

R-DCP-00061-2024

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.
San José, a las catorce horas con treinta y un minutos del diecisiete de octubre del dos mil veinticuatro.

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por 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 veinticinco de setiembre de dos mil veinticuatro el Instituto Costarricense de Electricidad, presentó ante la Contraloría General de la República recurso de objeción en contra de las modificaciones publicadas en el Alcance No. 159 de La Gaceta No. 170 del trece de setiembre del año en curso, al 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.

II. Que mediante auto de las diez horas cuarenta y nueve minutos del veintisiete de setiembre de dos mil veinticuatro, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio 08866-SUTEL-DGC-2024 del ocho de octubre de dos mil veinticuatro, 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 LOS ALCANCES DE LA COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA CONOCER Y RESOLVER EL PRESENTE RECURSO DE OBJECCIÓN.

La Constitución Política estatuye en el artículo 121 inciso 14 sub inciso c) que no podrán salir

definitivamente del dominio del Estado los servicios inalámbricos, de forma tal que sólo podrán ser explotados por la Administración o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezcan la Asamblea Legislativa a través de las leyes. En materia de telecomunicaciones, según el artículo 2, siguientes y concordantes la Ley de Traslado del Sector Telecomunicaciones del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones al Ministerio de Ciencia y Tecnología (Ley No. 9046), los artículos 1, 6 incisos 14) y 15), siguientes y concordantes de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT, Ley No. 8642) y los artículos 1, 11, siguientes y concordantes de la Ley de Promoción Desarrollo Científico y Tecnológico y Creación del MICYT (sic) (Ministerio de Ciencia y Tecnología) (Ley No. 7169); el ente rector es el Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT), al cual le compete la emisión y dictado del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) (actual Decreto Ejecutivo No. 44010) y el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones (actual 2022-2027). Por otro lado, según los artículos 1, 6 inciso 27, siguientes y concordantes de la LGT, la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) es el órgano de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos encargado de regular, supervisar, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones. Ahora bien, de conformidad con los artículos 2 inciso g), 6 inciso 18), 7 y 12 de la LGT se ha definido espectro radioeléctrico como un bien de dominio público escaso, del cual se debe asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control, de manera tal que, mediante procedimiento concursal instruido por la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), pueden ser otorgadas concesiones de frecuencias para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, según el procedimiento dispuesto por la Ley General de Contratación Pública (LGCP, Ley No. 9986) y su Reglamento (RLGCP, Decreto Ejecutivo No. 43808). En ese sentido, siendo un recurso escaso, según mandato del ordinal 3 incisos f) e i) de la LGT, son principios rectores de las telecomunicaciones la competencia efectiva, según el cual deben establecerse mecanismos adecuados para que todos los operadores y proveedores del mercado compitan en condiciones de igualdad; y la optimización de los recursos escasos, según el cual, la asignación y utilización debe ser objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente. Todo lo anterior a fin de procurar el mayor beneficio de los habitantes, la libertad de elección y garantizar una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios. Con esa tesitura, al tenor del numeral 52 de la LGT, la operación de redes

y la prestación de servicios de telecomunicaciones estarán sujetas a un régimen sectorial de competencia, por lo que debe prevenirse monopolios, prácticas monopolísticas y concentraciones ilegales de espectro que afecte la competencia efectiva en el mercado. Así las cosas, según consta en el expediente del concurso, con el Acuerdo Ejecutivo No. 031-2023-TEL-MICITT que fue publicado en el Alcance No. 77 de La Gaceta No. 75 del 02 de mayo de 2023, el Poder Ejecutivo liderado por la rectoría del Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT) instruyó la decisión inicial a la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) para el trámite del concurso de asignación de espectro, estableciendo una serie de lineamientos de política pública para el procedimiento concursal, el cual debe garantizar el cumplimiento de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo de Telecomunicaciones 2022-2027. Asimismo, a través del oficio MICITT-DM-OF-416-2023 del 19 de mayo del 2023, el MICITT remitió a SUTEL los Lineamientos técnicos adicionales de la Ministra Rectora en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2 del Acuerdo Ejecutivo N° 031-2023-TEL-MICITT. Conforme a ello, la SUTEL promovió la Licitación Mayor No. 2024LY-000001-SUTEL denominada *“Licitación Mayor por Etapas 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”*. De esa forma, el procedimiento contempla una serie de formalidades, reglas de publicidad, plazos más amplios y controles externos, bajo la comprensión de que se trata del procedimiento plenario y más garantista que contempla la LGCP y por ello supone la consideración de los tiempos para la impugnación del pliego mediante el recurso de objeción y del acto final mediante el recurso de apelación. En el caso, se ha interpuesto el primero de ellos que precisamente ha sido establecido en el ordenamiento jurídico como un mecanismo para remover obstáculos injustificados a la libre participación o para ajustar el pliego de condiciones a las normas y principios del ordenamiento jurídico, posición que ha sido reiterada por esta División en múltiples ocasiones y que se mantiene vigente al día de hoy. Lo anterior encuentra sustento en lo dispuesto en el artículo 8 inciso f) de la Ley General de Contratación Pública, respecto al principio libre concurrencia que procura la más amplia competencia e impedir restricciones injustificadas a la libre participación, principio que los interesados pueden hacer valer a través del recurso de objeción regulado en los artículos 95 de la LGCP y 253 y siguientes del RLGCP. Justamente, en los artículos 12, 14 y 17 de la Ley General de Telecomunicaciones, se reconoce de forma expresa la competencia de la Contraloría General de

la República para el conocimiento y trámite de los recursos de objeción y apelación; en los concursos para concesionar de espectro radioeléctrico. Adicionalmente, cabe acotar que en el artículo 12 de la LGT remite al trámite del procedimiento concursal mediante la anterior Ley de Contratación Administrativa (LCA, Ley No. 7494) y su Reglamento (RLCA, Decreto Ejecutivo No. 33411), puesto que la LGT había entrado en vigencia con la publicación efectuada en La Gaceta No. 125 del 30 de junio del 2008, momento en el cual se encontraba en vigor dicha normativa en materia de contratación pública. Sin embargo, resulta importante aclarar que con la promulgación de la Ley General de Contratación Pública (LGCP, Ley No. 9986) y su Reglamento (RLGCP, Decreto Ejecutivo No. 43808-H), normas que entraron en rigor el 01 de diciembre de 2022 y con ello quedó derogada la LCA y el RLCA, debe entenderse que la normativa en materia de contratación aplicable al caso es la correspondiente a la LGCP y el RLGCP. Lo anterior resulta de importancia, pues MICITT-SUTEL ha promovido el concurso bajo la denominación de licitación mayor por etapas, estableciendo expresamente en el pliego de condiciones que este procedimiento se rige por la LGCP y su Reglamento. Teniendo en cuenta lo anterior, debe también señalarse que concomitante al derecho que tienen los interesados de impugnar el pliego de condiciones por estimar limitaciones injustificadas a la participación, existe el deber del recurrente de fundamentar adecuadamente su acción recursiva conforme a los artículos 88 de la LGCP y 246 del RLGCP, los cuales disponen que los recursos deben ser presentados debidamente fundamentados y con la prueba idónea, indicando la infracción sustancial del ordenamiento jurídico y aportando los estudios técnicos que desvirtúen los criterios en que se sustente el acto impugnado. Contextualizando todo lo anterior, se concluye que este órgano contralor tiene la competencia para conocer y resolver los recursos de objeción que se interpongan contra el pliego de condiciones del presente concurso y sus modificaciones sustanciales, en el tanto los mismos se refieran a aspectos propios regulados directamente en el pliego de condiciones y que puedan representar eventuales limitaciones injustificadas a la participación o bien al principio de libre competencia que también resulta ser uno de los principios rectores en materia de telecomunicaciones; no siendo resorte del recurso de objeción la revisión o el control de legalidad en relación a las decisiones adoptadas por los entes rectores en materia de política pública de telecomunicaciones o los entes reguladores en el ejercicio de sus competencias.

II.- SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA ASIGNACIÓN DEL ESPECTRO EN COSTA RICA.

Dado que el espectro radioeléctrico constituye un bien demanial escaso y que el concurso No.

2024LY-000001-SUTEL ha sido promovido para la concesión del 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; bajo los principios de equidad y eficiencia, mediante la regulación del mercado a fin de evitar concentraciones, conviene contextualizar el estado actual de asignación de dicho bien dominical, con la finalidad de facilitar la comprensión y lectura del tema en el trámite del recurso de objeción interpuesto. Al respecto, según el pliego de condiciones y la información proporcionada por la SUTEL mediante oficio No. 08866-SUTEL-DGC-2024 del 08 de octubre de 2024 se tiene que en Costa Rica, para el año 2024, la asignación de espectro inferior a 6 GHz para servicios IMT, según la cantidad de MHz por banda es la siguiente:

Banda (MHz)	CLARO	LIBERTY	ICE	RACSA
850	-	10,6	39,4	-
1800	60	50	40	-
2100	40	40	40	-
2600	-	-	190	-
3500	-	-	-	100
Total	100	100,6	309,4	100

(ver folio 38 del expediente del recurso de objeción CGR-ROC-2024006510). Sobre este particular, conforme al artículo 11 de la LGT, el pliego de condiciones en el Capítulo V – Etapa de selección definitiva determina que la subasta para la asignación de la concesión del espectro se realizará en dos fases: FASE 1 – Subasta para despliegue nacional, y, FASE 2 – Subasta para despliegue regional, de manera que según la cláusula 2.1.53, aquellos oferentes declarados elegibles en la Fase 1 (subasta nacional), no podrán participar en la Fase 2 (subasta regional); ya que tal y como lo disponen las cláusulas 51.3, 53 y 58.1 del pliego de condiciones, la Fase 2 considerará únicamente el espectro remanente identificado una vez concluida la Fase 1. En adición, en la cláusula 14 del pliego de condiciones referente al Control de concentración de espectro así como sus subincisos, se estatuye que a fin de evitar la concentración de espectro, para un correcto funcionamiento del mercado, deberán tomarse en consideración las asignaciones preexistentes, para que no se superen los topes de concentración establecidos; siendo que incluso se determina que no podrá participar en el concurso, 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 Concentración de Espectro. Así, los valores del Control de

Concentración de Espectro, según las cláusulas 14.1 y 14.9 del pliego, 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; y fueron determinadas tal y como se muestra:

Tipo de banda de frecuencias	Total espectro asignado y disponible para IMT	Control de Concentración de Espectro
Bandas bajas (BB)	140 MHz	49 MHz
Bandas medias (BM)	960 MHz	336 MHz
Bandas milimétricas (BmmW)	3250 MHz	1137.5 MHz

Asimismo, la cláusula 14.11 del pliego de condiciones, brinda la posibilidad de renunciar a frecuencias ya asignadas, en caso de que oferentes que superen el tope de concentración de espectro en el mercado, deseen participar en el presente concurso. Al tenor de lo expuesto, este órgano contralor de seguido, procederá con el análisis del recurso.

III.- SOBRE LA PRECLUSIÓN ALEGADA POR SUTEL. Una vez revisada la respuesta a la audiencia especial otorgada a la Administración, misma que fue rendida por la SUTEL mediante oficio 08866-SUTEL-DGC-2024 del 08 de octubre de 2024, se observa que en reiteradas ocasiones la Administración afirma que los argumentos del ICE no combaten una disposición específica del pliego de condiciones que haya sido objeto de modificación, no obstante lo anterior, reconoce que según lo ordenado por la resolución número R-DCP-00041-2024 (primera ronda de objeciones), ha incluido referencias a oficios y notas al pie de página en diversas cláusulas. Ahora bien, de conformidad con lo que fue resuelto en la primera ronda de objeciones, según consta en la resolución R-DCP-00041-2024 de las 11:49 horas del 05 de setiembre de 2024, estima este órgano contralor que en la especie no se ha configurado la figura de la preclusión procesal regulada en los artículos 90 de la LGCP y 250 del RLGCP; en virtud de que en esa oportunidad se estimó que no se brindaron precisamente las explicaciones suficientes en la audiencia de la Administración que sustentaran las cláusulas del pliego objetado; por lo que la incorporación del oficio 05315-SUTEL-OTC-2023 del 26 de junio de 2023 no respondió a una simple referencia sino al sustento de las cláusulas cuestionadas y en particular abonaba al sustento de los parámetros de concentración del espectro que contiene el

pliego. De esa forma, estima este órgano que la referencia de ese documento atiende la justificación misma del clausulado discutido y por ello en modo alguno ha precluido su discusión, sobre lo cual se indicó en la resolución R-DCP-00041-2024 de las 11:49 horas del 05 de setiembre de 2024: *“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.”* De esa forma, precisamente esta etapa resulta la oportunidad procesal que tenían los recurrentes para discutir su contenido conforme lo indicado por este órgano contralor en la citada resolución.

IV.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN ESTE CONCURSO.

Como ya se ha analizado, las especiales características del bien objeto de concurso y su condición de escaso implican que este procedimiento cuenta con una serie de aspectos diferentes a la generalidad de los procedimientos de contratación pública, lo cual también permea la fase recursiva y el ejercicio del *onus probandi* frente al objeto del concurso y sus regulaciones normativas especiales. En ese sentido, coexiste a la concesión del espectro sobre la que versa este concurso, un elemento clave que es precisamente el aprovechamiento privativo y temporal de un bien o derecho de dominio público, que implica una serie de obligaciones del concesionario relativas al buen uso del bien, que en el caso se asocia también al uso eficiente del espectro asignado. Así entonces, no se trata simplemente de ofrecer un servicio o un suministro como en la regularidad de los concursos públicos, sino que participar por el otorgamiento de la concesión de este bien de dominio público exige que el recurrente justifique como parte de la fundamentación de sus alegatos sobre la limitación a la participación; para qué requiere la asignación de porciones del espectro radioeléctrico, por lo que no basta señalar que está interesado en el desarrollo de una red 5G, sino que se hace indispensable que justifique que la asignación de espectro con la que cuenta en la actualidad le impide desarrollar una red de 5G como la que se pretende implementar con la explotación del espectro en los términos previstos por el MICITT con el concurso promovido por la SUTEL. De una lectura integral del recurso se reclama que el ICE estaría imposibilitado no sólo para competir sino también para el desarrollo de una red de esas características por los topes de

concentración definidos, pero estima este órgano contralor que uno de los aspectos sustantivos de la fundamentación de esas alegadas limitaciones, pasa precisamente por acreditar cómo con la asignación existente el Instituto está imposibilitado de realizar ese desarrollo, sea por costos, tecnologías u otras razones técnicas que puedan resultar procedentes. Esa falta de acreditación frente a la discusión del pliego para que se le asigne una mayor porción de espectro resulta relevante porque como bien ha explicado la SUTEL en su respuesta, debe velar por la eficiente asignación del espectro y por ello la especial circunstancia de tratarse de un mercado en competencia supone requerir lo que sea efectivamente necesario para hacer un uso eficiente y permitir también el desarrollo de otros operadores existentes o nuevos. La ausencia de análisis del Instituto como operador actual y con amplia porción del espectro asignada, contrasta con el ejercicio de una prerrogativa válida para limitar la concentración de mercado que se manifiesta como acto concreto en el pliego objetado y por ello susceptible de control de este órgano contralor. Esta construcción técnica -como bien explica la SUTEL- se sustenta en un análisis del mercado competitivo actual de telecomunicaciones, considerando la asignación actual del espectro, el mandato del Poder Ejecutivo y un análisis integral de buenas prácticas de la UIT y del comportamiento internacional de los topes de espectro en mercados internacionales; por lo que para este órgano contralor la definición de los temas discutidos no resulta antojadiza sino sustentada en una serie de puntos técnicos ampliamente expuestos por la Administración licitante y que en específico también se apoyan en el oficio 05315-SUTEL-OTC-2023 del 26 de junio de 2023. De esa forma, en el caso se tiene que el Instituto no ha demostrado que el espectro con el que cuenta no le resulte suficiente para poder implementar y desarrollar una red 5G, y por ende, que requiera espectro adicional del que se subasta en el presente concurso, ello bajo una lectura de asignación eficiente de dicho recurso escaso. Bajo ese orden de ideas, siendo que el uso del espectro debe regularse por tratarse de un bien de dominio público escaso, pareciera fundamental que el instituto objetante partiera en su fundamentación de un análisis de su situación actual en cuanto a la asignación y uso que está haciendo de dicho recurso, demostrando cómo adquirir más bandas de frecuencias de las licitadas resultaba necesario desde el punto de vista técnico y comercial, siendo además acorde con un uso racional y eficiente del mismo. Es por ello que este órgano contralor estima que existe un problema estructural en la fundamentación del recurso que impondría su rechazo de plano, pero que en consideración a la relevancia del concurso y los temas involucrados, se procederá a

realizar el análisis de los aspectos discutidos pese a la falta de fundamentación ya referida según se aborda de seguido.

V.- SOBRE EL FONDO DEL RECURSO INTERPUESTO POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (ICE). 1. Sobre la objeción interpuesta contra las cláusulas 2.1.23, 14.1, 14.6, 14.7, 14.8 y 14.9 sobre control de concentración de espectro así como contra el Anexo 1 – Asignaciones actuales del espectro IMT y cálculo del valor de concentración de control de espectro; en relación al oficio No. 05315-SUTEL-OTC-2023. En razón de que el recurrente se refiere al control de concentración del espectro tocando varios temas, procederá esta División a referirse a cada uno de ellos de forma individual. **a) Sobre el impacto socioeconómico de incluir topes de espectro.** Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Alega el Instituto Costarricense de Electricidad que limitar el espectro generaría restricciones a la inversión e innovación, efectos negativos en la innovación, concentración del espectro, competencia limitada, regulación compleja, desigualdades regionales y efectos en la calidad del servicio. Lo anterior fue rebatido por la Administración al atender la audiencia especial otorgada. Una vez analizados los alegatos de las partes, estima esta División que los alegatos del recurrente se centran en desarrollar aspectos generales y posibles efectos en cada uno de esos tópicos; así como se basan en supuestos o hechos futuros e inciertos utilizando para ello en su redacción términos como “podrían” o “pueden”, que evidencian que se trata de supuestos sobre los que no existe certeza de que ocurran. Adicionalmente, de la amplia exposición que se hace **no es posible desprender cómo estos le limitan la participación de forma injustificada**, sino que obedece a una serie de ejercicios propios del comportamiento del mercado que no sustentan en sentido estricto las pretensiones de modificación del pliego. Por lo demás, en otros temas abordados se refiere el impacto de competencia limitada y se plantea posibles afectaciones a nuevos operadores, lo cual no le resultaría aplicable al recurrente pues ya es un actor en el mercado de telecomunicaciones y que contrasta con su argumento de que no existen nuevos operadores interesados. Así las cosas, conforme a lo indicado en el apartado “1” de esta resolución, de todos estos supuestos impactos que plantea el recurrente en ninguno de ellos manifiesta o demuestra, que le representen una limitación injustificada en la participación; sino que más bien parece que se plantea la lectura del ICE sobre los temas de la política pública de control de concentración del espectro que no es sujeta de objeción, pues trasciende el pliego de

condiciones, como antes se desarrolló. Todo lo anterior evidencia falta de fundamentación del recurso de objeción al no demostrar cómo se limita la participación de la recurrente, por lo que lo procedente es **rechazar de plano**, por falta de fundamentación este aspecto del recurso. **b) Sobre el impacto sobre la competencia, los usuarios e implicaciones a largo plazo para el desarrollo de 5G.** Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Alega el recurrente que limitar el espectro tendría diversas consecuencias sobre la competencia y los usuarios, entre ellas destaca la reducción de la competencia en el mercado, una mayor concentración de mercado, desigualdad en la asignación de espectro, una menor cobertura de zonas rurales, áreas menos rentables, posibles aumentos en los precios de los servicios, impacto en la calidad de los servicios, menos opciones para los usuarios, retraso en la adopción de 5G y freno a la innovación. Se desprende de estos argumentos del ICE que su enfoque parte de afirmar que con el control a la asignación del espectro se le impediría participar y con ello se perdería un competidor (el ICE). Es decir, el recurrente estima que como resultado de este concurso potencialmente los operadores privados crecerían en su porción de espectro afectando negativamente la concentración, la competencia y los usuarios, al punto de afirmar que se podría convertir en un oligopolio. Lo anterior es importante por cuanto el recurrente no explica cómo arribó a esas conclusiones desde su realidad actual en el mercado de las telecomunicaciones y la cantidad de espectro que tiene asignada actualmente, ni tampoco se desarrolla cómo con la cantidad de espectro que actualmente posee, enfrentaría una afectación concreta que le imposibilite brindar los servicios de la red 5G. En igual sentido sobre la supuesta mayor concentración, reducción de la competencia y desigualdad en la asignación del espectro, tampoco explica el recurrente cómo a partir de su realidad en cuanto espectro asignado, aún con la nueva asignación de espectro a operadores privados ocurrirían los fenómenos que afirma. Para este órgano contralor si el ICE pretendía demostrar afectaciones por el control de asignación del espectro, al menos, debió explicar con detalle su situación actual en cuanto a asignación del espectro y cómo a pesar de ella, la nueva asignación que eventualmente tendrían otros operadores le impediría ejecutar la tecnología 5G. También omite el recurrente referirse a la posibilidad que le ofrecen las bases del concurso de renunciar a frecuencias, pues la cláusula 14.11 del pliego de condiciones, brinda la posibilidad de renunciar a frecuencias ya asignadas, en caso de que oferentes que superen el tope de concentración de espectro en el mercado, deseen participar en el presente concurso. Ahora bien en cuanto a la posible afectación a los

usuarios de zonas rurales o menos rentables y los aumentos de precio, es claro que esto también obedece a la estrategia comercial que cada operador determine, sin embargo, omitió la recurrente referirse a las disposiciones del pliego de condiciones que pretenden mitigar ese efecto (cláusula 77.4.1 Despliegue de infraestructura y condiciones mínimas del servicio), pues afirma la Administración que a través de la banda de 700 MHz se pretende llegar a las zonas no servidas del país y por medio del despliegue en bandas medias atender los distritos sub-servidos, es decir, debió la recurrente demostrar que a pesar de estas regulaciones del pliego la afectación que afirma igualmente se presentaría. Igual suerte corren los argumentos del recurrente que se refieren a las posibles implicaciones a largo plazo en el desarrollo de 5G pues estima que con el control de espectro habrá retraso en la adopción de esta tecnología y frenará la innovación, sin embargo, nuevamente parte el recurrente de la premisa de que su representada sería excluida como operador clave, sin explicar cómo esto ocurriría a partir de las condiciones del concurso y del espectro con el que cuenta asignado actualmente. Así las cosas conforme a lo indicado en los apartados “I y II” de esta resolución, todas las consecuencias que plantea el recurrente no acreditan una limitación injustificada en la participación del ICE sino más bien se refieren a consideraciones propias de la política pública de control de concentración del espectro que no es sujeta de objeción, así como el ejercicio de competencias de la SUTEL, sin que exista una mayor fundamentación sobre estos escenarios eventuales. Es por ello que en cuanto a esos temas, se tiene que existe falta de fundamentación del recurso de objeción al no demostrar cómo se limita la participación de la recurrente, por lo que lo procedente es **rechazar de plano**, por falta de fundamentación este aspecto del recurso. **c) Sobre la objeción interpuesta contra la omisión de someter a consulta pública el oficio 05315-SUTEL-OTC-2023.** Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Reclama el ICE que el oficio 05315-SUTEL-OTC-2023 con base en el cual la SUTEL efectuó las modificaciones de las cláusula 2.1.23, 14.1, 14.6, 14.7, 14.8, y, 14.9; no fue puesto en consulta pública y que no es hasta que la Contraloría General solicitó poner en conocimiento el fundamento del tope de espectro que fue accesible a las partes interesadas. Señala SUTEL que, de conformidad con el numeral 361 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP, Ley No. 6227), siendo el oficio 05315-SUTEL-OTC-2023 la determinación de las normas específicas de la contratación, no resultaba procedente someterlo a la consulta pública y que en todo caso, estuvo a disposición de las partes. Vistos los argumentos de las partes, de conformidad con los artículos

88 de la LGCP y 246 del RLGCP, considera este órgano contralor que el recurso adolece de una falta de fundamentación, en tanto el oficio 05315-SUTEL-OTC-2023 constituye un acto técnico preparatorio del procedimiento, sobre el que el ICE no explica con su recurso cuáles son las normas concretas del ordenamiento jurídico que estima infringidas con el aspecto impugnado. Tampoco explica cómo es que la presunta omisión de la publicación del oficio 05315-SUTEL-OTC-2023, le limitaría la libre participación a los potenciales oferentes en el mercado o hubiese generado indefensión, todo lo cual se entendería enmendado con la posibilidad de objetar el procedimiento después de atenderse lo ordenado por este órgano contralor. **Por tanto, se rechaza de plano el recurso en cuanto a este aspecto por falta de fundamentación. d) Sobre la objeción interpuesta contra el establecimiento del 35% de tope de asignación de espectro al líder en el mercado, y la fórmula C_k donde $K=4$, basada en el supuesto de participación de un cuarto operador nacional.** Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Reclama el ICE que el oficio 05315-SUTEL-OTC-2023 con base el cual la SUTEL efectuó las modificaciones de las cláusula 2.1.23, 14.1, 14.6, 14.7, 14.8, y, 14.9; estableció el porcentaje del 35% como tope de concentración, basándose en el supuesto de que ingresará un cuarto operador. Señala que se utiliza una variable denominada C_k , en la cual k corresponde a la cantidad de proveedores de servicio, asignándose a la variable el valor $K=4$, lo anterior pese a que, afirma, existe evidencia de que no hay interés en un cuarto operador para ingresar en la Fase 1, razón por la cual concluye, dicha limitación carece de motivación. Vistos los argumentos de las partes, de conformidad con los artículos 88 de la LGCP y 246 del RLGCP, considera este órgano contralor que el recurso adolece de una falta de fundamentación según se explica de seguido. En primer término, el ICE no analiza cómo es que con las condiciones actuales del espectro que se encuentra asignado a su representada, se restringiría su operación en el mercado. Cabe recordar que tal y como se mencionó en los apartados anteriores (I y II), el espectro radioeléctrico es un bien demanial escaso, de forma tal que el Estado debe procurar una competencia equitativa. Al atender la audiencia especial, SUTEL explicó que la definición del porcentaje del tope obedece a las políticas públicas y lineamientos aplicables en la materia, lo cual implica la determinación de que exista espectro suficiente para nuevos operadores en el mercado, de manera que, en el pliego se establecieron tales condiciones para promover el ingreso de nuevos competidores en consonancia con los objetivos de tales políticas. Agrega SUTEL que el límite del 35% no deviene de un cálculo propio, sino de una referencia

internacional en materia de competencia económica para casos de concentración, y que, el tope plantea que un operador no puede superar el límite establecido, considerando tanto el espectro ya concesionado, como el que resulte adjudicado durante el procedimiento, como un mecanismo para buscar la competencia efectiva con condiciones más equitativas y la existencia de suficiente espectro para el desarrollo de las redes y los servicios de los distintos participantes del mercado; lo cual no implica que esa tenga que ser la cantidad de espectro asignada al final del procedimiento a cada oferente ganador. Cabe acotar que, al tenor de las políticas públicas en esta materia, según lo expuesto en apartados precedentes, siendo el espectro radioeléctrico un bien demanial, la Administración procuró en el concurso la implementación de dos fases, con la finalidad de incentivar y favorecer en la Fase 2, el desarrollo regional de las telecomunicaciones, por lo que no todo el espectro disponible para concesión, debe ser asignado en Fase 1. En ese sentido, pese a que el ICE aporta Informe Técnico emitido por la Gerencia Telecomunicaciones el 25 de setiembre de 2024, no logra acreditar, con base en las frecuencias que ya tiene asignadas su representada, cómo es que el establecimiento de un tope de espectro inferior a 35% o su eliminación, garantizaría el cumplimiento de las metas y las políticas públicas en materia de telecomunicaciones emitidas por el MICITT y los lineamientos específicos dictados para este concurso por el mismo Ministerio para promover la competencia. En esa misma línea, no demuestra el ICE cómo considerando la asignación de espectro que ostenta actualmente su representada, el establecimiento del 35% de tope de concentración para el operador líder resulte irrazonable, desproporcionado o contrario a las reglas de la ciencia y la técnica en los términos del artículo 16 de la Ley General de Administración Pública (LGAP, Ley No. 6227). Tampoco aporta prueba ni fundamenta el ICE por qué el indicador de concentración C_k no resulta de aplicación al caso concreto, ni señala cuáles serían los modelos o indicadores que debieron correrse en su lugar, en el asunto de marras, de conformidad con la realidad que afirma, impera en el mercado. **Por tanto, se rechaza de plano el recurso en cuanto a este aspecto por falta de fundamentación. e) Sobre la objeción interpuesta contra la incongruencia en el cálculo del tope de las bandas altas (superior a los 6Ghz - 1137.5 Mbps): cálculo con base en tres operadores.** Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Reclama el ICE que en el oficio 05315-SUTEL-OTC-2023 con base en el cual la SUTEL efectuó las modificaciones de las cláusula 2.1.23, 14.1, 14.6, 14.7, 14.8, y, 14.9; en la nota del pie de página de la página 11, se parte del supuesto de un cuarto operador, sin

embargo, afirma que en el pliego de condiciones las bandas altas (superior a los 6Ghz - 1138 Mbps) según la fórmula usada para el tope, no está prevista para más de tres operadores. Vistos los argumentos de las partes, de conformidad con los artículos 88 de la LGCP y 246 del RLGCP, considera este órgano contralor que el recurso adolece de una falta de fundamentación según se explica de seguido. Así entonces, a fin de contextualizar lo impugnado, se tiene que el párrafo que remite a la nota al pie No. 12 impugnada, dice en el oficio 05315-SUTEL-OTC-2023 del 26 de junio de 2023, lo que de seguido se transcribe: “[...] *algunos países han optado por establecer topes para cada banda ofrecida en un determinado proceso de subasta, mientras que otros países han definían (sic) límites de espectro a nivel general o multibanda, o incluso sólo para algunas bandas, **esto depende de los objetivos de política pública o regulatorios que se sigan en un determinado proceso de licitación, así como de la cantidad de espectro disponible para ser licitado. Se considera que el establecimiento de topes de espectro por rangos de bandas (bandas bajas, medias y altas), es técnicamente adecuado**, toda vez que estos rangos de bandas tienen propiedades de cobertura y capacidad distintas entre sí, y por tanto no resultan sustituibles entre sí, más aún en el caso del despliegue de redes 5G resultan complementarias. Por lo cual, se debe garantizar que se prevenga la existencia de concentración en cualquiera de dichos rangos de bandas. Adicionalmente, **para garantizar otros lineamientos de política pública** incluidos en la instrucción recibida, como pueden ser eficiencia espectral, condiciones de uso referentes a las bandas de frecuencias objeto de concurso (11) **y condiciones aplicables para eventuales operadores entrantes (12)**, se considera que el establecimiento de topes por rangos de bandas sería una determinación más adecuada para reconocer las diferencias y necesidades específicas de los distintos tipos de bandas para el despliegue de 5G” (resaltado es propio) (página 11 del oficio de referencia). De seguido la nota al pie No. 12 indica: “**Ya que un eventual cuarto operador que ingrese al mercado, requeriría contar con un portafolio de frecuencias bajas, medias y altas para tener una operación creíble de 5G, por lo cual la concentración en un determinado rango de bandas lo podría afectar a futuro**”. (resaltado es propio) (página 11 del oficio de referencia). En ese sentido, al atender la audiencia especial, la SUTEL manifiesta que el tope lo que plantea es un nivel máximo de tenencia de espectro que puede poseer un determinado operador, a fin de prevenir que un único operador oferte por una cantidad de espectro más alta de la necesaria, impidiendo a otros competidores acceder a ese recurso; de forma tal que, el tope no constituye una distribución predefinida del espectro que alcance el mercado, puesto que los operadores*

podrían decidir no participar por ese espectro, optar por un bloque de 400 MHz o bien ofertar por el máximo posible (850 MHz); siendo el fin asegurar que el espectro disponible sea suficiente para cuatro operadores, garantizándoles a todos el recurso necesario para desplegar su red. Así las cosas, estima este órgano contralor que el ICE no demuestra que la discrepancia endilgada a la fórmula de las bandas altas se presente en la forma en la cual indica. En efecto, tal y como lo señala la Administración el establecimiento de los topes para asignación de frecuencias en el espectro radioeléctrico atienden a políticas públicas tendientes a la equidad y eficiencia en su uso, de manera que, era carga de la prueba de la objetante, demostrar que la discrepancia invocada existe en el pliego de condiciones y que la misma resulta contraria a las reglas de la ciencia y la técnica en los términos del artículo 16 de la Ley General de Administración Pública (LGAP, Ley No. 6227). Así las cosas, no basta con alegar presuntas falencias, pues es deber de la objetante fundamentar y probar técnicamente que la misma existe, y las implicaciones de frente a la libre participación de los oferentes. **Por tanto, se rechaza de plano el recurso en cuanto a este aspecto por falta de fundamentación. f) Sobre la objeción interpuesta para que se establezcan bandas diferenciadas según rango de frecuencia (bajas, medias y altas).** Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Reclama el ICE que en el oficio 05315-SUTEL-OTC-2023 con base en el cual la SUTEL efectuó las modificaciones de las cláusula 2.1.23, 14.1, 14.6, 14.7, 14.8, y, 14.9; se recomendó la posibilidad de definir técnicamente topes de espectro diferenciados para cada gama o rango (bandas bajas, bandas medias y bandas altas). Vistos los argumentos de las partes, de conformidad con los artículos 88 de la LGCP y 246 del RLGCP, considera este órgano contralor que el recurso adolece de una falta de fundamentación. Al efecto, el pliego de condiciones en el apartado denominado Anexo 1 - Asignaciones actuales del espectro IMT y cálculo del valor de concentración de control de espectro, establece en la Tabla 9. Cálculo del valor de control de concentración de espectro, que el tope de espectro por tipo de banda (MHz) es el siguiente:

Tipo de banda	Bandas de frecuencias	Cantidad de espectro disponible (MHz)	Total de espectro por tipo de banda (MHz)	Tope de espectro por tipo de banda (MHz)
Baja (por debajo de 1 GHz)	700 MHz	90	140	49
	850 MHz	50		
Media (desde 1	1800 MHz	150	960	336

GHz hasta 6 GHz)	1900/2100 MHz	120		
	2300 MHz	100		
	2600 MHz	190		
	3300-3500 MHz	200		
	3500-3600 MHz	100		
	3600-3700 MHz	100		
Milimétrica (por encima de 6 GHz)	26 GHz	1250	3250	1137.5
	28 GHz	2000		

(página 100 del pliego de condiciones). De la anterior tabla se deriva que existe un tope determinado para cada una de las bandas, es decir, de 49 MHz para las bandas bajas, 336 MHz para bandas medias y 1137,5 MHz para bandas altas. En ese sentido, al contestar la audiencia especial, SUTEL explica que efectivamente se establecieron topes diferenciados para cada una de las bandas de frecuencia que fueron calculados en cada caso, según la cantidad específica de espectro asignado para el tipo de banda, conforme a los cuales se establecieron cantidades máximas que no se pueden sobrepasar en cada una de éstas. Adiciona SUTEL que, se emplea un único porcentaje de 35% máximo de acumulación de espectro permitido para la estimación de dichos topes, en tanto no existe justificación para definir porcentajes diferenciados entre bandas, toda vez que el porcentaje definido lo que plantea es un nivel a partir del cual se considera que la concentración de espectro del mercado puede afectar el nivel de competencia. Bajo ese panorama, el ICE no demuestra que no se haya acogido la recomendación de establecer topes diferenciados para cada una de las bandas, ya que el pliego de condiciones en el Anexo 1, Tabla 9, concretamente los ha determinado según la cantidad de frecuencia a concesionar con el concurso. En igual sentido, el recurrente no señala por qué los topes para cada una de las bandas establecidas (bajas, medias y altas); de conformidad con las frecuencias que ya posee asignadas su representada, limitarían su libre participación y el ejercicio de su negocio en el mercado. Nótese que en efecto, los topes han sido diferenciados según la cantidad de bandas de frecuencia por concesionar, calculadas con base en un 35% de tope de concentración al líder del mercado. Así, el ICE no explica cuál sería el motivo de inconformidad de frente a tales topes de concentración, para cada una de las bandas. Tampoco

fundamenta ni demuestra que el establecimiento del 35% de tope de concentración para el operador líder en cada una de las bandas, resulte irrazonable, desproporcionado o contrario a las reglas de la ciencia y la técnica en los términos del artículo 16 de la Ley General de Administración Pública (LGAP, Ley No. 6227). Aunado a ello, no explica cuáles serían los porcentajes diferenciados que en su lugar considera deberían haber sido establecidos, ni que estos permitan cumplir con las políticas públicas en materia de telecomunicaciones emitidas por el MICITT, y concretamente con los lineamientos específicos girados por ese Ministerio para este concurso. **Por tanto**, se **rechaza de plano** el recurso en cuanto a este aspecto por falta de fundamentación. **g) Sobre la contabilidad del espectro asignado al ICE.** Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Alega el recurrente que se le revocó parcialmente la concesión en la banda de 2.6GHz que le imposibilita usar 70MHz y que en la banda 2100MHz (2x10) hay 20MHz que están interferidos, por lo que en total hay 90MHz que no deben ser considerados en la contabilidad del espectro. No obstante lo anterior al atender la audiencia especial otorgada la SUTEL explica que no ha sido notificada formalmente por parte del Poder Ejecutivo sobre la supuesta revocatoria del segmento de 70MHz de la banda de 2.6GHz por lo que los mismos se mantienen habilitados en el Registro Nacional de Telecomunicaciones. Adicionalmente sobre los 20MHz pertenecientes a la banda 2100MHz la SUTEL también explica que dicha gestión no ha culminado en modificación alguna de los títulos habilitantes otorgados al ICE por lo que la contabilización del espectro se mantiene. Una vez analizados los alegatos de las partes se tiene que si bien el ICE alega reducción en su espectro, lo cierto es que no viene a demostrar con prueba idónea que efectivamente se le haya revocado dicha cantidad de espectro por los motivos que señala. En ese sentido se debe recordar que la carga de la prueba le corresponde al recurrente como parte del deber de fundamentación, por lo que bien pudo el ICE haber aportado algún documento, constancia o certificación que acredite que realmente dicha revocatoria del espectro se encuentra en firme y reflejada en el Registro Nacional de Telecomunicaciones, es decir, debió el recurrente respaldar sus afirmaciones en cuanto a la revocatoria e interferencia de los segmentos del espectro que alega, con prueba idónea y demostrar que las mismas le fueron aplicadas. Así las cosas no logra demostrar el recurrente que se deba replantear la contabilidad del espectro asignado al ICE, consignada en el anexo 1 del pliego. En razón de lo anterior y conforme al artículo 245 del RLGCP el recurso debe ser rechazado de plano cuando se presente sin la fundamentación exigida en el numeral 88 de la

LGCP, por lo que se **rechaza de plano** el recurso de objeción interpuesto en el presente extremo por falta de fundamentación. **h) Sobre la situación actual del proceso de asignación de espectro, evaluación nivel sigma y riesgos de ineficiencia en la asignación.** Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Señala el recurrente una serie de aspectos referentes a la gestión del espectro y el conocimiento que tenía la SUTEL respecto a los requerimientos del espectro del ICE y concluye que la SUTEL restringe la participación del ICE, a pesar del alto riesgo de que el espectro no sea asignado, lo cual afecta directamente las necesidades del ICE para el despliegue de su red móvil 5G. No obstante lo anterior si bien el ICE plantea posibles riesgos, estos argumentos no vienen a demostrar que se vea limitada injustificadamente su participación, máxime cuando no explica cómo a partir de su realidad en cuanto al espectro que tiene asignado, se vería afectado o imposibilitado de brindar el servicio 5G con la capacidad actual. Es decir el recurrente parte de la premisa de que, como resultado de este concurso los operadores privados crecerían en su porción de espectro afectando negativamente la concentración, la competencia y los usuarios, al punto de afirmar que se ve afectado directamente en sus necesidades para el despliegue de la red móvil 5G. Lo anterior es importante por cuanto el recurrente no explica cómo arribó a esas conclusiones desde su realidad actual en el mercado de las telecomunicaciones y la cantidad de espectro que tiene asignado actualmente, es decir, no logra demostrar el ICE cómo, con la cantidad de espectro que actualmente posee, enfrentaría una afectación concreta que le imposibilite brindar los servicios de la red 5G. En esa misma línea, no demuestra el ICE que con la asignación de espectro que ostenta actualmente su representada, le resulte imposible desplegar y brindar el servicio de red móvil 5G, lo anterior de frente a las reglas de la ciencia y la técnica en los términos del artículo 16 de la Ley General de Administración Pública (LGAP, Ley No. 6227). También omite el recurrente referirse a la posibilidad que le ofrecen las bases del concurso de renunciar a frecuencias, pues la cláusula 14.11 del pliego de condiciones, brinda la posibilidad de renunciar a frecuencias ya asignadas, en caso de que oferentes que superen el tope de concentración de espectro en el mercado, deseen participar en el presente concurso. Así las cosas, conforme a lo indicado en los apartados “I y II” de esta resolución, todas las consecuencias que plantea la recurrente no representan una limitación injustificada en la participación, en cuanto al ICE se refiere, sino más bien, pareciera ser una oposición a la política pública de control de concentración del espectro que no es sujeta de objeción, pues trasciende

el pliego de condiciones, como antes se desarrolló, máxime cuando el objeto en concurso se trata del espectro radioeléctrico que es un bien demanial escaso, de forma tal que el Estado está en la obligación de procurar una competencia equitativa en el uso del mismo. Todo lo anterior evidencia falta de fundamentación del recurso de objeción al no demostrar cómo se limita la participación de la recurrente, por lo que lo procedente es **rechazar de plano**, por falta de fundamentación este aspecto del recurso. **i) Sobre los requerimientos del proceso.** Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Indica el recurrente que el pliego de condiciones debe considerar los requerimientos específicos de bloques de frecuencias para otros usos del espectro, como redes de misión crítica y redes inteligentes en sectores como energía y seguridad. La Administración aclara que no incluyen el establecimiento de bloques específicos para la implementación de casos de usos particulares como el referido por el ICE y que los usos no comerciales conforme a los artículos 9 y 26 de Ley N°8642 quedan fuera del alcance del presente concurso. Así las cosas, estima esta División que este aspecto se trata de una simple aclaración, por lo que según lo dispuesto en el numeral 93 del RLGCP *“las aclaraciones a solicitud de parte deberán ser presentadas ante la Administración, dentro del plazo de los ocho días hábiles siguientes a la publicación del pliego de condiciones en el caso de licitaciones mayores y serán resueltas dentro de los cinco días hábiles siguientes a su presentación”*. De este modo, al tratarse de una solicitud de aclaración lo pretendido por el objetante, este órgano contralor resulta incompetente para referirse a este punto del recurso. Por consiguiente, el recurso en este extremo debe ser **rechazado de plano** por este Despacho. **j) Sobre la objeción contra las cláusulas 14.4 y 14.5: concentración del espectro en relación a grupos de interés económico.** Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Alega el objetante que la Administración no motivó las razones técnicas ni legales por las cuales es procedente la sumatoria de espectro IMT asignado a los participantes del consorcio o de un grupo económico, además alega que a pesar de que SUTEL manifiesta que el ICE puede hacer uso del espectro concesionado a RACSA mediante mecanismos a nivel mayorista, dicha entidad rechazó homologar al ICE el contrato de comercialización del servicio inalámbrico fijo por medio de la tecnología FWA de 5G que prestaría RACSA utilizando las frecuencias concesionadas a RACSA. La Administración por su parte alega que la decisión de sumar el espectro asignado a los grupos de interés económico sí se encuentra justificada y que las denegatorias de

mecanismos a nivel mayorista que se le han externado al ICE, es por utilizar instrumentos que no se ajustan a la normativa. Vistos los argumentos de las partes se debe partir del hecho de que el recurrente se limita a indicar que la cláusula del pliego que indica que en caso de los consorcios y grupos de interés económico el espectro de los miembros que los conforman no debe sumarse. De esa forma, el recurrente omite referirse a cuál es su realidad en el mercado de telecomunicaciones y cómo estas cláusulas le impiden participar y más allá de eso tampoco explica cómo con el espectro que el ICE, e incluso el grupo que lo conforman tienen asignado, se vería impedido de brindar el servicio de 5G. Lo anterior es importante por cuanto conforme a lo desarrollado en los apartados “I y II” de esta resolución no puede perderse de vista que la Administración, está obligada a cumplir con la política pública definida en cuanto al control del espectro, su asignación y competencia entre los operadores. En ese sentido no basta con que el recurrente alegue una falta de justificación de la cláusula, sino que debe justificar cómo el espectro que tiene asignado no le permite atender lo dispuesto por la política pública de control de asignación y además cómo a pesar de ello se vería impedida de brindar el servicio 5G. Adicionalmente en cuanto a los alegatos de que se le ha denegado al ICE el uso del espectro concesionado a RACSA mediante mecanismos a nivel mayorista, omitió indicar el recurrente los motivos de dicha decisión, lo cual fue aclarado por la Administración al indicar que se debió a que el recurrente utilizó instrumentos inapropiados como la alianza estratégica, aspecto que no puede ser contrastado, precisamente por la omisión del recurrente de explicarle a esta División los motivos de la denegatoria, evidenciando la falta de fundamentación de la acción recursiva. Tampoco ha explicado la recurrente de frente a la normativa cuál es la imposibilidad de utilizar mecanismos mayoristas para la comercialización de servicios de empresas de un mismo grupo de interés económico, pues se limitó a mencionar un caso concreto respecto del cual ya nos referimos y el ICE no explicó los motivos de la denegatoria, mientras que la Administración sí lo hizo. Todo lo anterior confirma la falta de fundamentación del recurso y que no se demostró la limitación injustificada a la participación. Por su parte, la SUTEL fue enfática en cuanto que las concesiones de espectro son de uso exclusivo de su titular (según lo indicado por la PGR en el dictamen C-177-2023 del 18 de setiembre de 2023), señalando que a pesar de que jurídicamente un miembro del GIE no pueda explotar las concesiones de espectro asignadas a otro de los miembros, tampoco puede dejarse de lado que el no considerar el cálculo del valor de concentración de control de espectro a nivel de grupo económico, no sólo pondría al objetante en una situación ventajosa en relación con el resto de los participantes del mercado,

sino que también haría inefectivo el tope de espectro como el elemento que busca prevenir que se profundice el nivel de concentración actual en materia de espectro IMT, impidiendo el acceso de dicho recurso esencial a otros participantes del mercado y a su vez, incumpliendo con los objetivos de política pública establecidos. En ese sentido, no puede perderse de vista que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la LGT, la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones estarán sujetas a un régimen sectorial de competencia, correspondiéndole a la SUTEL las funciones relativas a promover los principios de competencia en el mercado de telecomunicaciones, entre los cuales destaca el dispuesto en el numeral 3 inciso f) de dicha norma legal, relativo a promover la competencia efectiva, mediante el establecimiento de mecanismos adecuados para que todos los operadores y proveedores del mercado compitan en condiciones de igualdad, a fin de procurar el mayor beneficio de los habitantes y el libre ejercicio del Derecho constitucional y la libertad de elección. Bajo ese panorama, le corresponde a la Sutel analizar el grado de competencia efectiva, término que es definido en el artículo 6 inciso 7) de la LGT como la circunstancia en la que ningún operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones, o grupo de cualquiera de estos, puede fijar los precios o las condiciones de mercado unilateralmente, restringiendo el funcionamiento eficiente de este, en perjuicio de los usuarios. De esta manera, los alegatos del ICE en cuanto a la falta de motivación desde el punto de vista técnico y jurídico para poder realizar la sumatoria del espectro en los GIE no son de recibo, por cuanto la Superintendencia precisamente en el ejercicio de sus competencias regulador de la competencia sectorial, y en aplicación de los lineamientos y mandatos expresos del órgano rector para este concurso, debe garantizar el respeto a la promoción de la competencia efectiva, sin que el recurrente haya planteado por su parte argumentos desde el punto de vista de la normativa de la competencia, que respaldaran su lectura de la supuesta improcedencia para realizar la sumatoria mencionada. Adicionalmente, debe recalcar que la SUTEL también alega razones técnicas relativas al impacto que puede tener la asignación de espectro a un miembro del GIE para todo el grupo en sí mismo, dado que a pesar de que no lo pueden explotar los demás miembros no titulares de la concesión, lo cierto es que sí cuentan con mecanismos mayoristas para comercializar los servicios de las redes repercutiendo ello positivamente para todos los participantes del grupo económico. Aspecto éste respecto del cual tampoco se refirió el instituto objetante, pese a que se trata de temas que no le deben resultar ajenos como operador histórico del mercado de las telecomunicaciones. En razón de lo anterior y conforme al artículo 245 del RLGCP el recurso debe ser rechazado de

plano cuando se presente sin la fundamentación exigida en el numeral 88 de la LGCP, por lo que se **rechaza de plano** el recurso de objeción interpuesto en el presente extremo por falta de fundamentación. **Consideración final:** conforme a los aspectos abordados anteriormente, es claro que el recurrente plantea una oposición al control de concentración del espectro, sin embargo como se ha indicado en los párrafos anteriores, a pesar de su oposición no viene a demostrar cómo esa condición le limita o impide injustificadamente la participación. Lo anterior adquiere relevancia, dada la particularidad de la naturaleza jurídica de la demanialidad del espectro radioeléctrico que se considera escaso, ya que el ICE omite con su acción recursiva, explicar cuál es su realidad en el mercado de telecomunicaciones en cuanto al espectro que actualmente tiene asignado, es decir, no acredita el recurrente cómo a pesar de contar con espectro, el control que se ejerce en este concurso le impide brindar el servicio de tecnología 5G. Así las cosas conforme a lo indicado en los apartados “I y II” de esta resolución, el recurrente no demuestra una limitación injustificada a la libre participación. Por el contrario, de la lectura del recurso es posible colegir que lo que se plantea es una disconformidad con la política pública de control de concentración del espectro; aspecto que se reitera no es plausible ser impugnado vía recurso de objeción, pues trasciende el pliego de condiciones y las competencias de éste ente contralor, tal y como antes se desarrolló. Todo lo anterior evidencia falta de fundamentación del recurso de objeción al no demostrar cómo se limita la participación de la recurrente, por lo que lo procedente es **rechazar de plano**, por falta de fundamentación la objeción planteada contra las cláusulas 2.1.23, 14.1, 14.4, 14.5, 14.6, 14.7, 14.8. y 14.9, así como el Anexo 1, todo esto en relación al control de concentración de espectro. **2. Sobre la objeción interpuesta contra la cláusula 47.1.2.3: postura de salida.** Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Indica el recurrente que se mantiene la interrogante sobre postura de salida por uno o varios bloques genéricos y solicita que la misma se modifique a efecto de que se pueda entender con claridad. La Administración aclara que un oferente puede proponer una opción menor a la cantidad mínima y señala un ejemplo. Así las cosas, estima esta División que este aspecto se trata de una simple aclaración, por lo que según lo dispuesto en el numeral 93 del RLGCP *“las aclaraciones a solicitud de parte deberán ser presentadas ante la Administración, dentro del plazo de los ocho días hábiles siguientes a la publicación del pliego de condiciones en el caso de licitaciones mayores y serán resueltas dentro de los cinco días hábiles siguientes a su presentación”*. De este modo, al tratarse de una solicitud de aclaración lo

pretendido por el objetante, este órgano contralor resulta incompetente para referirse a este punto del recurso. Por consiguiente, el recurso en este extremo debe ser **rechazado de plano** por este Despacho. **3. Sobre la objeción interpuesta contra la cláusula 77.4.1.2: zona de cobertura a atender.** Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Solicita el objetante que se defina y justifique claramente cuál es el porcentaje de la zona de cobertura a atender. Al respecto la Administración señala que para el 90% de los puntos dentro de los polígonos del Anexo 5.1 del pliego de condiciones, se verificará la cobertura en dichas zonas por medio de muestras y debe cumplirse con la intensidad de señal en la escala de colores azul o verde. Vistos los argumentos de las partes, de conformidad con los artículos 88 de la LGCP y 246 del RLGCP, considera este órgano contralor que el recurso adolece de una falta de fundamentación. Lo anterior en razón de que si bien el recurrente plantea cuestionamientos en cuanto al porcentaje de cobertura por zona, no indica cómo esto le limita la participación de forma injustificada. En ese sentido bien pudo demostrar el recurrente que el porcentaje definido por la Administración en el pliego resulta técnicamente imposible de cumplir por lo oferentes, esto por ejemplo, a través de estudios o criterios técnicos lo que evidencia la falta de fundamentación. En esa misma línea, no demuestra el ICE que el porcentaje de la zona de cobertura sea de imposible cumplimiento frente a las reglas de la ciencia y la técnica, ni que le represente mayores costos o inconvenientes técnicos en el eventual despliegue. En razón de lo anterior y conforme al artículo 245 del RLGCP el recurso debe ser rechazado de plano cuando se presente sin la fundamentación exigida en el numeral 88 de la LGCP, por lo que se **rechaza de plano** el recurso de objeción interpuesto en el presente extremo por falta de fundamentación. **4. Sobre la objeción interpuesta contra la cláusula 77.4.1.5.2.1: plazo de la prórroga.** Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Alega el recurrente que el pliego no establece el plazo de la prórroga al cual hace referencia la cláusula. Al respecto se observa que el recurrente únicamente se enfoca en manifestar que la cláusula no indica por cuánto tiempo es la prórroga y cuántas veces se puede solicitar y requiere que se corrija la misma a efectos de que indiquen ambos datos. Visto el argumento del recurrente se evidencia que el mismo no indica que esta cláusula le represente una limitación injustificada para participar. Además si se observa la redacción de la cláusula la misma dispone que la prórroga se daría mediante resolución motivada ante eventos calificados como razones de interés público, caso fortuito, fuerza mayor o

hecho de un tercero. Lo anterior resulta de importancia debido a que se tratan eventos excepcionales y calificados como lo indica el pliego de condiciones, por lo que debe valorarse en cada caso concreto la clase de hecho o evento que causa la prórroga, su implicación y proporcionalidad en la ejecución del contrato para que se pueda determinar un plazo razonable de prórroga. Igualmente estima esta División que no resulta posible definir con antelación cuántos eventos de interés público, caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero se van a dar durante la ejecución del contrato como para definir con antelación cuántas veces se dará la prórroga. En conclusión el objetante no fundamenta ni demuestra cómo esta cláusula le limita la participación, además no lleva razón en cuanto a que se puedan definir, desde el pliego los plazos y número de eventos que justificarán estas prórrogas, ni en su acción recursiva logró demostrar lo contrario, lo que evidencia la falta de fundamentación del recurso. En razón de lo anterior y conforme al artículo 245 del RLGCP el recurso debe ser rechazado de plano cuando se presente sin la fundamentación exigida en el numeral 88 de la LGCP, por lo que se **rechaza de plano** el recurso de objeción interpuesto en el presente extremo por falta de fundamentación.

5. Sobre la objeción interpuesta contra las cláusulas 77.4.1.5.2.3, 77.4.1.5.3.2 y 77.4.1.5.4.2: incumplimientos superiores al 5% de las unidades de infraestructura de acceso. Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Indica el recurrente que el pliego no es claro en cómo proceder ante incumplimientos superiores al 5% de las unidades de infraestructura de acceso. La Administración aclara que resultaría aplicable lo dispuesto en el inciso 1) subinciso b) del artículo 22 de la Ley N°8642. Así las cosas, estima esta División que este aspecto se trata de una simple aclaración, por lo que según lo dispuesto en el numeral 93 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública *“las aclaraciones a solicitud de parte deberán ser presentadas ante la Administración, dentro del plazo de los ocho días hábiles siguientes a la publicación del pliego de condiciones en el caso de licitaciones mayores y serán resueltas dentro de los cinco días hábiles siguientes a su presentación”*. De este modo, al tratarse de una solicitud de aclaración lo pretendido por el objetante, este órgano contralor resulta incompetente para referirse a este punto del recurso. Por consiguiente, el recurso en este extremo debe ser **rechazado de plano** por este Despacho. **6. Sobre la objeción interpuesta contra las cláusulas 77.4.1.5.3.1, 77.4.1.5.2, 77.4.1.5.4, 77.4.1.6.2, 77.4.1.6.3 y 77.4.1.6.4: plazos y porcentajes de despliegue para las bandas medias y altas.** Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción.

Criterio de la División. Argumenta el recurrente que se presentan diferentes plazos y porcentajes en el cronograma de despliegue para las bandas medias y altas y para los operadores nuevos y actuales a pesar de que ambos deben realizar prácticamente el mismo esfuerzo físico de implementación, permisos, energía y demás recursos. Solicita unificar los plazos y porcentajes para las bandas y operadores. Por su parte la Administración alega preclusión y además indica que estos plazos y porcentajes obedecen a la política pública definida por el Poder Ejecutivo que solicita establecer obligaciones contractuales diferenciadas para operadores entrantes por lo que estos plazos son un incentivo solo aplicable para el caso de nuevos operadores. Preliminarmente sobre la preclusión, se remite a lo indicado en el apartado “III” de esta resolución por lo que se estima que no se ha configurado la preclusión procesal y que es esta la oportunidad procesal que tenían los recurrentes para manifestarse respecto a los pies de página que incluyó SUTEL al pliego de condiciones. Ahora sobre el fondo del recurso y una vez analizados los argumentos de las partes estima esta División que si bien el recurrente plantea las diferencias que establecen las bases del concurso en cuanto a plazos y porcentajes de despliegue, haciendo diferenciaciones entre bandas y operadores nuevos y actuales, no explica el ICE cómo estos plazos y porcentajes le limitan injustificadamente la participación. Tampoco explica cómo a pesar de su experiencia en la ejecución de la actividad de telecomunicaciones le resultaría técnicamente imposible cumplir estos plazos y porcentajes, lo cual además debía ser demostrado con prueba idónea. En esa misma línea, no demuestra el ICE que con los plazos y porcentajes definidos por la Administración en las bases del concurso, le resulte imposible cumplirlos, lo anterior de frente a las reglas de la ciencia y la técnica. También es omiso el recurrente en referirse a cómo podría la Administración unificar los plazos y porcentajes, como lo solicita, y a la vez cumplir con la política pública que le ha definido el Poder Ejecutivo, sea la de establecer condiciones diferenciadas para incentivar el ingreso de nuevos operadores. Todo lo anterior demuestra la falta de fundamentación del recurso. En razón de lo anterior y conforme al artículo 245 del RLGCP el recurso debe ser rechazado de plano cuando se presente sin la fundamentación exigida en el numeral 88 de la LGCP, por lo que se **rechaza de plano** el recurso de objeción interpuesto en el presente extremo por falta de fundamentación.

7. Sobre la objeción interpuesta contra la Tabla 5.1: polígonos de cobertura. Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Expone el recurrente que en este anexo se muestran los polígonos a cubrir que tienen el mismo nombre e identificación pero que representan

polígonos distintos, por lo que solicita corregirlo. La Administración por su parte reconoce que mediante oficio número 08682-SUTEL-DGC-2024 del 1 de octubre de 2024, externó que, si bien en el listado de áreas de atención existen cinco registros etiquetados con el mismo nombre, cada uno corresponde a polígonos distintos (áreas), por lo que el nombre asignado termina siendo información de mera referencia que únicamente identifica el nombre de la zona donde se realizarán los desarrollos. Así las cosas, pese a lo indicado por la SUTEL, se tiene que la aclaración externada se hizo con posterioridad a la interposición del recurso de objeción e incluso de la audiencia especial otorgada por este órgano contralor; por lo que siendo una variación de los polígonos que afectaría a cualquier potencial oferente y en atención a la transparencia, publicidad y trato igualitario para todos los interesados, deberá proceder la Administración a realizar la respectiva modificación del pliego de condiciones y detallar claramente los registros y particularmente que los nombres asignados se puedan diferenciar, a efecto de evitar futuras confusiones sobre este aspecto. En razón de lo expuesto **se declara con lugar** este aspecto del recurso para que se realice los ajustes. **8. Sobre la objeción de las cláusulas 77.4.1.5.2.4 (Tabla 4), 77.4.1.5.3.4 (Tabla 5), 77.4.1.5.4.4 (Tabla 6) y 77.4.1.5.5.2 (Tabla 7): nota al pie de página en relación al oficio No. 06426-SUTEL-DGC-2024.** Se resuelve conforme a lo indicado por las partes, según consta en el expediente electrónico del recurso de objeción. **Criterio de la División.** Dado que el recurrente desarrolla varios aspectos objetados para las cláusulas de cita y sus respectivas tablas se abordarán por separado para una mayor claridad. **a) Sobre el acceso a la información en el expediente de la licitación.** Reclama el ICE que el oficio No. 06426-SUTEL-DGC-2024 de fecha del 23 de julio del 2024 y la documentación que en este se menciona no es de fácil acceso en el expediente del concurso. Sobre el particular y vistos los argumentos de las partes, de conformidad con los artículos 88 de la LGCP y 246 del RLGCP, considera este órgano contralor que el recurso adolece de una falta de fundamentación. El ICE aduce que existe una aparente dificultad en acceder los documentos y que debió ingresar por varias rutas en el sitio web y el Diario oficial La Gaceta para encontrarlos. Sin embargo, no demuestra que en efecto dicha situación le haya generado indefensión o bien limite la participación en el concurso, por lo demás interpuso su recurso oportunamente. **Por tanto, se rechaza de plano** el recurso en cuanto a este aspecto por falta de fundamentación. **b) Sobre la obligación del despliegue de 5G.** Aduce el ICE que las especificaciones técnicas para las bandas están indicadas para 5G, obligando a los oferentes a realizar el despliegue en 5G, aunque se pueda brindar la conectividad con 4G. Vistos los

argumentos de las partes, de conformidad con los artículos 88 de la LGCP y 246 del RLGCP, considera este órgano contralor que el recurso adolece de una falta de fundamentación. El recurrente no explica cómo es que de frente a las frecuencias que ya tiene asignadas y el giro de su negocio, dicha especificación limitaría su libre participación en el mercado. Aunado a ello, dado que el presente concurso se funda en políticas públicas y lineamientos emitidos por el MICITT en materia de telecomunicaciones, debió el ICE probar que aun con despliegues de tecnología 4G en lugar de 5G, se lograría cumplir con los objetivos nacionales en este campo. Recuérdese que se trata de un concurso para concesión de frecuencias para desarrollo de 5G, de manera que al ser un bien demanial, se encuentra sujeto al desarrollo y explotación que sea determinado por el Estado. **Por tanto, se rechaza de plano** el recurso en cuanto a este aspecto por falta de fundamentación. **c) Sobre la omisión de desarrollar la fórmula para determinar las velocidades.** Arguye el ICE que el documento en el inciso “3.2.6. Enfoque en la calidad de experiencia de usuario final” no desarrolla la fórmula para determinar las velocidades. Vistos los argumentos de las partes, de conformidad con los artículos 88 de la LGCP y 246 del RLGCP, considera este órgano contralor que el recurso adolece de una falta de fundamentación. En efecto, en el oficio No. 06426-SUTEL-DGC-2024 en el apartado 3.2.6. Enfoque en la calidad de experiencia de usuario final, se halla la indicación de la fórmula empleada para el cálculo de las velocidades y en la Tabla 7 los valores utilizados por SUTEL para el cálculo teórico de tasa de transmisión de datos. En ese sentido, el ICE no explica ni fundamenta, cuál es la omisión que sobre la fórmula reclama. Tampoco fundamenta ni expone por qué dicha omisión podría generar una limitación a la libre participación. Cabe acotar que, en el punto 3.2.6. del oficio No. 06426-SUTEL-DGC-2024 se explica que para la fórmula ahí indicada, es decir, para los nuevos parámetros, se consideró 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 v15.23.02). De manera que, en relación a este último documento, tal y como señala SUTEL al atender la audiencia especial, el enlace provisto en el oficio No. 06426-SUTEL-DGC-2024, se puede acceder al portal de la 3GPP y descargar la versión del estándar técnico denominado “Release 15 (3GPP TS 38.306 v15.23.0)”. Conforme a lo anterior, el ICE no realiza una debida fundamentación de las razones por las cuales estima, que la fórmula es inexistente y tampoco acredita que la misma resulte irrazonable, desproporcionado o contraria a las reglas de la ciencia y la técnica en los términos del artículo 16 de la Ley General de Administración Pública (LGAP, Ley No. 6227). **Por tanto, se rechaza**

de plano el recurso en cuanto a este aspecto por falta de fundamentación. **d) Sobre el error material de la fórmula de la tasa de transmisión (Mbps).** Invoca el ICE que en el oficio No. 06426-SUTEL-DGC-2024 referido, la fórmula de la tasa de transmisión (Mbps) existe un error material, ya que multiplica por cero toda la ecuación, de manera que peticona que se revise dicho aspecto. Estima esta División que este aspecto se trata de una simple aclaración, por lo que según lo dispuesto en el numeral 93 del RLGCP *“las aclaraciones a solicitud de parte deberán ser presentadas ante la Administración, dentro del plazo de los ocho días hábiles siguientes a la publicación del pliego de condiciones en el caso de licitaciones mayores y serán resueltas dentro de los cinco días hábiles siguientes a su presentación”*. De este modo, al tratarse de una solicitud de aclaración lo pretendido por el objetante, este órgano contralor resulta incompetente para referirse a este punto del recurso. Por consiguiente, el recurso en este extremo debe ser **rechazado de plano**. **e) Sobre la objeción interpuesta contra discrepancia entre las recomendaciones de SUTEL en relación a la velocidad de referencia.** El ICE solicita que la velocidad de referencia sea equivalente al 60% del cálculo realizado por SUTEL, para que se homologue con lo dispuesto en la resolución de SUTEL RCS-152-2017. Explica que el documento 06426-SUTEL-DGC-2024 recomienda utilizar el 80% del valor teórico obtenido, lo cual se mantuvo en el pliego, sin embargo, alega que en el documento RCS-152-2017 se indica que para servicios móviles la velocidad de referencia debe ser mayor o igual al 60%. Afirma el ICE que la velocidad de transmisión ha sufrido cambios desde que se hizo la consulta pública del pliego hasta la publicación de este. Vistos los argumentos de las partes, de conformidad con los artículos 88 de la LGCP y 246 del RLGCP, considera este órgano contralor que el recurso adolece de una falta de fundamentación. En primer término, el ICE no fundamenta ni prueba que el establecimiento del valor del 60% permita cumplir con los objetivos de política nacional que se persigue con el objeto a concesionar en el presente concurso. Al respecto, explica SUTEL que el porcentaje de referencia corresponde al 80% de la velocidad provisionada, el cual es correspondiente a uno de los umbrales de referencia según el indicador ID-18 de la RCS-152-2017; de forma que dicha proporción es más exigente que la aplicable para el servicio móvil de las redes actuales, considerando que, las características de las redes 5G permiten mayores prestaciones que sus antecesoras, lo cual atiende al cumplimiento de objetivos de política pública. Por otro lado, el ICE no fundamenta ni acredita que el valor del 80% le limite la libre participación en el mercado o que, dado el giro de su negocio, no le sea posible cumplir con el mismo. Aunado a ello, no acredita el ICE que el

establecimiento del 80% contradiga los parámetros establecidos en la resolución RCS-152-2017 “Umbrales de cumplimiento para los indicadores establecidos en el reglamento de prestación y calidad de servicios (RPCS)”, puesto que en el mismo documento se indica que el umbral era de carácter informativo y sería utilizado por la SUTEL como referencia en las publicaciones que se emitieran sobre este particular. Adicionalmente para los servicios móvil y satelital se señala en el punto 18. Indicador: Relación entre velocidad de transferencia de datos local o internacional respecto a la velocidad aprovisionada (ID-18), que *“debe ser igual o mayor al 60%”*, sin que el ICE demuestre por qué el 80% contradice tal indicación, en tanto 80% es mayor a 60%; siendo 80% el establecido para este pliego de condiciones en concreto. **Por tanto, se rechaza de plano** el recurso en cuanto a este aspecto por falta de fundamentación. **f) Sobre la objeción interpuesta contra la omisión de considerar el factor de actividad.** Solicita el ICE que se tome en cuenta para la medición de calidad lo indicado por el 3GPP TS 22.261 versión 17.11.0, Tabla 7.1.1, en el cual se especifica para cada tipo de escenario para servicios en 5G, hay un factor denominado “factor de actividad”, el cual regula la capacidad de transferencia de ancho de banda para un porcentaje de los usuarios. Vistos los argumentos de las partes, de conformidad con los artículos 88 de la LGCP y 246 del RLGCP, considera este órgano contralor que el recurso adolece de una falta de fundamentación. Tal y como se señaló en el antecedente, en la sección 3.2.6. Enfoque en la calidad de experiencia de usuario final del oficio No. 06426-SUTEL-DGC-2024, se señaló el cálculo realizado para determinar las velocidades de transferencia de datos objetivo a ser cumplidas por los concesionarios. En ese sentido, al atender la audiencia especial, SUTEL explicó que conforme a la recomendación de la 3GPP, el cálculo efectuado no incluye el factor de actividad señalado por el ICE, lo cual no invalida los resultados obtenidos, siendo 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. Al respecto, el ICE no fundamenta cómo es que el factor de actividad que reclama no fue incluido por SUTEL en el cálculo, afectaría el contexto de la medición de calidad, visto que se plantea mediante la evaluación de servicio. Asimismo, no explica, fundamenta ni prueba cómo es que la omisión del factor de actividad, le limita la libre participación. **Por tanto, se rechaza de plano** el recurso en cuanto a este aspecto por falta de fundamentación.

VI.- SOBRE LA AUDIENCIA ORAL QUE FUE SOLICITADA POR SUTEL. Consta en el expediente del recurso que, mediante oficio No. 08645-SUTEL-CS-2024 de fecha 30 de

setiembre de 2024, la Superintendencia de Telecomunicaciones requirió a este órgano contralor realizar una audiencia oral (folio 30 del expediente del recurso de objeción CGR-ROC-2024006510). En ese sentido, consideró este órgano contralor que la misma no resultaba necesaria, en virtud de que se contaron con todos los elementos para la resolución del caso.

VII.- CONSIDERACIONES ADICIONALES. 1) Sobre el orden cronológico del expediente y la garantía en el tiempo de los documentos. Según consta en el expediente, mediante resolución MH-DCoP-RES-0007-2024 de las 11:21 horas del 01 de febrero de 2024, la Dirección de Contratación Pública del Ministerio de Hacienda, autorizó al MICITT-SUTEL para tramitar fuera del Sistema Digital Unificado (actualmente llamado SICOP), la presente licitación. En dicha resolución se advirtió que es de exclusiva responsabilidad de la entidad contratante garantizar el cumplimiento de la normativa vigente y aplicable durante la tramitación de la contratación, lo que involucra la acreditación de supuestos necesarios en caso de utilizarse alguna excepción prevista en el ordenamiento jurídico vigente, o la existencia de normas especiales que fundamentan su actuación, asumiendo la responsabilidad de las razones que motivaron la autorización en los términos indicados. Ahora bien, aunque el artículo 28 del RLGCP se encuentra referido al Sistema Digital Unificado, lo cierto es que posee pautas generales de orden respecto al expediente, que deben ser cumplidas para garantizar la transparencia y el libre acceso al expediente en línea. Así resulta particularmente importante, el mandato de mantener el expediente referenciado mediante un índice de asientos consecutivos, de manera que los documentos del expediente se encuentren numerados y ordenados cronológicamente. En ese sentido, al visitar el sitio web denominado <https://sutel.go.cr/pagina/concurso-espectro-5g>, el cual direcciona para consulta en línea el expediente del concurso de marras, se halla que los documentos que componen el expediente se encuentran agregados en dos columnas: 1. Titulada “Documentos”, y, 2. Titulada “Descarga”. No obstante, los documentos no se encuentran numerados, y tampoco poseen garantía en el tiempo, es decir, se conocen los documentos agregados al expediente, pero no se dispone del dato de la fecha y hora exacta en la cual fueron agregados al mismo. Así las cosas, conforme a lo que fue dispuesto en la resolución de primera ronda de objeciones R-DCP-00041-2024 de las 11:49 horas del 05 de setiembre de 2024, se reitera a la Administración el deber de mantener el expediente administrativo unificado y de fácil acceso, además de ordenado cronológicamente. No obstante lo anterior, se hace estas referencias y consideraciones sobre el expediente en

atención a los principios de publicidad y transparencia, pero **no se aprecia ningún vicio que pueda afectar de alguna manera el trámite del procedimiento.** 2) De conformidad con el artículo 11, Capítulo IV, Título IV de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas No. 9635 del 3 de diciembre del 2018 y el Decreto Ejecutivo No. 41641-H, Reglamento al Título IV de la Ley No. 9635, Responsabilidad Fiscal de la República, se recuerda a la Administración licitante, su deber de verificar desde la base de presupuestación de la contratación, el cumplimiento al límite de regla fiscal previsto para el ejercicio económico del año 2024, así como el marco de presupuestación plurianual dispuesto en el artículo 176 de la Constitución Política. Para estos efectos, la Administración deberá adoptar las medidas de control interno necesarias para verificar que el monto asignado a la contratación que se licita, cumple con dichas disposiciones, debiendo advertirse que su inobservancia podría generar responsabilidad administrativa del funcionario, conforme la regulado en el artículo 26 de la citada Ley.

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** el recurso de objeción interpuestos por 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) **PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones indicadas al pliego de condiciones, dentro del término y condiciones previstas en los artículos 96 de la LGCP y 257 del citado Reglamento. 3) Se da por agotada la vía administrativa. **NOTIFÍQUESE.**

Adriana Pacheco Vargas
Asistente Técnico
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

Karen Zelmira Quirós Cascante
Fiscalizadora Asociada
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

APVKQC/rmr
NI: 20558, 20560, 20564, 20566, 20568, 21103, 21763, 21766,
NN:17323 (DCP-0283)
G:2024003143-2
Expediente Electrónico: CGR-ROC-2024006510

CGR | Firmado digitalmente
Valide las firmas digitales