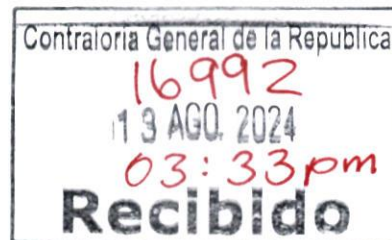


2024-08-13
6000-1066-2024



SE INTERPONE RECURSO DE OBJECCIÓN AL PLIEGO DE CONDICIONES

NÚMERO DE PROCEDIMIENTO: LICITACIÓN MAYOR 2024LY-000001-SUTEL

ÓRGANO INSTRUCTOR: SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

OBJETO: 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.

SEÑORES

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Correo: contraloria.general@cgrcr.go.cr

ESTIMADOS SEÑORES:

Quien suscribe, **HAROLD CORDERO VILLALOBOS**, mayor, casado por segunda vez, cédula de identidad número cuatro- cero ciento sesenta-cero cuatrocientos ochenta y cuatro, Licenciado en Ingeniería Industrial y Máster en Administración de Empresas con énfasis en Finanzas, vecino de Heredia, San Pablo, en mi condición de **GERENTE GENERAL CON RECARGO DE LA GERENCIA DE TELECOMUNICACIONES** con facultades de **APODERADO GENERALÍSIMO SIN LÍMITE DE SUMA** del **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD**, (ICE), entidad autónoma, con cédula de persona jurídica número: 4-000-042139, según se acredita con la certificación de personería adjunta, operador público de telecomunicaciones, dentro del plazo establecido por la Ley General de Contratación Pública (LGCP) y su Reglamento, de conformidad a los artículos 6, 56, 86, 95 y 96 de LGCP, así como al artículo 256 y concordantes de su Reglamento, en tiempo **INTERPONGO RECURSO DE OBJECCIÓN AL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN MAYOR** anteriormente citada, promovida por la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) 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.

I. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE OBJECCIÓN AL PLIEGO DE CONDICIONES POR EL TIPO DE PROCEDIMIENTO

La SUTEL promovió el presente procedimiento de licitación mayor, indicando, en lo que interesa, en el pliego de condiciones:

*"SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES, INVITACIÓN, LICITACIÓN MAYOR POR ETAPAS, **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". (El resaltado es proveído).

El artículo 95 de la LGCP indica en lo que interesa:

"a) Tratándose de licitación mayor, la Contraloría General de la República ostenta la competencia para conocer del recurso, el cual deberá ser interpuesto en el sistema digital unificado dentro del plazo de los ocho días hábiles siguientes a la publicación del pliego de condiciones." (El resaltado es proveído).

Por ende, es claro que la presente gestión le compete a este órgano contralor; en este sentido, el presente recurso de objeción contra el pliego de condiciones se fundamenta en el hecho de inconsistencias graves que se detallarán más adelante y a su vez, en la incertidumbre de datos relevantes que garanticen el adecuado servicio a los usuarios, así como que se logre una oferta que satisfaga el interés público.

II. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR EL PLAZO

Según lo que dispone el artículo 95 de la LGCP y el artículo 254 de su Reglamento, el plazo para interponer el recurso de objeción es de ocho días hábiles siguientes a la publicación del pliego de condiciones.

Tal y como consta en el expediente electrónico del SICOP, la publicación del concurso se comunicó el día 31 de julio de 2024 en el Diario Oficial La Gaceta, y la apertura de las ofertas se dispuso en el pliego de condiciones a más tardar veinte días hábiles posteriores a la publicación de invitación. El punto 32 del pliego de condiciones dispone que la apertura de las ofertas se realizará una vez cumplido el plazo máximo para la recepción de Ofertas.

Por lo tanto, el plazo de los ocho días hábiles para interponer el recurso de objeción vence el 13 de agosto 2024, por lo que estamos en tiempo para presentar este recurso de objeción.

III. SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL ICE PARA RECURRIR

Con base en la LGCP en el artículo 95 y su Reglamento en el artículo 254, el recurso de objeción al cartel establece - Interposición del recurso de objeción y órgano competente para conocerlo:

"...Podrán objetar el pliego de condiciones de licitación todo potencial oferente o cualquier organización legalmente constituida para velar por los

intereses de la comunidad donde vaya a ejecutarse la contratación o sobre la cual surta efectos.” (El resaltado es proveído).

Así bien, concurriendo que el Instituto Costarricense de Electricidades es una empresa pública cuya competencia, de conformidad con la Ley 8660 abarca el generar, instalar y operar redes, prestar, adquirir y comercializar productos y servicios de telecomunicaciones e infocomunicaciones, así como otros productos y servicios de información y otros en convergencia, constituye un potencial oferente en este concurso, por lo que es evidente que mi representada se encuentra legitimada para objetar el pliego de condiciones mediante la presente gestión recursiva.

El recurso de objeción como es sabido es el medio de impugnación que ha sido considerado por el ordenamiento jurídico como mecanismo para que, aquel potencial oferente interesado en participar en un concurso o cuando una organización legalmente constituida para velar por los intereses de la comunidad donde vaya a ejecutarse la contratación o sobre la cual surta efectos, remueva del pliego de condiciones aquellas cláusulas que resulten contrarias a los principios, a las normas de contratación pública o del ordenamiento jurídico en general. De conformidad con el alcance del principio de libre concurrencia, eficiencia y eficacia, señalado por la Sala Constitucional en su voto 998-98 el cual indica:

*“(…) tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, **destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece**”. (El resaltado es proveído).*

Por ende, en el siguiente apartado, se procede a detallar las cláusulas del pliego de condiciones que atentan contra el interés público, el principio de libre concurrencia, el principio de eficiencia y eficacia, lo que sin lugar a duda va en contra del propio ordenamiento jurídico y no le permite a la Administración asegurarse que, con el pliego de condiciones tal y como está redactado, se seleccionará la oferta más conveniente para el cumplimiento del fin público.

IV. CLÁUSULAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES OBJETADAS

A continuación, se indican las infracciones precisas que se imputan del pliego de condiciones y que van en discordancia con los principios fundamentales de la contratación pública y con disposiciones expresas del ordenamiento jurídico que regula la contratación pública; así como la prueba conveniente y debidamente fundamentada en la cual basamos nuestra objeción.

1. CLÁUSULA 14. CONTROL DE CONCENTRACIÓN DE ESPECTRO

El pliego de condiciones establece:

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.

14.3. 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. Es decir, si la cantidad de espectro IMT asignada a un Oferente es igual o mayor al valor del Control de Concentración de Espectro en algún tipo de banda de frecuencias no podrá constituirse Oferente Declarado Elegible para ese tipo de banda. Asimismo, la cantidad de espectro por otorgar a un Oferente Declarado Elegible no podrá implicar superar el valor del Control de Concentración de Espectro para ningún tipo de banda de frecuencias, lo cual será considerado por SUTEL al momento de ordenar las Posturas Ganadoras, realizar la asignación de Bloques Específicos y elaborar la recomendación de adjudicación al Poder Ejecutivo.

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.

14.6. Para el cálculo del Control de Concentración de Espectro en bandas bajas por debajo de 1 GHz, se utiliza la siguiente fórmula:

$$\text{Control de espectro BB: } (EABB + EDBB) \times 0.35$$

Donde:

- Control de espectro BB: corresponde al valor del Control de Concentración de Espectro en bandas bajas por debajo de 1 GHz.
- EABB: corresponde al espectro IMT asignado en la actualidad por debajo de 1 GHz.

▪ **EDBB:** corresponde al espectro IMT disponible por debajo de 1 GHz incluido en este procedimiento concursal.

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:

$$\text{Control de espectro BM: } (EABM + EDBM) \times 0.35$$

Donde:

▪ **Control de espectro BM:** corresponde al valor del Control de Concentración de Espectro para bandas medias, es decir, desde 1 GHz hasta 6 GHz.

▪ **EABM:** corresponde al espectro IMT asignado en la actualidad desde 1 GHz hasta 6 GHz.

▪ **EDBM:** corresponde al espectro IMT disponible desde 1 GHz hasta 6 GHz incluido en este procedimiento concursal.

14.8. Para el cálculo del Control de Concentración de Espectro en bandas milimétricas por encima de 24 GHz, se utiliza la siguiente fórmula:

$$\text{Control de espectro BmmW: } (EABmmW + EDBmWW) \times 0.35$$

Donde:

▪ **Control de espectro BmmW:** corresponde al valor del Control de Concentración de Espectro para bandas milimétricas, es decir, por encima de 6 GHz.

▪ **EABmmW:** corresponde al espectro IMT asignado en la actualidad por encima de 6 GHz.

▪ **EDBmmW:** corresponde al espectro IMT disponible por encima de 6 GHz incluido en este procedimiento concursal.

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:

14.10. Para la aplicación de los valores del Control de Concentración de Espectro se tendrá como unidad de asignación el ancho de banda mínimo de los Bloques Genéricos disponibles para cada tipo de banda de frecuencias.

Tabla 3. Valor del Control de Concentración de Espectro para cada tipo de banda de frecuencias

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

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

Nota: Ver detalle de las asignaciones actuales del espectro IMT en el ANEXO 1 – ASIGNACIONES ACTUALES DEL ESPECTRO IMT Y CÁLCULO DEL VALOR DE CONCENTRACIÓN DE CONTROL DE ESPECTRO

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 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. Al respecto, previo la Recomendación de Adjudicación del Consejo de la SUTEL según el Pliego de Condiciones, en caso de resultar Adjudicatario en el presente proceso, deberá haberse remitido por parte del Poder Ejecutivo el Acuerdo Ejecutivo de recuperación del espectro correspondiente para su debida inscripción en el Registro Nacional de Telecomunicaciones.”*

OBJECIONES:

A. LA ESTIPULACIÓN DE CONCENTRACIÓN DE ESPECTRO COMO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD PARA SER UN OFERENTE DECLARADO ELEGIBLE NO TIENE SUSTENTO LEGAL

Las estipulaciones establecidas en el Apartado 14 antes transcrito (lo cual comprende los puntos 14.1 a 14.11) de control de concentración de espectro como requisito de admisibilidad para ser un oferente declarado elegible no tiene sustento legal en la LGCP ni en LGT.

A este respecto, en el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones no existe de manera independiente la figura de concentración de espectro, ni se le otorga per se una consecuencia jurídica ex ante ni ex post, muchos menos se establecen como requisito de admisibilidad, elegibilidad, ni adjudicación para una concesión.

Por el contrario, la concentración de espectro, conforme al principio de legalidad, es una de las varias causales a valorar por parte del Poder Ejecutivo para determinar si procede o no una reasignación de frecuencias (Art. 21, inciso e de la LGT), y no el otorgamiento de una concesión.

Aún y cuando la concentración de espectro es una de las causales de reasignación, el Poder Ejecutivo de previo a emitir el acto final deberá tramitar el respectivo procedimiento administrativo ordinario cumpliendo además con la garantía del debido proceso y derecho de defensa, teniendo la SUTEL una competencia secundaria limitándose a emitir un dictamen técnico no vinculante, que podrá ser acogido o no por el Poder Ejecutivo.

Por ende, en tutela del principio de legalidad, lo que procede es que se elimine del pliego de condiciones la totalidad de dicho apartado 14, así como por conexidad la definición establecida en el apartado 2.1.23 de la cláusula 2.

B. FÓRMULA PARA CÁLCULO DE CONTROL DE CONCENTRACIÓN DE ESPECTRO NO FUE SOMETIDA A PREVIA CONSULTA PÚBLICA

Sin perjuicio de lo anterior lo cual implica la improcedencia de la integralidad del apartado 14, la fórmula para el cálculo de concentración de espectro establecida por el Órgano Instructor en los puntos 14.3, 14.6 al 14.11 no fue sometida a previa consulta pública a los operadores de telecomunicaciones, lo cual implica una violación al principio de participación tutelado en el artículo 9 de la Constitución Política y desarrollado a nivel legal en la Ley General de la Administración Pública (LGAP) y en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (LARSP), así como a las buenas prácticas de regulación y recomendaciones de la OCDE.

Como es conocido por el Órgano Contralor, la ARESEP, SUTEL y MICITT como entidades de reglamentación, regulación y rectoría, respectivamente, incluso la propia CGR, someten a previa consulta pública varios instrumentos regulatorios tales como: reglamentos ejecutivos, reglamentos técnicos, cánones de regulación, espectro, del fondo nacional de telecomunicaciones, resoluciones generales, resoluciones específicas, políticas de competencia, metodologías y fórmulas; sin embargo en el caso en cuestión SUTEL, como Regulador y Órgano Instructor, omitió brindar la respectiva consulta previa para que los operadores pudieran opinar técnicamente sobre la fórmula para el cálculo de control de concentración de espectro en bandas bajas, medias y altas.

Este vicio sustancial del procedimiento causa indefensión a los operadores, y por ende tienen como consecuencia jurídica la nulidad absoluta de los apartados 14.3, 14.6 al 14.11. De seguido se indicará porqué el planteamiento de esta fórmula no es técnicamente correcto, lo cual va en contra del principio de eficiencia y eficacia en la contratación pública.

C. FÓRMULA PARA CÁLCULO DE CONTROL DE CONCENTRACIÓN DE ESPECTRO NO TIENE SUSTENTO TÉCNICO, SIENDO CONTRARIA A LAS REGLAS ÚNIVOCAS DE LA CIENCIA Y LA TÉCNICA DEL ARTÍCULO 16 DE LA LGAP

Aunando a lo ya indicado, la fórmula para el cálculo del control de concentración de espectro que no tiene ningún tipo de sustento ni técnico, ni metodológico, ni tampoco constan en el expediente administrativo los parámetros ni estudios que respalden dichos términos y condiciones, lo cual implica una violación a lo tutelado en el artículo 16 de la LGAP que, como bien conoce la CGR, establece que en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a las reglas unívocas de la ciencia y la técnica.

En este sentido, la falta de fundamentación técnica y metodológica, y la no disposición de los estudios que sustentan dicha formulación, limita razonablemente el derecho de

los oferentes de poder opinar de manera informada sobre dicha fórmula para el cálculo de control de concentración de espectro, por lo cual, lo que procede es que el Órgano Instructor, previa disposición de la información respectiva, emita una consulta pública conforme a los términos y condiciones de ley.

La fórmula que se pretende aplicar para el cálculo del control de concentración de espectro en bandas bajas, medias y altas, tienen serias omisiones y contradicciones técnicas. Ejemplo evidente de la falta de fundamentación y opacidad de la fórmula, por citar algunos elementos, es la variable de "0.35", la cual carece de justificación técnica, al menos una mínima, lo cual imposibilita emitir una opinión informada al respecto, e implica que dicho actuar de la SUTEL se torne en arbitrariedad bajo un ejercicio infundado y desbordado de discrecionalidad técnica.

Asimismo, las variables EABB (fórmula bandas bajas), EABM (fórmula bandas medias) y EABmmW (fórmula bandas altas) además de ser omisas en su fundamentación técnica, en el laxo enunciado que se hace de esas variables cometen un error elemental de concepto al indicar que para el conteo corresponde al espectro IMT asignado cuando lo cierto, conforme a la técnica y seguridad jurídica, es que la única interpretación lógica y razonable es que esta variable se interprete como espectro concesionado para IMT y no solo atribuido para IMT. Esto se demuestra mediante Informe Técnico 9203-210-2024 del 12 de agosto de 2024, página 3, que presenta el ICE.

Aunque en el apartado 14.1 el Órgano Instructor pretende justificar que la fórmula se realiza con base en el lineamiento técnico establecido por el Poder Ejecutivo en el oficio MICITT-DM-OF-416-2023, relativo a acciones para mitigar la eventual concentración de espectro radioeléctrico, es palmario que lo establecido por el Rector en dicha misiva en el Apartado III. 3, inciso g), donde se contextualiza y dimensiona dicho lineamiento, no es congruente con lo realizado discrecional y arbitrariamente por la SUTEL, dado que el Poder Ejecutivo instruye a la aplicación de parámetros de objetividad, no discriminación y transparencia, y por el contrario la SUTEL lo que hace es transgredir dichos parámetros al inventar una fórmula sin el debido sustento, ni técnico ni metodológico, que como indicamos, debió haber sido sometida a una previa consulta pública dado su alcance general y efectos en perjuicio de los operadores y proveedores del mercado, y en todo caso razonar de donde se derivan los componentes de la fórmula, lo cual es omiso.

La SUTEL al momento de contestar a las consultas realizadas por los interesados al borrador del pliego de condiciones, a través del Acuerdo 004-025-2024 de la sesión extraordinaria 025-2024 del 8 de julio de 2023 emitido por su Consejo, consideró que la fórmula en cuestión no requería modificación, indicando que: *"La justificación correspondiente consta en los expediente de la Sutel sobre el proceso de licitación que serán puestos a disposición del público una vez publicado el proceso formal"*; sin embargo, no consta en el expediente puesto a disposición información específica que desacredite los cuestionamientos de falta de sustento técnico, ni tampoco consta que los mismos se encuentren como parte de los anexos al cartel.

Este vicio sustancial del procedimiento causa indefensión a los operadores, y por ende tienen como consecuencia jurídica la nulidad absoluta de los apartados 14.3, 14.6 al 14.11, además, resulta contrario a los principios de transparencia y de eficiencia y eficacia contenidos en el artículo 8 de la Ley 9986.

D. IMPROCEDENCIA DE SUMATORIA DE ESPECTRO IMT ASIGNADO A OPERADORES QUE FORMEN PARTE DEL CONSORCIO O DE UN GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO

Son improcedentes los puntos 14.4. y 14.5 que establecen que se considerará la sumatoria de espectro IMT asignado a los participantes del consorcio o de un grupo económico para el cumplimiento del valor de control de concentración de espectro, dado que la operación y explotación del espectro radioeléctrico concesionado es de carácter personalísimo.

En consecuencia, el recurso escaso de espectro concesionado a un operador no puede ser operado ni explotado por otro operador, ni siquiera si son parte del mismo consorcio o de un grupo de interés económico, sobre lo cual existe el precedente emitido por la Procuraduría General de la República en el Dictamen PGR-C-177-2023 del 18 de setiembre de 2023.

Por ende, bajo parámetros de legalidad, razonabilidad, lógica y justicia, no se deben sumar a otros operadores en consorcio o en grupo de interés económico espectro radioeléctrico que no pueden operar ni explotar, siendo por ende improcedente legalmente para efectos del control de concentración de espectro, es decir, resulta contrario al ordenamiento jurídico. Prueba de ello es justamente el dictamen de la Procuraduría antes citado. Este actuar sería contrario al principio de eficiencia y eficacia dispuesto en la Ley 9986.

E. IMPROCEDENCIA DE SUMATORIA DE ESPECTRO IMT ASIGNADO AL GRUPO ICE POR PROHIBICIÓN AL ICE DE USO DE 70 MHZ EN LA BANDA 2.6GHZ.

En el Anexo 1 del pliego de la Licitación Mayor 2024LY-000001-SUTEL, la SUTEL hace un filtrado referente a la concentración del espectro de bandas medias que tiene cada proveedor de servicio. Según la SUTEL, el ancho de banda disponible y utilizado por los proveedores actuales suma un total de 960MHz, compuesto por:

Espectro en bandas medias

Proveedor	Asignado	Disponible a subastar	
ICE/RACSA	370MHz	400MHz	
CLARO	100MHz		
Liberty	90MHz		
Suma:	560MHz	400MHz	960MHz

Acorde con la fórmula que SUTEL emplea en la presente licitación, artículo 14.7, la cual indica:

$$\text{Control de espectro BM: } (EABM + EDBM) \times 0.35$$

Donde:

- Control de espectro BM: corresponde al valor del Control de Concentración de Espectro para bandas medias, es decir, desde 1 GHz hasta 6 GHz.
- EABM: corresponde al espectro IMT asignado en la actualidad desde 1 GHz hasta 6 GHz.
- EDBM: corresponde al espectro IMT disponible desde 1 GHz hasta 6 GHz incluido en este procedimiento concursal.

Entonces el EABM = 560MHz y el EDBM = 400MHz.

Aplicando la fórmula tenemos que:

$$\begin{aligned} \text{Control de espectro BM: } & (560\text{MHz} + 400\text{MHz}) \times 0.35 \\ \text{Control de espectro BM: } & 960\text{MHz} \times 0.35 = 336\text{MHz} \end{aligned}$$

Es decir, según este criterio, ningún operador en la banda media debería tener más de 336MHz asignados.

Por tal motivo es que el ICE/RACSA no se le está permitiendo participar por espectro en la banda media dado que tiene asignados 370MHz.

Sin embargo, existen segmentos de espectro que no deben ser considerados como utilizables por el ICE para el cálculo de concentración del espectro:

- Con base en la resolución por Resolución del Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Ministra de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones) 007-2023-R-TEL-MICITT de las 08:50 horas del 29 de setiembre de 2023, aclarado y adicionado mediante la Resolución 008-2023-R-TEL-MICITT de las 08:22 horas del 18 de octubre de 2023, se revocó parcialmente la concesión otorgada al ICE en la banda de 2.6 GHz, por lo que, el ICE quedó imposibilitado de utilizar 70 MHz en la banda media.
- Hay 20 MHz en la banda de 2100MHz (2x10) asignados al ICE, pero que no pueden ser utilizados por estar interferidos, hecho que se ha denunciado ante el MICITT y la SUTEL en reiteradas ocasiones, según se demuestra con Nota 6000-168-2023 adjunta al Informe Técnico 9203-210-2024 del 12 de agosto de 2024, página 3, que presenta el ICE.

Dado lo anterior, existen 90 MHz que no deben ser considerados como parte de la concentración del espectro por parte del ICE. Debido a lo anterior, la información

contenida en el Anexo 1 del cartel, en la cual consta asignados al Grupo ICE 370 MHz de espectro IMT en bandas medias, no es correcta y debe ser modificada a 280 MHz (370 MHz menos los 90 MHz antes citados).

La incorrecta información contenida en el Anexo 1 limita sin fundamento legal alguno la participación del ICE en el presente concurso, lo cual es contrario al principio de igualdad y libre concurrencia.

2.- CLÁUSULA 46. PRECIO BASE, CANTIDAD MÍNIMA DE UNIDADES DE INFRAESTRUCTURA DE ACCESO POR DESPLEGAR E INCREMENTOS PARA LA FASE 1.

El pliego de condiciones indica: *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.*

OBJECIÓN:

El pliego de condiciones no establece cuántas radiobases son necesarias como mínimo por bloque genérico, ni se sabe cuánto cuesta cada bloque. El proceso de diseño para la oferta de Unidades de Infraestructura de Acceso requiere realizar múltiples acciones como la disponibilidad del espacio físico, acceso en fibra a la radio base, proceso de permisos municipales, estudios medioambientales y permisos de SETENA, presencia de fluido eléctrico en la zona y otros que llevan tiempo y trabajo previo a poder brindar una oferta confiable y mucho menos en los 15 minutos que prevé el cartel. La falta de información no permite vislumbrar en la oferta la magnitud de este trabajo.

El pliego de condiciones debe contener las reglas claras para la participación de los oferentes y para este caso en específico, debe contener la información de la cantidad de radios bases que son necesarias por bloque genérico, lo que permitirá presentar una oferta con certeza y valorar la rentabilidad de las inversiones a desarrollar.

Se considera que la información de Unidades de Infraestructura de Acceso no es información calificada y confidencial que amerite de seguridad calificada, en tanto el Consejo de la Sutel en la resolución RS-104-2024 (05913-SUTEL-SCS-2024) resolvió:

“Declarar confidencial, por tratarse de seguridades calificadas, los temas de valoración económica del espectro y cualquier dato a partir del cual se pueda realizar una aproximación de dicho valor, hasta antes del inicio de la etapa de selección definitiva del procedimiento concursal una vez revelados a los oferentes preseleccionados (Oferentes Declarados Elegibles), detallados en los siguientes documentos:

Número de oficio	Tema
04586-SUTEL-DGM-2023	Valoración económica de espectro
04767-SUTEL-DGM-2023	
06912-SUTEL-DGC-2023	
7400-SUTEL-UJ-2023	
07632-SUTEL-UJ-2023	
07458-SUTEL-DGC-2023	
05811-SUTEL-DGC-2024	

Conforme lo anterior, únicamente fue declarado confidencial por tratarse de seguridades calificadas **las valoraciones económicas del espectro**, pero no, la cantidad mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar en la Fase 1 por cada Bloque Genérico, la cual debería brindarse para poder realizar una oferta apegada a la correcta dimensión de lo que se requiere, en apego a principios de transparencia, eficiencia y eficacia.

Acorde con el Informe Técnico 9203-210-2024 del 12 de agosto de 2024, página 5, preparado por el ICE que se adjunta como prueba, 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.

3.- CLÁUSULA 47. POSTURAS VÁLIDAS EN CADA RONDA DE PUJA DE LA FASE 1.

47.1.2.3. El cartel indica: *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.*

OBJECCIÓN:

Esta cláusula es imposible de cumplir. Si la Postura de salida debe ser con una cantidad de unidades de infraestructura igual o superior a la postura válida más alta, ¿Cómo se entiende entonces que deba además ser “menor a la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso”? Con esta redacción el pliego resulta contradictorio y debe corregirse, para lo cual deberá eliminarse “menor a la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso”

De mantenerse la redacción se vulneraría el principio de eficiencia y eficacia, en tanto no se tendría certeza de la satisfacción del interés público al existir una contradicción en el pliego de condiciones.

4.- CLÁUSULA 49. INFORMACIÓN DISPONIBLE DURANTE CADA RONDA DE PUJA DE LA FASE 1.

La cláusula 49.3. establece lo siguiente: El pliego de condiciones indica: *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.*

OBJECCIÓN:

En el borrador del pliego de condiciones que fue sometido a consulta previa, los participantes luego de cada ronda de puja podían ver qué fue lo que ofertaron los demás participantes. Con las reglas establecidas para este pliego de condiciones, no se sabe y queda en secreto hasta que finalice. Revisando las condiciones de cierre descritas en la cláusula 52, en ningún momento de la puja se puede saber cuánto fue lo que ofertaron los otros ODEs, por lo que no se sabe si es necesario pujar por más Unidades de Infraestructura de Acceso; es decir, “es completamente a ciegas” en el tanto se debe pujar sin ninguna certeza. Entonces, nos preguntamos ¿Cómo se puede aplicar lo indicado en el artículo 46.3? que dice:

“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.”

¿Cómo en el proceso de puja puede el ODE conocer ese 5% de incremento si como indica la cláusula 49.3 no se comunica lo ofertado por los otros ODEs?

El cartel debe contener las reglas claras para la participación de los oferentes, para este caso en específico, debe ser transparente la información de las otras ofertas para que permita contar con información precisa para poder realizar una puja en igualdad de condiciones- y de esta forma presentar una oferta con una base determinada, niveles de crecimiento de las unidades de infraestructura y de esta forma los participantes puedan valorar la rentabilidad de las inversiones a desarrollar. El mantener la cláusula va en contra de los principios de igualdad de trato, transparencia, así como eficiencia y eficacia.

5.- CLÁUSULA 50. IDENTIFICACIÓN DE POSTURAS GANADORAS EN LA FASE 1.

La Clausula 50.1. establece lo siguiente: *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.*

OBJECCIÓN:

En este filtro que hacen sobre la concentración del espectro, 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.

El pliego debe contener las reglas claras para la participación de los oferentes, para este caso en específico, se deben establecer las reglas de participación eliminando el término "de menor valor".

La cláusula 50.2. establece lo siguiente: El pliego de condiciones indica: *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.*

OBJECCIÓN:

Se reitera lo objetado para la cláusula 46 en lo que respecta a seguridades calificadas, ya que para la subasta de las bandas de 26 GHz y 28 GHz no se indica en el pliego de condiciones cuales 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.

Se solicita que se incluya en el pliego de condiciones cuáles son las zonas de cobertura y Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar.

6.- CLÁUSULA 55. LEVANTAMIENTO DEL ACTA DE LA FASE 1.

La cláusula 55.4. establece: *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.*

OBJECCIÓN:

En el borrador del pliego de condiciones que fue sometido a consulta previa, los participantes luego de cada ronda de puja podían ver qué fue lo que ofertaron los demás participantes. Con las reglas establecidas para este pliego de condiciones, no se sabe

y queda en secreto hasta que finalice. Revisando las condiciones de cierre descritas en la cláusula 52, en ningún momento de la puja se puede saber cuánto fue lo que ofertaron los otros ODEs, por lo que no se sabe si es necesario pujar por más Unidades de Infraestructura de Acceso. Es decir, es completamente a ciegas.

Entonces, en consecuencia, no podría aplicarse lo establecido en la cláusula 46.3 del pliego, que dice:

“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.”

¿Cómo en el proceso de puja puede el ODE conocer ese 5% de incremento, si como indica la cláusula 49.3 no se comunica lo ofertado por los otros ODEs?

El pliego de condiciones debe contener las reglas claras para la participación de los oferentes, para este caso en específico, debe brindarse la información de las otras ofertas en cada puja adecuada para que permita contar con información adecuada para poder realizar una puja en igualdad de condiciones y de esta forma presentar una oferta con una base determinada, niveles de crecimiento de las unidades de infraestructura y de esta forma los participantes puedan valorar la rentabilidad de las inversiones a desarrollar, pues de lo contrario se estaría violentando el principio de eficiencia y eficacia, así como el de transparencia.

7.- CLÁUSULA 65. IDENTIFICACIÓN DE POSTURAS GANADORAS EN LA FASE 2.

La cláusula 65.1. del pliego de condiciones indica: *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.*

OBJECCIÓN:

En este filtro que hacen sobre la concentración del espectro, 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.

El pliego debe contener las reglas claras para la participación de los oferentes, para este caso en específico, se deben establecer las reglas de participación eliminando el término “de menor valor”.

8.- CLÁUSULA 77.4.1.5.2 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO PARA CON LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE. Fase de aceptación de la red de telecomunicaciones. Exclusivamente para Concesionarios del espectro en la banda de 700 MHz:

La cláusula 77.4.1.5.2 establece lo siguiente para concesionarios de la banda de 700 MHz: *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.*

OBJECCIÓN:

Para la asignación a nivel nacional en la fase 1 de la subasta, la banda de 700MHz se pide de forma obligatoria cubrir los sitios del anexo 5.1, sin embargo, deja a la libre al indicar “de resultar aplicable” el cubrir las zonas del anexo 5.2, por lo tanto, en el proceso de asignación del espectro a nivel nacional de la banda de 700MHz, no se haría uso eficiente del espectro al dejar zonas de interés objeto del pliego sin cobertura.

Con el agravante de que, si tres operadores optan por 3 diferentes segmentos en esta misma banda, se tendría entonces zonas con los 3 concesionarios y otras sin ninguna presencia, lo que va en contra del interés público y por ende es contrario al principio de eficiencia y eficacia.

En consecuencia, lo procedente es 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 oferente adjudicado.

La cláusula 77.4.1.5.2.3. del cartel indica: *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.

OBJECCIÓN:

¿Bajo qué criterio se establece un 5% como límite del incumplimiento? No se encuentra dentro de los documentos del pliego de condiciones la metodología utilizada para definir este porcentaje.

Conforme ha dispuesto la Sala Constitucional en el voto 2015-6057:

“La cláusula penal figura en un contrato administrativo, como una eventual sanción que persigue garantizar de mejor manera a la Administración, que el contratante cumplirá con la prestación dentro del plazo pactado, y prefija, de antemano y en sede administrativa, la reparación de los perjuicios que se causarían con un eventual atraso en el plazo establecido. Es decir que, en virtud del poder sancionador que le asiste, la Administración fija o determina la aplicación Firmado digital de: de las multas, de acuerdo con la naturaleza del contrato, la importancia éste y el plazo señalado en el pliego. En la fijación de dicha cláusula, la Administración debe tener en consideración el monto del contrato y las repercusiones que para el interés público trae el incumplimiento del plazo acordado, adoptando entonces una decisión que debe ser debidamente razonada, lógica y proporcionada.” (Lo subrayado es nuestro)

De manera que el pliego de condiciones debe incluir el fundamento de la metodología de cálculo de cláusula penal y multas.

Por lo tanto, esta cláusula resulta arbitraria, no posee una justificación o metodología para su estimación y correcta aplicación con base en parámetros previamente definidos

para calcular el resarcimiento del daño causado. Tampoco menciona eximentes de responsabilidad.

La cláusula 77.4.1.5.2.4. del cartel incluye la siguiente Tabla 4:

Descarga (DL)	Envío (UL)	Cantidad de espectro
5 Mbps	3 Mbps	2 x 5 MHz

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.

Lo anterior no implica que el Concesionario deba descuidar la calidad del servicio que brinda mediante la operación de sus redes existentes, de conformidad con el RPCS.

OBJECCIÓN:

No se especifican las condiciones sobre las cuales el usuario podrá disfrutar de dicho ancho de banda, es decir, distancia hasta la torre, modulación utilizada, entre otros, según se requiere con base en el documento técnico de ETSI¹ TS 122 261 V17.11.0 (2022-10) para la 3GPP 5G, (Requerimientos de Servicio para Sistemas 5G), el cual se adjunta como prueba.

¿Bajo cuál criterio o norma técnica aplica dicha velocidad de transmisión de descarga y envío? ¿Y bajo cuales condiciones aplica dicha velocidad de referencia? ¿Distancia a la torre, línea a vista, borde de la celda, modulación, tipo de terminal, etc.?

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 del 12 de agosto de 2024, página 10, elaborado por el ICE, que se presenta como prueba.

Se 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, el cual, como se mencionó, se adjunta como prueba.

¹ (ETSI). European Telecommunications Standards Institute. Es un Organismo sin ánimo de lucro creado al objeto de disponer del foro adecuado para la elaboración de las normas de telecomunicación que faciliten la estandarización del sector. En el ETSI participan como miembros no solo las Administraciones, sino también los operadores de red, la industria, los centros de investigación y los usuarios de los servicios de telecomunicación.

Lo anterior es necesario para que se cumpla con el principio de eficiencia y eficacia y se le brinde a los oferentes certeza técnica u seguridad sobre el alcance de lo que requiere en el pliego de condiciones.

9.- CLÁUSULA 77.4.1.5.3 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO PARA CON LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE. Fase de aceptación de la red de telecomunicaciones. Exclusivamente para Concesionarios del espectro en la banda de 2300 MHz:

La cláusula 77.4.1.5.3.1. del cartel indica: *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:*

Deberá haber instalado al menos el cincuenta por ciento (50%) de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicada en un plazo máximo de doce (12) meses a partir del Inicio de la Concesión.

Deberá haber instalado la totalidad (100%) de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicada en un plazo máximo de veinticuatro (24) meses a partir del Inicio de la Concesión.

iii. Para el cumplimiento de esta obligación el concesionario podrá priorizar el despliegue de infraestructura en aquellos cantones que, según las publicaciones realizadas al respecto por el MICITT2, cuenten con menos barreras al despliegue o se consideren cantones cuya Reglamentación sea favorable al despliegue de infraestructura de telecomunicaciones

OBJECCIÓN:

El pliego de condiciones no 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. Lo anterior, 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 cabal cumplimiento de la cobertura requerida en cada uno de los distritos.

Importante indicar que en los distritos hay zonas donde existe población y en otras donde no tienen población, por lo que siempre habrá un porcentaje de zonas en esos distritos que no será necesario ni eficiente cubrir al no haber población.

El pliego de condiciones debe contener las reglas claras para la participación de los oferentes, para este caso en específico se reitera la necesidad de contar con la información previa de la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso según se expuso para la cláusula 46 y el porcentaje de cobertura y definición de área requerida para cada uno de los distritos, así como los parámetros y criterio para medir el cumplimiento de la cobertura, según se fundamenta en el Informe Técnico 9203-210-

2024 del 12 de agosto de 2024, página 10, elaborado por el ICE, que se presenta como prueba.

Llamamos la atención a este Órgano Contralor que para la frecuencia 3500MHz se definen diferentes porcentajes de instalación y meses para cumplirlo en relación con la banda de 2300MHz, cuando tienen la misma zona a cubrir, dejando claro que es desventajoso ofertar para la banda de 2300MHz que para la de 3500MHz solo por los plazos de instalación, lo cual repercutirá en que no se tengan ofertas para la banda de 2300MHz, dejando sin uso dicha banda, resultando en una asignación ineficiente del espectro.

Adicionalmente la Cláusula 77.4.1.5.3.1. entra en contradicción con la cláusula 77.4.1.6.3.1. que requiere otros tiempos de implementación para la misma banda. Se reitera que el cartel carece de reglas claras y concisas que permita realizar una oferta y por ende una asignación del espectro de forma transparente y con reglas claras de evaluación.

Se solicita que se homologuen los plazos de las cláusulas 77.4.1.5.3.1. y 77.4.1.6.3.1., con los establecidos con los plazos para la frecuencia 3500 MHz plasmados en la cláusula 77.4.1.6.4.1.

La cláusula 77.4.1.5.3.2. del cartel indica: *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.

OBJECCIÓN:

¿Bajo qué criterio se establece un 5% como límite del incumplimiento? No se encuentra dentro de los documentos del pliego de condiciones la metodología utilizada para definir este porcentaje.

Conforme ha dispuesto la Sala Constitucional en el voto 2015-6057:

“La cláusula penal figura en un contrato administrativo, como una eventual sanción que persigue garantizar de mejor manera a la Administración, que el contratante cumplirá con la prestación dentro del plazo pactado, y prefija, de antemano y en sede administrativa, la reparación de los perjuicios que se causarían con un eventual atraso en el plazo establecido. Es decir que, en virtud del poder sancionador que le asiste, la Administración fija o determina la aplicación Firmado digital de: de las multas, de acuerdo con la naturaleza del contrato, la importancia éste y el plazo señalado en el pliego. En la fijación de dicha cláusula, la Administración debe tener en consideración el monto del contrato y las repercusiones que para el interés público trae el incumplimiento del plazo acordado, adoptando entonces una decisión que debe ser debidamente razonada, lógica y proporcionada.” (Lo subrayado es nuestro)

De manera que el pliego de condiciones debe incluir el fundamento de la metodología de cálculo de cláusula penal y multas.

Por lo tanto, esta cláusula resulta arbitraria, no posee una justificación o metodología para su estimación y correcta aplicación con base en parámetros previamente definidos para calcular el resarcimiento del daño causado. Tampoco menciona eximentes de responsabilidad.

La cláusula 77.4.1.5.3.4 incluye una Tabla 5 que indica la Velocidad de referencia mínima requerida para la operación de la banda de 2300 MHz:

Descarga (DL)	Envío (UL)	Cantidad de espectro
47 Mbps	8 Mbps	50 MHz

En el caso de que los bloques asignados sean distintos a 50 MHz, las velocidades mínimas exigidas se calcularán proporcionalmente para ajustarlas al ancho de banda asignado.

Lo anterior no implica que el Concesionario deba descuidar la calidad del servicio que brinda mediante la operación de sus redes existentes, de conformidad con el RPCS.

OBJECCIÓN:

No se especifican las condiciones sobre las cuales el usuario podrá disfrutar de dicho ancho de banda, es decir, distancia hasta la torre, modulación utilizada, entre otros, según se requiere con base en el documento técnico de ETSI TS 122 261 V17.11.0 (2022-10) para la 3GPP 5G, (Requerimientos de Servicio para Sistemas 5G), el cual se adjunta como prueba.

¿Bajo cuál criterio o norma técnica aplica dicha velocidad de transmisión de descarga y envío? ¿Y bajo cuales condiciones aplica dicha velocidad de referencia? ¿Distancia a la torre, línea a vista, borde de la celda, modulación, tipo de terminal, etc.?

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 del 12 de agosto de 2024, página 14, elaborado por el ICE, que se presenta como prueba.

Se 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 de ETSI TS 122 261 V17.11.0 (2022-10) para la 3GPP 5G, (Requerimientos de Servicio para Sistemas 5G), el cual, como se indicó, se adjunta como prueba.

Lo anterior es necesario para que se cumpla con el principio de eficiencia y eficacia y se le brinde a los oferentes certeza técnica u seguridad sobre el alcance de lo que requiere en el pliego de condiciones.

10.- CLÁUSULA 77.4.1.5.4 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO PARA CON LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE. Fase de aceptación de la red de telecomunicaciones. Exclusivamente para Concesionarios del espectro en la banda de 3500 MHz:

La cláusula 77.4.1.5.4.1 indica exclusivamente para concesionarios del espectro disponible en las bandas de 3500 MHz, lo siguiente:

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:

OBJECCIÓN:

No se especifican las condiciones sobre las cuales el usuario podrá disfrutar de dicho ancho de banda, es decir, distancia hasta la torre, modulación utilizada, entre otros, según se requiere con base en el documento técnico de ETSI TS 122 261 V17.11.0 (2022-10) para la 3GPP 5G, (Requerimientos de Servicio para Sistemas 5G), el cual se adjunta como prueba.

¿Bajo cuál criterio o norma técnica aplica dicha velocidad de transmisión de descarga y envío? ¿Y bajo cuales condiciones aplica dicha velocidad de referencia? ¿Distancia a la torre, línea a vista, borde de la celda, modulación, tipo de terminal, etc.?

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 del 12 de agosto de 2024, página 15, elaborado por el ICE, que se presenta como prueba.

Se 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 de ETSI TS 122 261 V17.11.0 (2022-10) para la 3GPP 5G, (Requerimientos de Servicio para Sistemas 5G), el cual, como se indicó, se adjunta como prueba.

Lo anterior es necesario para que se cumpla con el principio de eficiencia y eficacia y se le brinde a los oferentes certeza técnica u seguridad sobre el alcance de lo que requiere en el pliego de condiciones.

La Cláusula 77.4.1.5.4.1. entra en contradicción con la cláusula 77.4.1.6.4.1 que expresa otros tiempos de implementación para la misma banda.

Se 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 cláusula 77.4.1.5.4.2. del cartel indica: *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.

OBJECCIÓN:

¿Bajo qué criterio se establece un 5% como límite del incumplimiento? No se encuentra dentro de los documentos del pliego de condiciones la metodología utilizada para definir este porcentaje.

Conforme ha dispuesto la Sala Constitucional en el voto 2015-6057:

“La cláusula penal figura en un contrato administrativo, como una eventual sanción que persigue garantizar de mejor manera a la Administración, que el contratante cumplirá con la prestación dentro del plazo pactado, y prefija, de antemano y en sede administrativa, la reparación de los perjuicios que se causarían con un eventual atraso en el plazo establecido. Es decir que, en virtud del poder sancionador que le asiste, la Administración fija o determina la aplicación Firmado digital de: de las multas, de acuerdo con la naturaleza del contrato, la importancia éste y el plazo señalado en el pliego. En la fijación de dicha cláusula, la Administración debe tener en consideración el monto del contrato y las repercusiones que para el interés público trae el incumplimiento del plazo acordado, adoptando entonces una decisión que debe ser debidamente razonada, lógica y proporcionada.” (Lo subrayado es nuestro)

De manera que el pliego de condiciones debe incluir el fundamento de la metodología de cálculo de cláusula penal y multas.

Por lo tanto, esta cláusula resulta arbitraria, no posee una justificación o metodología para su estimación y correcta aplicación con base en parámetros previamente definidos para calcular el resarcimiento del daño causado. Tampoco menciona eximentes de responsabilidad.

La cláusula 77.4.1.5.4.4 incluye una Tabla 6 de Velocidad de referencia mínima requerida para la operación de la banda de 3500 MHz:

Descarga (DL)	Envío (UL)		Cantidad de espectro
96 Mbps	16 Mbps		100 MHz

OBJECCIÓN:

No se especifican las condiciones sobre las cuales el usuario podrá disfrutar de dicho ancho de banda, es decir, distancia hasta la torre, modulación utilizada, entre otros, según se requiere con base en el documento técnico de ETSI TS 122 261 V17.11.0

(2022-10) para la 3GPP 5G, (Requerimientos de Servicio para Sistemas 5G), el cual se adjunta como prueba.

¿Bajo cuál criterio o norma técnica aplica dicha velocidad de transmisión de descarga y envío? ¿Y bajo cuales condiciones aplica dicha velocidad de referencia? ¿Distancia a la torre, línea a vista, borde de la celda, modulación, tipo de terminal, etc.?

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 del 12 de agosto de 2024, página 15, elaborado por el ICE, que se presenta como prueba.

Se 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 de ETSI TS 122 261 V17.11.0 (2022-10) para la 3GPP 5G, (Requerimientos de Servicio para Sistemas 5G), el cual, como se indicó, se adjunta como prueba.

Lo anterior es necesario para que se cumpla con el principio de eficiencia y eficacia y se le brinde a los oferentes certeza técnica u seguridad sobre el alcance de lo que requiere en el pliego de condiciones.

La cláusula 77.4.1.5.4.5 del pliego indica: *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.*

OBJECCIÓN:

Acorde con la cláusula 3.7 del pliego de condiciones que indica: "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.", queda a criterio del concesionario si sólo desarrolla servicios fijos (FWA), 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 del 12 de agosto de 2024, página 15, elaborado por el ICE, que se presenta como prueba.

Debido a lo anterior, se solicita se modifique el pliego de condiciones para que se permita medir con otras herramientas según el tipo de servicio desplegado.

11.- CLÁUSULA 77.4.1.5.5 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO PARA CON LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE. Fase de aceptación de la red de telecomunicaciones. Exclusivamente para Concesionarios del espectro en la banda de 26 GHz y 28 GHz.

La cláusula 77.4.1.5.5.1 indica exclusivamente para Concesionarios del espectro en las bandas de 26 GHz y 28 GHz, lo siguiente:

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.

OBJECCIÓN:

Para la subasta de las bandas 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.

Resulta necesario que se incluya en el pliego de condiciones cuáles son las zonas de cobertura y Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar, ya que tal y como se ha indicado esta no es información confidencial en tanto el Consejo de la Sutel en la resolución RS-104-2024 (05913-SUTEL-SCS-2024) resolvió:

“Declarar confidencial, por tratarse de seguridades calificadas, los temas de *valoración económica del espectro y cualquier dato a partir del cual se pueda realizar una aproximación de dicho valor...*”

Lo anterior permitirá al oferente determinar la posibilidad de realizar ofertas según los plazos estipulados y cumplir con el principio de eficiencia y eficacia, así como con el principio de transparencia.

La cláusula 77.4.1.5.5.2 incluye una Tabla 7 de Velocidad de referencia mínima requerida para la operación de las bandas de 26 GHz y 28 GHz:

Descarga (DL)	Envío (UL)	Cantidad de espectro
355 Mbps	60 Mbps	400 MHz

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.

OBJECCIÓN:

No se especifican las condiciones sobre las cuales el usuario podrá disfrutar de dicho ancho de banda, es decir, distancia hasta la torre, modulación utilizada, entre otros, según se requiere con base en el documento técnico de ETSI TS 122 261 V17.11.0 (2022-10) para la 3GPP 5G, (Requerimientos de Servicio para Sistemas 5G), el cual se adjunta como prueba.

¿Bajo cuál criterio o norma técnica aplica dicha velocidad de transmisión de descarga y envío? ¿Y bajo cuales condiciones aplica dicha velocidad de referencia? ¿Distancia a la torre, línea a vista, borde de la celda, modulación, tipo de terminal, etc.?

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 del 12 de agosto de 2024, página 17, elaborado por el ICE, que se presenta como prueba.

Se 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 de ETSI TS 122 261 V17.11.0 (2022-10) para la 3GPP 5G, (Requerimientos de Servicio para Sistemas 5G), el cual, como se indicó, se adjunta como prueba.

Lo anterior es necesario para que se cumpla con el principio de eficiencia y eficacia y se le brinde a los oferentes certeza técnica u seguridad sobre el alcance de lo que requiere en el pliego de condiciones.

La cláusula 77.4.1.5.5.3 del cartel indica: *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.*

OBJECCIÓN:

Acorde con la cláusula 3.7 del pliego de condiciones que indica: "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.", queda a criterio del concesionario si sólo desarrolla servicios fijos (FWA), 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 del 12 de agosto de 2024, página 17, elaborado por el ICE, que se presenta como prueba.

Debido a lo anterior, se solicita se modifique el pliego de condiciones para que se permita medir con otras herramientas según el tipo de servicio desplegado.

12.- CLÁUSULA 77.5 REQUISITOS DE SINCRONIZACIÓN DE REDES MÓVILES IMT-TDD. Obligaciones de acceso universal, servicio universal y solidaridad

La cláusula 77.5.10. del cartel indica las: Obligaciones de acceso universal, servicio universal y solidaridad.

OBJECCIÓN:

No se incluyen en este pliego de condiciones cuáles son estas zonas de obligación de acceso universal, servicio universal y solidaridad, lo que evidencia una vez más la falta de claridad en las reglas de este concurso, lo que va en contra de los principios de eficiencia y eficacia.

Se solicita se incluyan las zonas de obligación de acceso universal, servicio universal y solidaridad.

13.- CLÁUSULA 79.6. Provisión de servicios públicos de llamada de emergencia.

La cláusula 79.6.1. del cartel Indica: *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.*

OBJECCIÓN:

En Costa Rica el número de emergencias es el 911. El 1112 no es de emergencias. Se solicita se elimine el número 1112 del pliego de condiciones.

14. ANEXO 5.1 – ÁREAS DE ATENCIÓN MEDIANTE BANDA 700 MHZ

El cartel indica: *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:*

Anexo 5.1 Áreas de atención mediante banda 700 MHz.rar

Disponible en el siguiente enlace: <https://sutel.go.cr/pagina/concurso-espectro-5g>

OBJECCIÓN:

Existe una indefinición sobre cuál es el área para cubrir dentro de los polígonos que están definidos por SUTEL. De manera general, 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. 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 del 12 de agosto de 2024, página 19, elaborado por el ICE, que se presenta como prueba.

Se 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 para que permita realizar una correcta comparación y asignación de espectro, y en apego al principio de eficiencia y eficacia, así como con el principio de transparencia.

V. PETITORIA

Con base en los argumentos de hecho y derechos expuestos, formal y respetuosamente se le solicita al órgano Contralor que acoja el presente recurso y se hagan las modificaciones necesarias en pro de un proceso licitatorio sano, objetivo y amparado a la legalidad y al principio del valor por el dinero.

VI. PRUEBAS

1. Expediente electrónico de la Licitación Mayor 2024LY-000001-SUTEL disponible en la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL).
2. Informe Técnico 9203-210-2024 del 12 de agosto de 2024 elaborado por el ICE.
3. Documento técnico de ETSI² TS 122 261 V17.11.0 (2022-10) para la 3GPP 5G.

VII. NOTIFICACIONES

² (ETSI). European Telecommunications Standards Institute. Es un Organismo sin ánimo de lucro creado al objeto de disponer del foro adecuado para la elaboración de las normas de telecomunicación que faciliten la estandarización del sector. En el ETSI participan como miembros no solo las Administraciones, sino también los operadores de red, la industria, los centros de investigación y los usuarios de los servicios de telecomunicación.



Se señala como medio para recibir notificaciones el correo electrónico notificacionesdrr@ice.go.cr. Asimismo, como punto de contacto para dudas, consultas o ampliaciones que considere pertinente el Órgano Contralor nos permitimos poner a disposición al Sr. Herbert Barrot Arraya, Director del Programa 5G del ICE a través del teléfono móvil 8308-9055.

Sírvase resolver de conformidad.

HAROLD CORDERO VILLALOBOS
APODERADO GENERALÍSIMO
INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD

HCV/EPS/ASA/ana



CORRESPONDENCIA EXTERNA