano contralor estima que el recurrente no acredita de qué manera permitir un procedimiento de subasta con 9 bloques de 2x5 MHz sea lo más beneficioso para el interés público y logre efectivamente como lo indica un uso más eficiente del espectro, argumentación que se encuentra ayuna de un adecuado respaldo probatorio. Por ende, este extremo se declara **sin lugar. 2. Sobre la cláusula 14.2 y 37.2. Prohibición de operadores para la fase 2. Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula lo siguiente: “14.2. *Ningún Oferente que busque constituirse Oferente Declarado Elegible para la Fase 2, podrá contar con asignaciones de espectro IMT vigentes en Costa Rica (...)* 37.2. *Los Oferentes Declarados Elegibles para la Fase 1 de la Subasta, no podrán participar en la Fase 2. Asimismo, ningún Oferente que busque constituirse*

Oferente Declarado Elegible para la Fase 2, podrá contar con asignaciones de espectro IMT vigentes en Costa Rica.” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que en la referida sección se establece una clara prohibición para que los operadores actuales puedan participar en la Fase 2 del concurso, es decir se está limitando la competencia para la Fase 2. Estima que este tipo de restricciones significan un menoscabo en los derechos de los posibles oferentes y hasta una vulneración al interés público, pues entre mayor participación, mayor competencia por el espectro, lo que representa un beneficio tanto para la licitante como al interés general. Hace referencia a que esta restricción atenta contra el principio de igualdad reconocido no solo por ordenamiento jurídico sino por el Tribunal Contencioso Administrativo. La Administración responde que la fase 2 de la subasta busca atender un objetivo de política pública específico definido por el Poder Ejecutivo en su instrucción, sea “*Disponibilidad de espectro para redes regionales móviles*”. Estima importante tener en consideración que la fase 1 prioriza “*la satisfacción de las necesidades de recurso para despliegues a nivel nacional*”, de tal forma que, los concesionarios actuales o potenciales interesados en realizar despliegues a nivel nacional, pueden satisfacer su demanda completa de espectro en la fase 1 de la subasta, a partir de la cantidad de espectro disponible. En ese sentido, los concesionarios que pretendan prestar servicios a nivel nacional deben satisfacer sus requerimientos de espectro en la fase 1. Continúa explicando que la fase 2 tiene un diseño tal que busca promover que nuevos competidores regionales presten servicios, y en ese sentido, en concordancia con el principio de “*Promoción de la competencia*” establecido en los lineamientos de política pública de este procedimiento, se definen condiciones diferenciadas para estos operadores regionales, justamente, para motivar el ingreso de nuevos entrantes al mercado de los servicios móviles, cumpliendo de esta manera con los lineamientos correspondientes a elaborar “*condiciones aplicables para eventuales operadores entrantes*” y “*disponibilidad de espectro para redes regionales móviles*”. Estima que el permitirle participar de la fase 2 a los oferentes que pretendan hacer una prestación de servicios a nivel nacional, puede generar una distorsión en el proceso de subasta, desincentivando el ingreso de nuevos operadores regionales, de forma contraria con el citado objetivo de política pública. Considera que el escenario de participación de los concesionarios actuales en la fase 2, los podría motivar a optar por no participar de la fase 1 o presentar ofertas por menos espectro del que necesitan, de modo que en la fase 2 de la subasta, puedan presentar posturas por el espectro con menores requerimientos de despliegue de infraestructura respecto de la fase 1, desvirtuando así el mecanismo incluido en el pliego

para promover la participación de operadores regionales así como afectando otros principios de política pública vinculados a la fase 1 del proceso concursal. Por lo tanto, considera que no resulta pertinente permitir que los concesionarios actuales participen de la fase 2 de la subasta, dado que genera el riesgo de afectar los objetivos de política pública para el proceso licitatorio. Considera que este requisito no atenta contra el principio de competencia, sino que, por el contrario, lo promueve, al generar condiciones más flexibles para el ingreso de nuevos competidores regionales, disminuyendo así barreras de entrada a los nuevos interesados que busquen tener una prestación regional. Asentado lo anterior, tal y como lo señala la licitante mediante su respuesta de audiencia especial, el pliego de condiciones realiza una distinción de objetivos entre las dos fases que componen el concurso ya que la fase 1 prioriza *“la satisfacción de las necesidades de recurso para despliegues a nivel nacional”* mientras que la fase 2 busca la *“Disponibilidad de espectro para redes regionales móviles, y en vista de lo anterior, el recurrente no acredita que las cláusulas cuestionadas sean contrarias al ordenamiento jurídico o a los principios que informan la contratación pública. Por ende, este extremo se declara **sin lugar.** 3. Sobre las cláusulas 14.2, 15.3, 15.3.1, 15.3.2, 16.3, 16.3.1 y 77.4.1.7. Requisitos para las fases 1 y 2. Criterio de División.* Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones regula, entre otras cosas, lo siguiente: *“14.2. Ningún Oferente que busque constituirse Oferente Declarado Elegible para la Fase 2, podrá contar con asignaciones de espectro IMT vigentes en Costa Rica (...) 15.3. Para el caso de los Oferentes interesados en participar en la Fase 2 Subasta para despliegue Regional, se establecen los siguientes requisitos: 15.3.1. Se considerará acreditada la capacidad técnica de los Oferentes que cuenten, como mínimo, con tres (3) años continuos (ininterrumpidos) de prestación de Servicios de Telecomunicaciones mediante la operación de Redes Públicas de Telecomunicaciones propias en un País. 15.3.2. Para acreditar la operación continua (ininterrumpida) de al menos tres (3) años en la prestación de Servicios de Telecomunicaciones mediante la operación de Redes Públicas de Telecomunicaciones, deberá presentar una certificación emitida por la administración concedente o el organismo regulador del sector de telecomunicaciones del respectivo país (...) 16.3. Para el caso de los Oferentes interesados en participar en la Fase 2 Subasta para despliegue Regional, se establecen los siguientes requisitos: 16.3.1. El Oferente deberá poseer y acreditar una capacidad financiera mínima para poder ser un Oferente Declarado Elegible. Se considerará acreditada la capacidad financiera de los Oferentes que demuestren contar con el mínimo de ingresos brutos totales anuales por la prestación de*

Servicios de Telecomunicaciones por un monto equivalente a treinta y cuatro mil novecientos treinta y un dólares americanos (USD \$34.931) (...) 77.4.1.7. Para la Fase 2 Subasta para despliegue Regional, se establecen las siguientes condiciones solo aplicables para el caso de nuevos operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones con redes móviles a través de sistemas IMT (...)” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que para la Fase 1, los oferentes deben cumplir con un mayor volumen de experiencia y condiciones financieras en comparación con los eventuales oferentes de la Fase 2, a pesar de que ambos concursan por el mismo bien. Expone que esos requisitos solo sirven para limitar la participación en la Fase 2. Expone que el oferente de la fase 2 puede convertirse en un operador de cobertura nacional al cubrir 83 cantones pero con reglas distintas a los oferentes de fase 1. Menciona que esa diferencia entre ambas fases crea una competencia desigual, pues mientras que un participante de la Fase 1 tiene obligaciones estrictas para cubrir áreas menos atractivas comercialmente, un participante de la Fase 2 puede enfocarse solo en las zonas más rentables. Estima que los requisitos mínimos de años de servicio e ingresos son mínimos, por lo que algunos podrían preferir participar en la Fase 2, ya que los compromisos técnicos y legales son menos exigentes. Por tanto, considera que este trato desigual no se justifica como una forma de facilitar la entrada de participantes más pequeños o con menos capacidad financiera y técnica. Concluye que no solo existe una violación al principio de igualdad entre oferentes, por establecer cláusulas más complejas para los interesados en la Fase 1; sino que, además, existe un impedimento no motivado de que los oferentes de Fase 1 puedan concursar en la Fase 2, sin que, para ello, exista razonamiento alguno. Menciona que lo anterior coloca en desventaja a los agentes económicos que actualmente cuentan con concesiones de espectro por la manera en la que se regula la cláusula 14.2. La Administración responde que los objetivos perseguidos en la fase 1 y fase 2 de la subasta durante la etapa de selección definitiva del pliego de condiciones son distintos, y tienen como fin, dar cumplimiento a los lineamientos de política pública sobre *“condiciones aplicables para eventuales operadores entrantes”* y *“disponibilidad de espectro para redes regionales móviles”*, emitidos por el Poder Ejecutivo para el presente proceso concursal. Menciona que el presente proceso concursal no limita en modo alguno la libre concurrencia de los concesionarios actuales, permitiéndoles participar por todo el espectro que requieran en la fase 1 de la subasta, mientras cumplan con el control de concentración de espectro. Por el contrario, considera que el requisito en cuestión busca promover una mayor concurrencia al disminuir las barreras para el ingreso de nuevos competidores regionales. Luego

de vistos los alegatos de las partes, y similar que con el punto anterior, este órgano contralor concluye según la respuesta de la licitante y conforme lo regulado en el pliego de condiciones que se realiza una distinción de objetivos entre las dos fases que componen el concurso ya que la fase 1 prioriza “*la satisfacción de las necesidades de recurso para despliegues a nivel nacional*” mientras que la fase 2 busca la “*Disponibilidad de espectro para redes regionales móviles*”, y en vista de lo anterior, el recurrente no acredita que las cláusulas cuestionadas sean contrarias al ordenamiento jurídico o a los principios que informan la contratación pública, siendo que más bien procuran objetivos diferentes y en consecuencia no se ha demostrado una afectación a la participación. Por ende, este extremo se declara **sin lugar**. **4. Sobre las cláusulas 37.4, 37.6, 46.1 y 61.1. Seguridades Calificadas. Criterio de División.** Para el extremo cuestionado, el pliego de condiciones, en lo que interesa, regula lo siguiente: “*37.4. Una vez en firme el Acto Motivado de Preselección, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, el Consejo de la SUTEL revelará las seguridades calificadas definidas para el procedimiento concursal a los Oferentes Declarados Elegibles (...) 37.6. Una vez en firme el Acto Motivado de Preselección, el Oferente Declarado Elegible, en un plazo máximo de cinco (5) Días Hábiles, contados a partir de la notificación de que es Oferente Declarado Elegible, deberá presentar a la SUTEL un documento firmado digitalmente por el representante legal donde manifiestan que entienden y aceptan las condiciones dispuestas en el pliego de condiciones, incluidas las seguridades calificadas, así como la designación de un máximo de tres (3) Usuarios del SES quiénes podrán participar en representación de éste en la Subasta (...) 46.1. El Precio Base y la cantidad mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar en la Fase 1 por cada Bloque Genérico, corresponden a seguridades calificadas, de conformidad con la resolución del Consejo de la Sutel RCS-104-2024 del 8 de julio de 2024, las cuales se revelarán según lo dispuesto en la cláusula 37.4 (...) 61.1. El Precio Base y la cantidad mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar por cada Bloque Genérico de espectro remanente de la Fase 1 en cada banda de frecuencias por cantón corresponden a seguridades calificadas, de conformidad con la resolución del Consejo de la Sutel RCS-104-2024 del 8 de julio de 2024, las cuales se revelarán según lo dispuesto en la cláusula 37.4.*” (ver folios 34-36 del expediente electrónico). El recurrente indica que el pliego establece el precio base del espectro y la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso que un participante debe ofrecer en la subasta como seguridades calificadas, y por ende, confidenciales. Señala que con posterioridad serán revelados los datos. Señala que de acuerdo con el numeral 150 del Reglamento a la Ley

General de Contratación Pública, lo que se permite no revelar son las especificaciones técnicas sensibles. Además, señala que debe constar un acto motivado que acredite la necesidad de no revelar las especificaciones técnicas y las razones de seguridad para ello, por lo que no se está cumpliendo con lo que establece la norma establece. Estima que el presente asunto no está catalogado como de seguridad calificada y carece de justificación y sin que exista el fin que se persigue o lo que se pretende proteger. Considera que las unidades de infraestructura son un componente del precio de la licitación, ya que las posturas que los oferentes deben realizar en la subasta son posturas de precio y de cantidad de unidades de infraestructura a desplegar. Finalmente, explica que la ausencia de información impide a los potenciales oferentes hacer un análisis financiero y presupuestario, obligaciones de cobertura, de plazos, ni disponer del tiempo suficiente para prepararse para la subasta. Señala que al no conocerse el precio base ni tampoco la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso, es imposible determinar la inversión a la que se compromete el eventual concesionario y, en consecuencia, tampoco es posible determinar si es atractiva o rentable. Considera que la regulación va en contra de la seguridad jurídica. La Administración responde que para la ejecución de la fase de subasta, como parte de la etapa de selección definitiva de una licitación mayor por etapas, resultan imprescindibles los elementos de cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso y el precio base, siendo que éstos se revelarán a los oferentes declarados elegibles. Destaca que la cláusula 37.6 establece que todos los potenciales oferentes preseleccionados podrán valorar la información correspondiente al precio base y la cantidad de unidades de infraestructura de acceso por desplegar, para considerar su eventual participación en la subasta. Señala que en la resolución RCS-104-2024 la información declarada confidencial se mantendrá en esa condición hasta la etapa de selección definitiva, siendo que la información se remitirá a los oferentes declarados elegibles. Añade que la publicación de las seguridades calificadas, precisamente en la fase de selección definitiva y antes de llevar a cabo la subasta, busca minimizar el riesgo de colusión o acuerdo entre los oferentes y de ninguna manera, vulnera principios elementales, tales como, la seguridad jurídica y transparencia del procedimiento. Explica que en el presente caso, una colusión podría distorsionar la cantidad de unidades de infraestructura por desplegar, lo cual, iría en contra del objetivo de política pública señalado. En este sentido, la declaratoria de confidencialidad de seguridades calificadas en un procedimiento de licitación mayor por etapas, es conforme con lo establecido en el artículo 14 inciso h) de la LGCP, y artículos 24 inciso c), subinciso vi) y el artículo 138 del RLGCP, mediante los cuales se pretende garantizar un

procedimiento libre de prácticas colusorias o anticompetitivas que distorsionen el objeto mismo de la contratación, relacionado con el desarrollo de unidades de infraestructura de acceso y la valoración del espectro. Una vez expuestos los argumentos expuestos por las partes, este órgano contralor observa que el extremo bajo análisis guarda relación con lo desarrollado en el punto 6 del recurso de objeción presentado por el ICE, por ende, se remite a lo resuelto en el citado extremo. En consecuencia, este extremo se declara **sin lugar**.

5) Sobre las obligaciones de cobertura para bandas medias. Cláusulas 77.4.1.5.3, 77.4.1.5.3.1, 77.4.1.5.4, 77.4.1.5.4.1. Criterio de División. La recurrente considera que según esas cláusulas se debe cumplir con el despliegue para bandas medias que se indican en los listados del anexo 6, pero que estas exigencias no son proporcionales por la naturaleza y casos de uso de estas bandas, lo que estima inclusive ha sido reconocido por SUTEL. Por ende, en aras de que se promueva un uso eficiente del espectro objeto del concurso y cumplir con el mandato del artículo 8 LGT se debe priorizar el uso de las bandas medias en las ciudades con más población y no en los distritos listados en el anexo 6 que son distritos con baja densidad poblacional. La Administración indica que se debe resaltar que los operadores pueden instalar unidades de infraestructura de acceso en cualquier otra área dentro de la cobertura asignada (nivel nacional para el caso de la fase 1), según su modelo de negocio, sin perjuicio de que, para la contabilización de la obligación del procedimiento concursal, solo se consideren las unidades desplegadas en las áreas definidas en el citado Anexo 6. Es decir, que el pliego de condiciones establece las condiciones mínimas que deberá cumplir el concesionario durante la fase de aceptación de la red de telecomunicaciones, en consistencia con los objetivos de política pública dispuestos por el Poder Ejecutivo para el presente procedimiento concursal, a saber, priorización del despliegue de infraestructura para las redes móviles IMT por sobre un enfoque meramente recaudatorio, provisión de nuevos y mejores servicios y aplicaciones, promoción de la competencia y enfoque en la calidad de experiencia del usuario final. Por ende considera que no existe una limitación al concesionario sobre el despliegue en la zona de cobertura definida en su título habilitante, como se indicó anteriormente. Además indica que las mejores prácticas internacionales en cuanto al diseño de procesos concursales de espectro IMT y para atender el objetivo de priorización del despliegue de infraestructura para las redes móviles, por sobre un enfoque meramente recaudatorio, se destina una parte mayoritaria del valor económico del espectro, al desarrollo de cantidades mínimas de unidades de infraestructura. Ahora bien, al igual que se indicó para el

punto 2) del recurso de Claro, la recurrente se ha limitado a indicar que en los poblados del anexo 6, existe muy baja densidad poblacional por lo que el concurso en cuanto a las bandas medias, debería concentrarse en ciudades con más población, pero sin que explique y/o demuestre por qué la obligación del pliego deviene en irracional o desproporcionada. Así pues, como parte de su deber de fundamentación, la recurrente debía demostrar por qué la carga impuesta en el pliego resulta excesiva o por qué, lo más conveniente para el interés público, era que se asumieran estas poblaciones por medio de otros instrumentos jurídicos, lo que más allá de una mera aseveración, no ha sido demostrado. Así las cosas, considera este órgano contralor que el punto debe ser **rechazado** por falta de fundamentación.

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 88, 92, 95 de la Ley General de Contratación Pública, 93, 246, 252, 254 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** los recursos de objeción interpuestos por **CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. y el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD** en contra del pliego de condiciones de la **LICITACIÓN MAYOR POR ETAPAS No. 2024LY-000001-SUTEL** promovida por la **SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES** para la *“concesión de uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante la implementación de sistemas de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT), incluyendo 5G”*. **2) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY S.A** en contra del pliego de condiciones de la **LICITACIÓN MAYOR POR ETAPAS No. 2024LY-000001-SUTEL** promovida por la **SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES** para la *“concesión de uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante la implementación de sistemas de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT), incluyendo 5G”*. **3) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones indicadas al cartel, dentro del término y condiciones previstas en los artículos 96 de la LGCP y 257 del citado Reglamento. **4) Se da por agotada la vía administrativa. NOTIFÍQUESE.**

Edgar Herrera Loaiza
Asistente Técnico
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

Jorge Carmona Jimenéz
Fiscalizador Asociado
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

Marco Antonio Loáiciga Vargas
Fiscalizador
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

MALV/JCJ/arb
NI: 16977, 16980, 16985, 16996, 16992, 17844
NN:13995 (DCP-0212)
G:2024003143-1
Expediente Electrónico: CGR-ROC-2024005198