

R-DCA-613-2013

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. San José, a las diez horas del tres de octubre del dos mil trece.-----

Recursos de objeción presentados por el **Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y CLARO CR Telecomunicaciones S.A**, contra el cartel de los concursos promovidos por el Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, para la adquisición de servicios de acceso a servicios de voz e internet de banda ancha y la provisión de estos a Centros de Prestación de Servicios Públicos, en las siguientes comunidades asociadas por número de concurso: **SUTEL-BNCR N° 005-2013 (Cantón de Guatuso, provincia de Alajuela), SUTEL-BNCR N°006-2013 (Cantón de Los Chiles, provincia de Alajuela), SUTEL-BNCR N°007-2013 (Cantón de San Carlos, provincia de Alajuela), SUTEL-BNCR N°008-2013 (Cantón de Sarapiquí, provincia de Heredia) y SUTEL-BNCR N°009-2013 (Cantón de Upala, provincia de Alajuela).**-----

I.-POR CUANTO: Que el Instituto Costarricense de Electricidad y CLARO CR Telecomunicaciones S.A., presentaron recursos de objeción contra el cartel de los concursos de referencia.-----

II.-POR CUANTO: Que este Despacho mediante autos de las nueve horas, diez horas, diez horas y veinticinco minutos, y diez horas y treinta minutos todos del 23 de setiembre del 2013, confirió audiencia especial al Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, a efecto que se refiriera por escrito en forma amplia y detallada, a los argumentos expuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad para cada uno de los recursos presentados, solicitando aportar igualmente copia fiel y completa de los respectivos carteles de la contratación.-----

III.-POR CUANTO: Que las audiencias conferidas fueron debidamente atendidas mediante los oficios FID-1917-2013, FID-1918-2013, FID-1919-2013, FID-1920-2013, y FID-1921-2013, todos del 26 de setiembre del 2013, adjuntándose con cada uno de ellos, el cartel respectivo de la contratación.-----

IV.-POR CUANTO: Sobre el plazo de interposición de los recursos por parte del Instituto Costarricense de Electricidad: El artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, indica que el recurso de objeción deberá presentarse dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, contado a partir del día hábil siguiente de la publicación o de aquel en que se realice la invitación. En este sentido tenemos, que la invitación a los concursos respectivos fue publicada mediante aviso realizado en el periódico La Nación en fecha 30 de agosto del 2013, disponiéndose como fecha de apertura, el día 25 de octubre del 2013, por lo que el cómputo del tercio del plazo para impugnar es el comprendido en días hábiles entre el día posterior a la fecha de publicación de la invitación y la fecha de apertura de ofertas. En este orden, luego de efectuado el cómputo respectivo tenemos que el plazo para

presentar el recurso de objeción, era de trece días hábiles contados como se dijo a partir del día inmediato siguiente a la fecha de publicación de la respectiva invitación a participar, por lo que la fecha límite para recurrir el referido cartel, fue el día 18 de setiembre del 2013. Ahora bien, en este caso tenemos que si bien los recursos en cuestión fueron presentados por el Instituto Costarricense de Electricidad en fecha 19 de setiembre del 2013, debe considerarse que el plazo utilizado por este para el cómputo, dio inicio según lo indica, a partir del correo electrónico remitido por el Fideicomiso en fecha 4 de setiembre del 2013, en el cual expresamente le fue señalado como fecha límite para presentar observaciones a los carteles, el día 19 de setiembre y no el 18 como correspondía. Es por ello, que ante la ambigüedad en las fechas generada por la misma entidad promotora del concurso, siendo que adicionalmente en la atención de las audiencias especiales el Fideicomiso no efectuó manifestación alguna respecto al cómputo del plazo efectuado por la objetante, y en aplicación del principio de in dubio pro actione y en afán de no afectar las posibilidades de impugnación de los potenciales oferentes al concurso, este Despacho procederá a conocer de la forma dispuesta en el considerando siguiente, los recursos presentados por el Instituto Costarricense de Electricidad.-----

V.-POR CUANTO: Sobre la acumulación de los recursos presentados por el Instituto Costarricense de Electricidad: En el presente caso, el Instituto Costarricense de Electricidad interpuso recursos de objeción contra los carteles de una serie de procedimientos concursales tramitados por el Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, en los cuales se identifican una serie de elementos comunes en cada uno de los procesos cuyos carteles han sido objetados en esta sede. Así tenemos, que existe un objeto contractual similar en todos ellos que es el acceso a servicios de voz e internet de banda ancha y la provisión de estos a Centros de Prestación de Servicios Públicos en diferentes comunidades del país, correspondiendo cada uno de estos concursos a una población determinada. Por otra parte se identifican también en los recursos presentados, identidad de partes, pues en todos ellos tenemos como único objetante al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y además, funge como tramitador de cada uno de estos concursos por igual, el Fideicomiso GPP SUTEL-BNCR. De igual manera se observa identidad de causa en los procesos, visto que la pretensión del ICE en cada uno de los recursos presentados se dirige contra las mismas cláusulas de los pliegos de condiciones y además, bajo las mismas consideraciones en todos ellos. Es por esta razón que al existir identidad de partes, objeto, causa y pretensiones, considera procedente este Despacho llevar a cabo la acumulación de de los recursos presentados por el ICE para efectos de su resolución, visto el nexo existente entre sí por cada uno de los procesos cuyo pliego de condiciones ha sido impugnado. Lo anterior, bajo el fundamento

que los artículos 3 de la Ley de Contratación Administrativa y 4 de su Reglamento, establecen la integración a la actividad de contratación administrativa a las normas y principios del ordenamiento jurídico administrativo, y dado que conforme los artículos 8 y 10 de la Ley General de la Administración Pública, se faculta al operador jurídico a llevar a cabo una labor de integración de la norma administrativa con otras normas conexas, resulta aplicable entonces ante ausencia de regulación expresa en la Ley de Contratación Administrativa sobre la acumulación de causas, las disposiciones del artículo 125 y siguientes del Código Procesal Civil, al posibilitar la acumulación de procesos cuando en las pretensiones exista precisamente identidad de elementos y conexión entre ellos, y además, que opere comunidad en la tramitación y competencia por quien resuelve, por lo que al identificarse en el presente caso como fue indicado esos elementos, procede realizar la acumulación señalada.-----

VI.-POR CUANTO: Consideraciones de oficio: 1) Sobre las obligaciones de cobertura: En lo que respecta al Plan de Desarrollo de la Red aplicable a los titulares de las concesiones para el uso y explotación de frecuencias de espectro radioeléctrico, que se requieren para prestar comercialmente el servicio de telecomunicaciones móviles, derivados de la Licitación Pública 2010LI-000001-SUTEL, esta División concedió audiencia especial al Fideicomiso para que remitiera la documentación que demostrara que se llevaron a cabo los respectivos análisis para determinar que las comunidades de los cantones a los que se refieren los proyectos objeto de concurso, no se encontraban incluidas en las obligaciones de cobertura establecidas en dicho Plan. Lo anterior, en virtud de que como parte de los temas abordados por esta Contraloría General en la resolución R-DCA-053-2010, por medio de la cual se atendieron los recursos de objeción planteados en contra del cartel de la referida Licitación Pública N°2010LI-000001-SUTEL, se encontró lo relativo a las obligaciones de acceso universal, servicio universal y solidaridad y su relación con el Plan de Desarrollo de la Red. Sobre ese particular, cabe mencionar lo manifestado en su momento por la Dirección de Planeamiento del entonces Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones en el informe No. IT-DP-2010-009: *“Del pliego cartelario y del Plan de Desarrollo de la Red, se desprende que la obligación que inicialmente tienen los potenciales operadores responde a una meta de cobertura territorial, pero no a las metas de acceso y servicio universal del PNDT ni del Transitorio VI de la LGT. Será, al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 del Modelo de Contrato, que la SUTEL establezca tales metas. Desde ese punto de vista, las obligaciones de acceso universal, servicio universal y solidaridad que deberán atender los concesionarios, son adicionales a la meta cobertura territorial que habrán de cumplir en los términos del Plan de Desarrollo de la Red. Para la Rectoría es evidente que el cumplimiento de las obligaciones de cobertura se enmarca dentro de las metas y objetivos*

correspondientes a la ampliación de la red celular, según lo establece el Eje de Telecomunicaciones del PNDD. / Lo anterior implica, además que el concepto de zona alejada incorporada en el Modelo de Contrato (art. 32), se refiere a las áreas que quedaron fuera del Plan de Cobertura de Red, es decir, a los 21 distritos no considerados en ninguna de las etapas de cobertura. / Con respecto a si las obligaciones en materia de cobertura territorial son o no susceptibles de ser eventualmente subvencionadas con Fondos de FONATEL, se concluye lo que sigue: siendo que el Plan de Desarrollo de la Red sólo se dirige al cumplimiento de una meta de cobertura territorial, no sería susceptible de ser financiado con Fondos de FONATEL el cumplimiento de dicha meta, pues es una obligación de los operadores, la cual asumen al participar en el concurso y completar la cobertura de la red. (...).” (el subrayado se agregó). Cabe destacar que las anteriores consideraciones fueron efectivamente plasmadas en el cuerpo de ambos contratos, específicamente en la cláusula 11.8, la cual expresamente dispone que en ningún caso, las obligaciones de cobertura del Plan de Desarrollo de la Red indicado en el Anexo A podrán ser consideradas como obligaciones de acceso universal, servicio universal y solidaridad y por lo tanto no les resultan aplicables las disposiciones establecidas en el Capítulo I del Título II de la Ley General de Telecomunicaciones, denominado “Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad de las Telecomunicaciones”. Ahora bien, al atender la referida audiencia, el Fideicomiso señaló que no existe un traslape entre las obligaciones del Anexo A de los contratos suscritos por Azules y Platas, S.A. y Claro Costa Rica Telecomunicaciones, S.A. y las obligaciones que asumen los adjudicatarios de los concursos de marras, lo anterior por cuanto indica que hay una diferencia en el objeto –telefonía móvil vrs telefonía fija e Internet– habiendo además una diferencia geo-temporal en la cobertura de las comunidades en ambos casos, tanto como en el momento en que se darán dichas coberturas. Así las cosas, se reitera que queda bajo la responsabilidad exclusiva de la Superintendencia de Telecomunicaciones y del Fideicomiso contratante, velar porque no se presente la coincidencia apuntada entre las obligaciones de cobertura establecidas en el Plan de Desarrollo de la Red del Anexo A de los contratos de las concesiones para el uso y explotación de frecuencias de espectro radioeléctrico, que se requieren para prestar comercialmente el servicio de telecomunicaciones móviles, derivados de la Licitación Pública 2010LI-000001-SUTEL y las obligaciones de cobertura que asumirían los adjudicatarios de los proyectos objeto de los concursos bajo análisis que se realizarían con el aporte del Fondo Nacional de Telecomunicaciones. En este sentido, deberán adoptarse las medidas respectivas para garantizar el cumplimiento de lo anterior tomando en cuenta que en virtud de la convergencia mediante una misma red pueden prestarse diversos servicios de telecomunicaciones. **2) Sobre la condición de fiscalizador de la Superintendencia General de**

Telecomunicaciones: Resulta de interés recordar lo señalado por esta División en el oficio No. 01694 (DCA-0391) del 22 de febrero de 2012, por medio del cual se refrendó el contrato suscrito entre la Superintendencia de Telecomunicaciones y el Banco Nacional de Costa Rica, correspondiente al Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (Fonatel), derivados de la Contratación Directa No. 2011CD-000091-SUTEL, en cuanto a que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 14 “*Obligaciones del Fiduciario*”, punto D “*Obligaciones relacionadas con las contrataciones requeridas para el desarrollo de los Proyectos y Programas de Fonatel*”, inciso 2 en relación con lo establecido en la cláusula 16 “*Obligaciones de la Fideicomitente*” inciso 9, se desprende que la Superintendencia de Telecomunicaciones tiene una condición de fiscalizador en los contratos para la ejecución de los proyectos y programas, que implica entre otros aspectos, la obligación de otorgar los vistos buenos en las distintas etapas del proceso de contratación establecidos en el contrato de fideicomiso. Bajo ese orden de ideas se indicó en dicho oficio: “*Al respecto, resulta de especial relevancia que se advierta tanto en el Manual de Compras, como en los carteles y contratos que se realicen, la condición de fiscalizador que ostenta la Sutel y principalmente, las prerrogativas que le asisten para que en caso de eventuales incumplimientos por parte de los contratistas, instruya al fiduciario para que proceda con la aplicación de sanciones por incumplimiento e incluso para el inicio de los procedimientos de resolución correspondientes, en caso de ser necesario.*”-----

VII.-POR CUANTO: SOBRE EL FONDO: 1)-Sobre el recurso presentado por el Instituto Costarricense de Electricidad: a)-Sobre la cláusula 1.3. Alcance del proyecto, específicamente lo contenido en la cláusula 1.3.1.3: La objetante indicó sobre este aspecto, que es necesario contar con la demanda estimada que sirva de referencia para realizar el diseño de la solución que se va a ofertar, para que todos los oferentes cuenten con la misma información en igualdad de condiciones, para que la Administración se garantice la seriedad y confiabilidad de las ofertas y se evite riesgos comerciales. Indica que, en caso de no contar con la información solicitada, se estaría limitando su participación en el concurso, al no tener plena seguridad de las estimaciones de demanda existentes en la zona. No hay seguridad sobre las ventajas que se proyectarán para cada poblado, lo que puede generar que cada oferente presente su propio análisis del mercado según su interpretación y no existiría igualdad de las ofertas a valorar. **El Fideicomiso**, manifiesta que el ICE solicita que se le brinde el dato de la demanda estimada, pese a que el cartel en forma expresa indica que este concurso no garantiza al contratista ningún volumen de demanda específico por lo que operará por su cuenta y riesgo comercial. Indica que parece existir una divergencia sustancial en la concepción del negocio que se pretende realizar por parte del Fideicomiso y

de Sutel de frente a las expectativas del objetante. Señala que todos los participantes están en condiciones de igualdad, pues nadie, además del Fideicomiso, tiene ninguna información sobre demanda estimada en este concurso y que ha sido contundente que en este concurso no se entregan datos de demanda a futuro, ni los garantiza, ya que eso es parte del riesgo que debe asumir el contratista en condiciones de competencia. Indica además que aun con el contrato y la subvención de Fonatel nadie garantiza al contratista que un mercado abierto, existe la posibilidad de que venga la competencia y sin la subvención, brinde los mismos servicios que él ofrece a algunas de estas comunidades. Por esta razón no es propio dar datos de demandas futuras estimadas en la zona y por el contrario se apela a la experiencia y sobrada capacidad de los operadores interesados en investigar y leer los indicadores del mercado y preparen su propuesta, por consiguiente solicita que se declare sin lugar el recurso. **Criterio de la División:** De conformidad con lo establecido en el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el objetante tiene la obligación de presentar con su recurso la prueba que estime conveniente y el mismo debe encontrarse debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades del proyecto. Al mismo tiempo, debe señalar las infracciones precisas del cartel que considere son violatorias de los principios de contratación administrativa, y que le limitan su participación en el concurso. Así las cosas, en relación con la pretensión del objetante en requerir que el Fideicomiso le brinde información sobre la demanda estimada del servicio a contratar, estima este órgano contralor que no ha acreditado cómo tal omisión le genera imposibilidad técnica de preparar su oferta, ni tampoco ha demostrado con documento idóneo que se le está limitando su participación en el concurso. Por su parte, el Fideicomiso ha señalado que el cartel no le garantiza al contratista una demanda específica porque es parte del riesgo que debe asumir el contratista frente a lo que ella requiere y al modelo del proyecto, lo cual en criterio de este órgano contralor es un tema discrecional, que tampoco ha sido rebatido por la institución recurrente. En este sentido por las razones expuestas, considera este Despacho que el recurso en este extremo debe ser **rechazado de plano** por falta de fundamentación. **b)-Sobre la cláusula 1.4.4. Centros de Prestación de Servicios Públicos identificados en el Área de Servicio, específicamente lo contenido en la cláusula 1.4.1.1:** Manifiesta la objetante que en la cláusula se establece una serie de poblados en los cuales se debe dar el servicio objeto del concurso, pero que el cartel no define el área de cobertura del servicio que se debe suministrar para cada poblado, lo cual produce un riesgo para el oferente, que al no tener claridad sobre el tema puede generar diseños erróneos, producto de un sobredimensionamiento o subdimensionamiento de la solución, lo cual implicaría un precio que no necesariamente corresponde a lo requerido por la Administración.

Indica además, que es necesario que se definan polígonos de cobertura y se incluyan los puntos de interés (CPSP) para cada poblado, para claridad de todos los oferentes sobre las zonas de cobertura y así evitar diseños antojadizos. Señala el objetante, que de no contar con la información estaría peligrando su participación en el concurso, porque no hay seguridad en los requerimientos de cobertura solicitados en el cartel, tampoco seguridad jurídica sobre los alcances que debe tener el servicio para cada poblado, lo que puede generar que cada oferente presente su diseño de acuerdo a su interpretación, por lo que no existiría igualdad de la ofertas a valorar. Solicita que se definan los polígonos de cobertura y se indiquen claramente los CPSP para cada uno de los poblados donde se requiere el servicio. **El Fideicomiso**, en su escrito de respuesta a la audiencia especial, mediante el oficio No. FID-1917-2013 del 26 de setiembre de 2013, se refiere a los argumentos expuestos por la recurrente y señala que se debe observar que el pliego de condiciones en la cláusula 1.2 y señala que el modelo por el que se optó es el que establece las bases generales del objetivo a conseguir y que sean los potenciales oferentes los que con sus recursos y esfuerzo, investiguen y compilen las fuentes de información necesarias para presentar la oferta competitiva al concurso. Considera además que, el cartel brinda suficiente información, que se identifican los poblados de los distritos que hacen parte de dicho proyecto y que se dan los puntos de interés dentro de cada distrito para que los interesados desarrollen sus polígonos técnicos de cobertura de acuerdo con las políticas internas y particulares de cada diseño de plataforma de red de cada operador de telecomunicaciones y que basados en dicho desarrollo preliminar, profundicen lo que estimen necesario y conveniente. Indica que es riesgoso que sea la Administración quien brinde mayores datos e información, porque en la fase de ejecución contractual el contratista puede alegar que los errores y deficiencias de su diseño se deban a los datos brindados para preparar la oferta. Por lo que, se ha optado que sea el oferente, con su experiencia como proveedor y operador de servicios de telecomunicaciones el que obtenga la información necesaria. Señala que cada una de las comunidades han sido georeferenciadas en las tablas que se incluyen dentro del cuerpo del cartel, por lo que se brinda mayor nivel de información en caso de que haya dos lugares que se llamen igual en la zona. Indica que establecer un polígono particular y predefinido es inoperante, y es uno de los retos que se presenta en el concurso, por la variedad, diversidad, dispersión y movilidad de estas comunidades, dado que el concurso promueve el desarrollo de las zonas con la experiencia y criterio técnico de cada oferente, en busca de la eficiencia tecnológica y la utilización de los fondos de FONATEL. Además indica que es usual encontrar en la industria de las telecomunicaciones, tecnología y criterios de diseño de diferentes planteamientos de polígonos en la misma zona y con los mismos puntos de referencia, es por esto que se le da libertad al oferente de presentar su propuesta de solución

tecnológica de acuerdo con los principios de neutralidad tecnológica. Menciona que aun y cuando se hiciera el esfuerzo de contener cada una de las comunidades en un polígono, en la fase de ejecución contractual resultaría que algunas casas, centros educativos, centros comunitarios inteligentes, centros de atención de salud y centros infantiles de atención integral (CEN-CINAI) se habrían desplazado o existirían otros nuevos, unos se cerrarían y otros se abrirían y pueden quedar fuera del polígono que pide el ICE, lo que implicaría que se dejara estos habitantes sin el servicio. Indica que en razón de lo expuesto no es posible generar los polígonos particulares que pide el ICE, para eso hay un área del proyecto que es el polígono total, ni tampoco se pueden indicar todos y cada uno de los CPSP, por lo que solicita se declare sin lugar el recurso en este punto. **Criterio de la División:** Sobre la pretensión del objetante, estima este órgano contralor que la recurrente al interponer el recurso presentado no logra demostrar y fundamentar de forma alguna, que tal condicionamiento le limita su participación en el concurso como potencial oferente. En este sentido, la objetante solamente alega que el cartel es omiso en cuanto al señalamiento del área de cobertura en el que se va a brindar el servicio, señalando también que es necesaria la definición de los polígonos de cobertura e indicación de los puntos de interés (CPSP). No obstante, se echa de menos que la recurrente no puntualiza la información que requiere para participar, ni exactamente qué datos son los que requiere para poder elaborar su oferta en este concurso. Por su parte, el Fideicomiso ha sido enfático en manifestar y señalar las cláusulas cartelarias donde se define el objeto, los alcances y los requerimientos propios de la calidad de los servicios por contratar, de donde se desprende con claridad las zonas donde se requiere el servicio y los Centros Educativos, Centros Comunitarios Inteligentes, Centros de Atención de Salud y Centros Infantiles de Atención Integral (CEN-CINAI) ubicados en las comunidades en las cuales se va a prestar el servicio, con lo que considera que el cartel contiene la suficiente información de manera que, de acuerdo con el modelo escogido para el proyecto, los potenciales oferentes puedan preparar y presentar las ofertas. Así las cosas, de conformidad con lo establecido en el artículo 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y siendo que el argumento de la objetante en este extremo del recurso carece de la debida fundamentación, procede su **rechazo de plano** por esa razón. c)- **Sobre la cláusula 1.6.1.5 del cartel, plazo para presentar la documentación de trámite de permisos:** La objetante señala que el numeral 1.6.1.5 del cartel establece que la documentación del trámite de los permisos para la instalación de la infraestructura debe presentarse en las instancias respectivas en un plazo no mayor de 15 días hábiles, contados a partir de la fecha de formalización del contrato. Al respecto, destaca que para poder cumplir con los requerimientos del cartel es preciso adquirir sitios nuevos o valorar el alquiler de infraestructura de telecomunicaciones en la zona

donde se va a brindar el servicio, por cuanto en la mayoría de los poblados no existe infraestructura de telecomunicaciones. Por lo anterior la presentación de la documentación requerida no puede presentarse en el plazo establecido, pues la empresa adjudicataria deberá empezar por realizar las negociaciones necesarias para contar con dichos sitios, lo cual no podrá darse hasta que se suscriba el contrato, pues hasta ese momento se cuenta con la seguridad jurídica necesaria para comprometerse con terceros en la adquisición de terrenos o arrendamiento de sitios. **El Fideicomiso**, señala que aún y cuando llevara razón el objetante respecto al volumen y complejidad de este proyecto no explica por qué razón la dificultad apuntada se resuelve en el plazo ampliado, y aún y cuando 15 días hábiles puedan ser poco, tampoco demuestra por qué se requieren tres meses. Sin embargo, en aras de buscar una mayor participación y reconociendo que puede haber un grado mayor de complejidad en estos proyectos licitados en paralelo, se considera conveniente para los intereses del proyecto ampliar el plazo a 60 días hábiles. **Criterio de la División:** Visto el allanamiento expreso que realiza el Fideicomiso, se **declara con lugar** el recurso en cuanto a este extremo. Lo anterior, partiendo del supuesto de que la entidad licitante es quien mejor conoce sus necesidades y las características técnicas que requiere, por lo que no encuentra esta División objeción en el allanamiento, sin embargo, debe advertirse que este corre bajo entera responsabilidad del Fideicomiso, entendiéndose que con la modificación que se propone realizar al cartel, se verán satisfechas de mejor manera las necesidades del Fideicomiso respecto a los proyectos objeto de concurso. Proceda entonces el Fideicomiso a realizar la modificación al cartel en cuanto a este aspecto. **d)-Sobre la impugnación de la cláusula 3.2.9.2 del cartel, referida los plazos de entrega de los productos esperados:** **Indica el objetante**, que la cláusula en cuestión para cada uno de los procesos objetados, establece que en un plazo máximo de doce meses contados a partir de la fecha de firma del contrato, el contratista deberá tener disponible la totalidad de la infraestructura necesaria para el acceso a los servicios de telecomunicación, de acuerdo con el área de servicio y condiciones definidas en el cartel. Expresa que este plazo podría llegar a ser insuficiente especialmente por que el cartel de cita no ha considerado, que existen zonas en el país en donde las condiciones climatológicas resultan adversas y en consecuencia ofrecen dificultad para la construcción de infraestructura, resaltando además, que en muchas de ellas ni siquiera existe el servicio de energía eléctrica, por lo que de previo se debe realizar el levantamiento propio de infraestructura para este último servicio. De igual forma indica, que algunas zonas además presentan problemas de acceso, lo que dificultará el traslado de los equipos y suministros para el servicio contratado sin dejar de lado el hecho que en determinados sitios no existe línea de vista a algún cerro de transmisión, lo que implicará tener que construir dos o tres sitios alternos para brindar esta solución. Es

por ello que en función de lo anterior solicita, se amplíe el plazo de entrega dispuesto para la Etapa 1 en esta cláusula, de doce a dieciocho meses, con la finalidad de contar con mayor holgura para la realización de las actividades propias de la contratación que podrían verse expuestas a las situaciones descritas. **El Fideicomiso** señaló al respecto que no debe olvidar el objetante que una eximente de responsabilidad lo constituye precisamente el caso fortuito y la fuerza mayor, de tal forma, que si el contratista debido a condiciones climatológicas no puede avanzar conforme el cronograma, es claro que teniendo debidamente documentado y justificado el evento, no podrían serle imputados a este atrasos por esa causa, lo cual implicaría que el plazo de entrega se desplazaría a otra fecha. Por otra parte, y con respecto al argumento de las zonas en las cuales es posible no exista servicio eléctrico, estima la promotora del concurso, que se trata de un argumento especulativo y ambiguo pues no se indica con certeza si efectivamente existen estas zonas o no. Además indica que siendo el ICE proveedor de energía a nivel nacional, era de esperarse que este acompañara su argumento con prueba idónea, pero no efectuar señalamientos basados en probabilidades, no obstante expresa que en el evento de existir una de estas situaciones, de igual manera a lo ya expuesto, le asiste al contratista la posibilidad de acreditar ese hecho y tener este como una eximente de responsabilidad. Lo anterior, de la misma manera para los casos en que se debe prestar el servicio en zonas de difícil acceso o bien no existe línea de vista a algún cerro, señalando sin embargo, que en todo caso la objetante no ha logrado acreditar de cuál es el nexo causal existente entre estos eventos y los seis meses adicionales requeridos como extensión al plazo inicial. Motivo por el cual solicita se rechace el recurso de objeción presentado en este extremo. **Criterio de la División:** Con respecto a este tema es importante señalarle a la objetante, que el recurso de objeción se encuentra dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, como un instrumento destinado a remover del cartel, aquellas disposiciones que atenten contra los principios esenciales de la contratación administrativa, resulten contrarias a normas de procedimiento o bien, al ordenamiento jurídico general. En este orden de ideas, de la lectura de los artículos 170 y 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa tenemos, que en los casos de objeción contra las cláusulas cartelarias, el recurrente debe acreditar de manera fundamentada las razones por las cuales considera que estas conculcan con estos principios o normas legales, no bastando simplemente la indicación de una lesión sin acompañarse del debido ejercicio argumentativo, pues en estos casos la demostración de la infracción corresponde a quien recurre. En otras palabras, esta fundamentación consiste en la indicación clara, precisa y sobre bases objetivas de las razones por las cuales estima que el cartel impugnado atenta contra los principios de contratación administrativa, normas de procedimiento o del ordenamiento en general, aportando cuando así corresponda la prueba que se

estime pertinente. En el presente caso, la objetante expresa que el cartel de la contratación en la cláusula 3.2.9.2 dispone de un plazo de doce meses para efectuar la entrega de la infraestructura necesaria para los servicios de telecomunicaciones, el cual considera debe ampliarse al menos a dieciocho meses, a efecto de considerar situaciones vinculadas con condiciones climatológicas, topográficas y de disponibilidad de servicio eléctrico en las zonas que comprende el objeto de cada concurso, que podrían dificultar la entrega de los productos esperados en el plazo originalmente establecido. Sobre este aspecto es importante señalar como punto de partida, que si bien la cláusula impugnada se encuentra relacionada con un tema propio de la ejecución contractual y no de las condiciones de participación, lo que implicaría una improcedencia del argumento por vía de la objeción, no puede dejarse de lado el hecho que su abordaje representa un aspecto que incide en la eventual participación de oferentes, al vincularse con un elemento esencial de todo contrato que es el plazo, por lo que resulta pertinente para este Despacho efectuar algunas consideraciones sobre dicho tema. Bajo este orden y como segundo aspecto de relevancia, observa este órgano contralor que los argumentos de la objetante en contra del plazo definido por la promotora de los concursos para efectos de la entrega de la infraestructura necesaria, se encuentra basada en argumentos de alcance muy general y sin una referencia a situaciones concretas o en su caso, con la prueba respectiva, que de manera indubitable evidencien la insuficiencia del plazo definido en cada cláusula cartelaria para cumplir con el objeto de la contratación. Así, para el argumento de la objetante en punto a los eventuales atrasos por condiciones climatológicas adversas en ciertas zonas a cubrir con el objeto de cada concurso, no se acredita por la institución recurrente por ejemplo, la identificación de estas y la forma en que esas condiciones climáticas podrían afectar el desarrollo de los trabajos y a cuales en particular se refiere, pareciendo más bien el planteamiento de la objetante como especulativo y sin una certeza de su existencia. Idéntica conclusión aplicaría para el planteamiento de la objetante en punto a las dificultades para desarrollar la infraestructura que podría presentarse por la topografía propia de ciertas zonas, pues no existe una indicación precisa y detallada de su parte, que demuestre la identificación de esas zonas y las razones del por qué la condición de su geografía afectaría la realización de ciertas obras necesarias que justifique la extensión del plazo en seis meses adicionales al previsto. Por otra parte, y no obstante la ausencia de elementos que sobre una base objetiva permitieran determinar a este órgano contralor, la existencia de visos de irrazonabilidad en el plazo definido por la entidad promotora del concurso, debe tomar en cuenta la objetante como bien lo indica el Fideicomiso en su respuesta a la audiencia especial otorgada, que en caso de producirse durante la fase de ejecución contractual, algún evento ajeno al control de los adjudicatarios del concurso, que se enmarquen dentro de los supuestos de caso fortuito o fuerza

mayor, es claro le asiste a cada uno de ellos con la debida demostración del hecho, la posibilidad de solicitar prórrogas al plazo de ejecución siempre y cuando la causa de atraso sea producto de uno de estos eventos, lo cuales por sí mismos constituyen eximentes de responsabilidad. De tal forma que la eventual extensión del plazo contractual, dependerá de la producción efectiva de los supuestos que hagan posible su ampliación, lo que deberá ser valorado por el Fideicomiso en cada situación puntual. Este razonamiento, aplica de manera similar al argumento expuesto por el ICE, referido a la necesidad de una extensión del plazo, en virtud de los casos de comunidades en donde no se cuenta siquiera con servicios de energía eléctrica, - pues en este evento debería entonces iniciarse con el levantamiento de la infraestructura necesaria-, planteamiento que al igual que los anteriores comentados, no se acompañan de una exposición detallada y con la prueba respectiva respecto a las zonas o áreas en esa situación, y la forma en que ello incide en el plazo de ejecución, aspecto que en este caso es mayormente exigido a la recurrente en vista de su condición de proveedor de estos servicios en la totalidad del país. Así las cosas, siendo que los recursos presentados por la objetante contra la cláusula indicada en cada uno de los concursos señalados en el encabezado de la presente resolución, carecen de la fundamentación respectiva, de conformidad con el artículo 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, procede su **rechazo de plano** en este extremo. **2)-Sobre el recurso presentado por CLARO CR Telecomunicaciones S.A:** Mediante escrito presentado en fecha 30 de setiembre del 2013, la empresa CLARO CR Telecomunicaciones S.A, dirigió escrito entre otras instituciones a este órgano contralor, exponiendo la necesidad que con ocasión de los concursos en trámite con cargo al Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), se complementen una serie de requisitos en los respectivos procedimientos, especialmente en lo referente a lo imperioso que resulta la aprobación y publicación de la metodología de contabilidad de costos separada de los proyectos financiados con recursos de dicho Fondo. Siendo que este órgano contralor no es Administración activa competente para complementar las regulaciones cartelarias, en aplicación del principio del informalismo se tramitará la gestión como un recurso de objeción. Con ese propósito, conviene efectuar el respectivo análisis de admisibilidad de la gestión, conforme se indicará seguidamente. Al respecto, tal y como fue indicado en el apartado primero de la presente resolución, el plazo para presentar el respectivo recurso de objeción para cada uno de los concursos citados, era de trece días hábiles contados como se dijo a partir del día inmediato siguiente a la fecha de publicación de la respectiva invitación a participar, por lo que la fecha límite para recurrir ante este órgano contralor el referido cartel, fue el día 18 de setiembre del 2013. Así entonces, siendo que el citado recurso fue

presentado más bien el día 30 de setiembre del mismo año, debe tenerse este por extemporáneo tal y como será resuelto en la parte dispositiva de la presente resolución.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 28, 30, 34 y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 y 172 de su Reglamento **se resuelve: 1)-Declarar parcialmente con lugar**, los recursos de objeción presentados por el **Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)**, contra el cartel de los concursos promovidos por el Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, para la adquisición de servicios de acceso a servicios de voz e internet de banda ancha y la provisión de estos a Centros de Prestación de Servicios Públicos, en las siguientes comunidades asociadas por número de concurso: **SUTEL-BNCR N° 005-2013 (Cantón de Guatuso, provincia de Alajuela)**, **SUTEL-BNCR N°006-2013 (Los Chiles, provincia de Alajuela)**, **SUTEL-BNCR N°007-2013 (San Carlos, provincia de Alajuela)**, **SUTEL-BNCR N°008-2013 (Sarapiquí, provincia de Heredia)** y **SUTEL-BNCR N°009-2013 (Upala, provincia de Alajuela)**. **2)-Rechazar de plano por extemporáneo**, el recurso de objeción presentado contra dichos concursos por la empresa **CLARO CR Telecomunicaciones S.A.** **3)-Se da por agotada la vía administrativa.**-----

NOTIFÍQUESE-----

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Licda. Adriana Pacheco Vargas
Fiscalizadora

Lic. Edgar Herrera Loaiza
Fiscalizador

Bach. Rebeca Bejarano Ramírez
Fiscalizadora Asociada