



R-DCA-00284-2021

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las siete horas cuarenta minutos del diez de marzo de dos mil veintiuno.-----

RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por **UFINET COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA** en contra del acto de adjudicación del concurso **No. 2020PPI-000001-PROV-FOD** promovido por la **FUNDACIÓN OMAR DENGO** para la “Contratación de una empresa que provea el servicio llave en mano, bajo la modalidad consumo según demanda, para la implementación de la red educativa del bicentenario en centros educativos del Ministerio de Educación Pública, ubicados en diferentes zonas geográficas del país”, acto recaído a favor del **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD**, por cuantía inestimable.-----

RESULTANDO

I. Que el dieciocho de diciembre de dos mil veinte la empresa Ufinet Costa Rica S.A., presentó recurso de apelación ante este órgano contralor, en contra del acto de adjudicación de la contratación No. 2020PPI-000001-PROV-FOD promovida por la FUNDACIÓN OMAR DENGO para la “Contratación de una empresa que provea el servicio llave en mano, bajo la modalidad consumo según demanda, para la implementación de la red educativa del bicentenario en centros educativos del Ministerio de Educación Pública, ubicados en diferentes zonas geográficas del país”.-----

II.- Que mediante auto de las nueve horas cuarenta y cuatro minutos del trece de enero de dos mil veintiuno, se otorgó audiencia inicial a la Administración y al adjudicatario, con la finalidad que se pronunciaran respecto al recurso interpuesto, la cual fue atendida por las partes mediante oficios agregados al expediente digital de apelación.-----

III.- Que mediante auto de las once horas nueve minutos del dos de febrero de dos mil veintiuno, se otorgó audiencia especial a la empresa apelante para que se refiriera a las argumentaciones brindadas por la Administración y el adjudicatario en contra de su oferta al momento de contestar la audiencia inicial; la cual fue atendida mediante documentos agregados al expediente digital de la apelación. -----

IV. Que mediante auto de las catorce horas veintiséis minutos del veintitrés de febrero de dos mil veintiuno, se prorrogó el plazo para resolver el presente recurso de apelación. -----

V. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 190 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, la audiencia final de conclusiones es de carácter facultativo,

siendo que en el presente caso se consideró innecesario su otorgamiento, en razón de contarse con los elementos suficientes para la resolución del presente caso.-----

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

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente asunto, se ha tenido a la vista el expediente administrativo de la contratación remitido por la Fundación Omar Dengo, por medio de copia certificada, subida al repositorio, por lo que de acuerdo con la información electrónica consultada en ese expediente y en el expediente digital de la apelación, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la Fundación por medio de oficio UCC-616-2020-PROV-FOD del 24 de noviembre de 2020, solicitó a UFINET COSTA RICA S.A. lo siguiente: *“...4. Con respecto a la experiencia aportada, deberá aclarar los siguientes aspectos: 4.1 La relación entre UFINET Panamá, UFINET Colombia con UFINET Costa Rica, dado que se interpreta que el cumplimiento del requisito de admisibilidad de UFINET Costa Rica, se efectúa acreditando experiencia de UFINET Colombia y UFINET Panamá...”*, (ver copia de expediente administrativo, subido al repositorio, carpeta denominada Folio del 11744 al 1840). **2)** Que la empresa UFINET COSTA RICA S.A. en atención a la solicitud de aclaración /subsanción requerida en oficio UCC-616-2020.PROV-FOD, indicó en documento de fecha 27 de octubre de 2020, en lo que interesa: *“...Respuesta: UFINET es un operador de telecomunicaciones neutral internacional carrier de carrier, con más de 20 años de experiencia en el negocio de telecomunicaciones basado en la construcción, gestión, operación y mantenimiento de redes propias de fibra óptica. Dispone de una amplia red de más de 70.000 km de fibra óptica desplegada en Latinoamérica, con presencia en 17 países en los que brinda servicios de telecomunicaciones de ámbito internacional, nacional y metropolitano. UFINET inició su actividad internacional, en una primera etapa, trasladando el mismo esquema empresarial ya implantado en España a los países en los que Unión Fenosa realizaba la operación de compañías eléctricas de distribución, para posteriormente en una segunda etapa abarcar zonas geográficas donde no necesariamente se contaba con las concesiones de distribución eléctrica, dando como resultado una cobertura de red en Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá y Colombia. Adicionalmente, en los últimos años y alineado con su estrategia de expansión, UFINET ha entrado a operar en México, Ecuador, Perú, Chile, Argentina, Paraguay y Brasil. El valor principal de UFINET proviene del conocimiento*

y experiencia, que como empresa ha acumulado en el sector de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información durante sus años de operación, en distintos mercados, bajo el liderazgo y direccionamiento de su casa matriz, UFINET LATAM S.L.U con domicilio en Madrid, España. Bajo la estructura mencionada es que UFINET desarrolla distintos proyectos en los mercados latinoamericanos, los cuales, en orden a los requerimientos legales y regulatorios propios de cada país, se ejecutan a través de las filiales constituidas en cada uno de ellos, sin que por ello, pueda entenderse que la experiencia de UFINET debe fraccionarse conforme al país en el cual se ha desarrollado uno u otro proyecto, pues como viene de explicarse, UFINET es una única estructura empresarial. Lo anterior explica el hecho de que se hayan aportado certificaciones de experiencia en proyectos desarrollados por UFINET en países como Colombia y Panamá, a través de sus oficinas (filiales) establecidas en dichos países...”, (ver copia de expediente administrativo, subido al repositorio, carpeta denominada Folio del 11744 al 1840). **3)** Que en la oferta de la empresa apelante, se observa Anexo 1 de la certificación emitida por Mario Gamboa Quirós, Contador Público Autorizado, Anexo denominado CARTAS DE RECOMENDACIÓN Y CONTRATOS, y en este, los siguientes documentos: **i-** Carta suscrita por Ana Patricia Salazar, CEO Digicel (Panamá), S.A. que en lo que interesa indica: “...hago constar que la empresa Ufinet Panamá, es un proveedor de servicios de conectividad de mi representada desde el año 2008 (...)El contrato firmado entre las partes tiene un valor de USD10.6(...) Cabe resaltar que la experiencia brindada por Ufinet Panamá en el periodo de construcción del servicio (...) ha sido muy satisfactorio(..)”. **ii-** Certificación emitida por Henry Tapiero Jiménez, Apoderado de TV AZTECA SUCURSAL COLOMBIA, que indica: “...Que la entidad mencionada a continuación ha celebrado con nuestra empresa, el siguiente contrato: Nombre Razón Social del contratista o proveedor: UFINET COLOMBIA S.A.(...) Número de contrato 03-2012 (...) Fecha final Octubre 2030. Objeto el contrato Regular las relaciones técnicas, jurídicas y económicas entre las partes derivadas de la prestación de los servicios de operación y mantenimiento de cable de fibra óptica (...) “. **iii-** Copia de Documento (Otrosí No.1) al Contrato suscrito entre Gas Natural Fenosa Telecomunicaciones Colombia S.A. y Comunicación Celular COMCEL S.A. de fecha 18 de marzo de 2013, firmado por Hilda María Pardo Hasche de parte de Comunicación Celular COMCEL S.A y por Pablo Pérez-Bedmar Delgado por Gas Natural Fenosa Telecomunicaciones Colombia S.A. **iv-** Copia de Contrato entre Unión Fenosa Redes de Telecomunicaciones Panamá S.A. (UFINET) firma José Quintas y Claro Panamá S.A., firma Oscar Borda, de fecha 29 de julio de 2008. Se

trata de un contrato de cesión de derecho de uso irrevocable de fibra óptica oscura para telecomunicaciones (ver copia de expediente administrativo, subido al repositorio Carpeta denominada “Carpeta Folios con su vuelto faltante” - folio del 1539 al 1710). **4)** Que en documento denominado Informe técnico de Evaluación de Ofertas Concurso 2020PPI-000001-PROV-FOD Anexo No.1 Tabla de verificación y/o cumplimiento de documentos y de los requerimientos técnicos de las ofertas, se indica que la oferta apelante cumple y refieren los siguientes proyectos: Proyecto Fibras ópticas-Digicel Panamá (UFINET Panamá) Proyecto Fibras ópticas-Claro Panamá (UFINET Panamá), Proyecto Azteca Colombia (UFINET Colombia, en el tanto el “status” de esa oferta es cumple, según documento denominado Informe técnico de Evaluación de Ofertas Concurso 2020PPI-000001-PROV-FOD Anexo No. 1 Tabla de verificación y/o cumplimiento de documentos y de los requerimientos técnicos de las ofertas (ver copia de expediente administrativo subido al repositorio, Carpeta del folio 1841 al 1899). **5)** Que con respuesta de audiencia especial, la apelante aporta constancia que refiere: Miami, 4 de febrero de 2021, y se entiende firmada por el Señor Iñigo García del Cerro Prieto, quien se presenta como CEO de UFINET Latam S.L.U. y representante legal de la empresa UFINET LATAM S.L.U. La constancia refiere además que esta empresa es titular de las acciones en las compañías que de seguido se enlistan y en el porcentaje indicado: -----

COMPAÑÍA	PARTICIPACIÓN
Ufinet Costa Rica S.A.	100%
Ufinet Colombia S.A.	90%
Ufinet Panamá S.A.	100%

Se añade en la constancia que la información suministrada puede ser corroborada a solicitud conforme a los registros que obran en los correspondientes libros de accionistas, (ver folio 64 del expediente digital de la apelación, mismo que puede ser consultado ingresando en la página web de la Contraloría General de la República <https://www.cgr.go.cr/> Pestaña “consultas”/ consulte el estado de su trámite / imagen “consulta pública” / consulta pública / consultando el expediente número “CGR-REAP-2020008112). **6)** Que con respuesta de audiencia especial, la apelante aporta certificación de la Notaria Pública Magally María Guadamuz García que en lo que interesa indica, respecto de la sociedad UFINET COSTA RICA S.A. “...PRIMERO: Que con vista en el Sistema Mercantil del Registro Nacional bajo la cédula jurídica número tres-ciento uno-quinientos ochenta y siete mil ciento noventa, la sociedad Ufinet Costa Rica Sociedad

Anónima, con domicilio en San José, Escazú (...) se encuentra debidamente inscrita y vigente al día de hoy. **SEGUNDO:** Que con vista en el asiento número doce, visible a los folios diecisiete y dieciocho, del libro de Registro de Accionistas de la Compañía, debidamente autorizado bajo el número de legalización cuatro cero seis uno cero tres ocho cero tres uno cuatro, el doce de febrero de dos mil diez, el capital suscrito y pagado de la Compañía es la suma de quince mil colones representados por quince acciones comunes y nominativas de mil colones cada una, y la socia Ufinet Latam S.L.U, una sociedad constituida y existente de conformidad con las leyes de España, con número de identificación fiscal B ocho siete seis cuatro uno siete cinco nueve, es propietaria del cien por ciento del capital social de la Compañía...”, certificación emitida el 5 de febrero de 2021, (ver folio 65 del expediente digital de la apelación, mismo que puede ser consultado ingresando en la página web de la Contraloría General de la República <https://www.cgr.go.cr/> Pestaña “consultas”/ consulte el estado de su trámite / imagen “consulta pública” / consulta pública / consultando el expediente número “CGR-REAP-2020008112). **7)** En la oferta del ICE, se observa que se indicó un precio total de \$1.799.321 y se indicó en tres de las cinco líneas cotizadas, precios en 0 (cero), en concreto en la línea 3 Sitios de Agregación para el soporte de los servicios misceláneos de la red, línea 4 Centro de operaciones de red (NOC), y en la línea 5 Centro de seguridad seguridad de la red (SOC), (ver copia del expediente administrativo subido al repositorio, carpeta denominada Folio 1214 al 1331). Se indicó además en la oferta del ICE, Tabla No. 2 Componentes que conforman el servicio que refiere respecto de la línea 3, que la arquitectura actual del ICE no requiere sitios de agregación, ver misma carpeta. **8)** Que en el expediente administrativo subido al repositorio, carpeta denominada Folio del 1711 al 1743, se observa acta de apertura de ofertas, que presenta el siguiente desglose de precios y pujas presentadas.-----

DESGLOSE DE PRECIOS Y PUJAS PRESENTADAS.

	Oferente N° 1	Oferente N° 2
Fase 1. Precio inicial	\$1.799.321,00	\$1.189.541,20
Fase 2. Puja A	-	-
Fase 3. Puja B	-	-
Fase 4. Puja C	-	-
Fase 5. Puja D.1	\$843.343,67	\$1.159.850,00
Fase 5. Puja D.2	\$773.825,33	\$779.900,00
Fase 5. Puja D.3	-	-

9) Que la Fundación por medio de oficio UCC-590-2020-PROV-FOD del 16 de noviembre de 2020, le requiere al ICE lo siguiente: “...En atención a la oferta presentada al proceso de contratación supra indicado, le agradecemos aclarar si el costo relacionado al NOC y al SOC está incluido en la línea No. 1 de la oferta...”, (ver folio 1742 de la copia del expediente administrativo). Que el ICE por medio de oficio 9070-1212-2020 del 17 de noviembre de 2020 indicó que el costo relacionado al NOC y al SOC sí están incluidos en la línea No.1 de la oferta correspondiente al componente de conectividad a internet, (ver folio 46 del expediente digital de la apelación, mismo que puede ser consultado ingresando en la página web de la Contraloría General de la República <https://www.cgr.go.cr/> Pestaña “consultas”/ consulte el estado de su trámite / imagen “consulta pública” / consulta pública / consultando el expediente número “CGR-REAP-2020008112). 10) En oficio UCC-596-2020-PROV-FOD del 19 de noviembre de 2020, la Fundación le requirió al ICE desglosar el precio ofertado para la línea 1, indicando el costo correspondiente al NOC y al SOC y presentar el desglose de la estructura de costos. El ICE respondió en oficio 9070-1230-20201 del 20 de noviembre de 2020 que en la nota 9070-1212-2020, se indicó que los costos del NOC y SOC estaban considerados en el componente de línea 1, es decir conectividad, y aportó el siguiente cuadro: Desglose del precio por centro educativo del NOC y SOC: -----

NOC	\$15,25	0,02%
SOC	\$49	0,064%

(ver copia del expediente administrativo subido al repositorio, carpeta denominada Folio 1744 al 1840). 11) La Fundación, en oficio UCC-615-2020-POV-FOD del 24 de noviembre de 2020, le solicitó al ICE indicar cuál era el costo correspondiente a la conectividad, a lo cual el ICE respondió en documento 9070-1260-2020 del 26 de noviembre de 2020, remitiendo estructura del precio de conectividad, (ver copia del expediente administrativa subido al repositorio, carpeta denominada Folio 1744 al 1840). 12) La Fundación, en oficio UCC-633-2020-PROV-FOD del 27 de noviembre de 2020, le indica al ICE: “En atención a la respuesta de subsane presentada el jueves 27 de noviembre (...) la respuesta dada al punto 4 no corresponde a lo solicitado por la Administración, en el tanto lo que indican es la estructura de costos o componentes del precio, sin embargo lo solicitado (...) es (...) 4.(...) se le solicita indicar cuál es el **costo** correspondiente a la conectividad...”. A lo anterior, el ICE, en documento 9070-1275-2020 del primero de diciembre de 2020, indica lo siguiente: “(...) -

Costos en USD para conectividad	
Insumos	\$ 233.027,00
Mano de obra	\$ 76.538,00
Administrativos	\$ 35.895,00

Es importante señalar que la información trasladada es de carácter confidencial por la sensibilidad de los datos que contiene...”, (ver copia del expediente administrativo subido al repositorio, carpeta denominada Folio 1744 al 1840). **13)** La Fundación en oficio UCC-649-2020-PROV-FOD del 2 de diciembre de 2020, le requirió al ICE: “...Según nota 9070-1230-2020 del 20 de noviembre del 2020, indican que el costo por NOC y SOC por centro educativo es de \$15,25 y \$49,00 respectivamente. Considerando que, la cantidad de C.E. es de 2055, al realizar la multiplicación de los costos, tenemos que dicho costo mensual es de \$31.338,75 para el NOC y \$100.695 para el SOC. La sumatoria de esos dos componentes da un total de \$132.033,75. Ahora, considerando que el monto total de la línea de conectividad es de \$393.044,00 mensuales, al restarle a ese monto el costo total por concepto de NOC y SOC, nos da como resultado un valor mensual de conectividad de \$261.010,25, costo que al dividirlo entre la cantidad de Mbps (209.678) da como resultado un costo unitario mensual de \$1,24. Lo anterior responde a los cálculos realizados por la Fundación tomando como referencia la información aportada el 20 de noviembre. Sin embargo; ante la aclaración solicitada mediante oficio UCC-615-2020-PROV-FOD y la respuesta dada en la nota 9070-1275-2020 del 01 de diciembre, los montos no coinciden, en el tanto, indican que el costo mensual por concepto de conectividad corresponde a \$345.460,00. Si a dicho monto le sumamos el monto correspondiente al costo mensual de NOC y SOC por los 2.055 centros educativos nos da un total de \$477.493,75 que no corresponde al monto del rubro indicado en la oferta de \$393.044, con lo cual notamos que existe un error aritmético en la información aportada. Siendo así lo anterior, y considerando las respuestas dadas en los oficios anteriores, se le solicita presentar la aclaración correspondiente, indicando lo siguiente para **la línea No.1** de la oferta: 1. **Costo** (monto) unitario mensual del Mbps y el costo total mensual por los 209.678 Mbps proyectados. 2. **Costo** (monto) total mensual del NOC para los 2.055 centros educativos tomando en consideración que el costo unitario mensual referenciado es de \$15,25. 3. **Costo** (monto) total mensual del SOC para los 2.055 centros educativos, tomando en consideración que el costo unitario mensual referenciado es de \$49,00. No se omite indicar que la sumatoria de

los tres costos que se solicita aclarar en los puntos anteriores 1, 2 y 3 del presente oficio debe dar un total de \$393.044,00 correspondiente al monto ofertado...”. Al anterior requerimiento de información el ICE expuso en documento 6000-2321-20202 del 3 de diciembre de 2020: “...Es importante aclarar que no existe un error aritmético en la información entregada por el (...) (ICE), sino una interpretación incorrecta de los datos, lo anterior, debido a que los elementos de los costos del NOC y del SOC son parte del precio de la solución integral (\$773.825,33/mes), y no es posible su separación. A solicitud de su representada se ha entregado la información por separado, sin que esto varíe la integralidad del precio total. Además es importante aclarar que los \$773.825,33/mes, es un precio final que incluye costos y utilidad. Con base en lo anterior, se brinda respuesta a cada uno de los puntos solicitados en la carta de referencia: 1. **Costo (monto) unitario mensual del Mbps y el costo total mensual por los 209.678 Mbps proyectados.** De acuerdo al desglose de la oferta económica enviada el 9 de noviembre, como se indicaba en las condiciones cartelarias, el (monto), precio unitario mensual Mbps es \$1,87451 y el precio total mensual por los 209.678 Mbps proyectados es de \$393.044. 2. **Costo (monto) total mensual del NOC para los 2.055 centros educativos tomando en consideración que el costo unitario mensual referenciado es de \$15,25.** El costo (monto), total mensual del NOC para los 2.055 centros educativos es de \$31.338,75. 3. **Costo (monto) total mensual del SOC para los 2.055 centros educativos, tomando en consideración que el costo unitario mensual referenciado es de \$49,00.** El costo (monto) total mensual del SOC para los 2.055 centros educativos es de \$100.695. Es importante aclarar, que los montos indicados en los puntos 2 y 3 correspondientes al NOC y SOC, es decir \$31.338,75 y \$100.695 respectivamente, forman parte del precio total de la solución (\$773.825,33/mes). (...)” (ver copia del expediente administrativa subido al repositorio, carpeta denominada Folio 1744 al 1840). **14)** Que la Fundación solicitó al ICE en oficio UCC662-2020-PROV-FOD lo siguiente: “...Según respuesta presentada, se determina que los porcentajes indicados, confirman el análisis detallad en el oficio ucc-649-2020-PROV-FOD, en donde se deduce que el costo por concepto de conectividad es de \$261.011,28 (33,73% del precio total ofertado), que el costo del NOC es de \$31.338,75 (4,05% del precio total ofertado), el costo del SOC es de \$100.695,00 (13,01% del precio total ofertado) y el costo por concepto de seguridad/inteligencia de borde para cada Centro Educativo es de \$380.781,00 (49,21% del precio total ofertado). Considerando que el monto total de la línea de conectividad es de \$393.044,00 mensuales, al restarle a ese monto el costo total por concepto de NOC y SOC,

nos da como resultado un valor mensual de conectividad de \$261.010,25 y que al dividir ese costo entre la cantidad de Mbps (209.678) da como resultado un costo unitario mensual de \$1,24 solicitamos confirmar el cálculo y el monto unitario mensual por Mbps...”. El ICE respondió en oficio 9070-1310-2020 del 7 de diciembre de 2020: “...Como se ha indicado en notas de aclaraciones anteriores, el NOC y el SOC son parte de la solución total del servicio requerido por la Fundación Omar Dengo, (...) Sin embargo con las aclaraciones y el análisis realizado en donde se indica que al excluir el NOC y el SOC del componente de actividad, el precio del Mbps correspondería a \$1,24. Con base a dicha distribución, se procede a aclarar en el siguiente cuadro: -----

Cuadro N°1
Desglose del mejor precio presentado en puja excluyendo NOC y SOC del componente de conectividad

Linea	Descripción	Unidad de medida	Descripción Unidad de medida a cobrar	Cantidad inicial	Costo unitario mensual colizado	Costo total mensual colizado por la proyección 11/2011 de CE
1	Conectividad a Internet	Mbps	Costo mensual por un 1 Mbps de ancho de banda La cantidad total corresponde a la distribución de 2.055 centros educativos según Anexo No 1 del cartel.	209.678 Mbps (distribuidos entre los 2.055 centros educativos)	\$1,24	\$261.010,58
2	Seguridad / Inteligencia de borde para cada centro educativo	Centro Educativo	Costo mensual por el componente que permita la gestión de seguridad e inteligencia del servicio en un centro educativo.	2.055	Pequeños y muy pequeños: \$90,03 Medianos: \$99,29 Grandes: \$129,74 Muy Grandes: \$247,93 Gigantes: \$846,67	\$380.781,00
3	Sitios de agregación para el soporte de los servicios misceláneos de la red	Centro Educativo	Costo mensual del sitio principal y el sitio alterno requeridos para soportar todos los componentes misceláneos del servicio por cada centro educativo.	2	\$0	\$0,00
4	Centro de operaciones de red (NOC)	Centro Educativo	Costo mensual por el componente de servicio NOC en un centro educativo.	1 (Capaz de atender al menos 2.055, y eventuales ampliaciones según demanda)	\$15,25	\$31.338,75
5	Centro de seguridad de la red (SOC)	Centro Educativo	Costo mensual por el componente de servicio SOC en un centro educativo.	1 (Capaz de atender al menos 2.055, y eventuales ampliaciones según demanda)	\$49	\$102.896,00
Precio total colizado mensual (setecientos sesenta y tres mil ochocientos veinticinco dólares con treinta y tres centavos)						\$773.825,33
Precio total colizado anual (nueve millones doscientos ochenta y cinco mil novecientos tres dólares con noventa y seis centavos)						\$9.285.903,96

Fuente: Proceso Precios y Mercado de Telecomunicaciones – Gerencia de Finanzas del ICE.

(...)”; (ver copia del expediente administrativa subido al repositorio, carpeta denominada Folio 1744 al 1840). -----

II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE LA EMPRESA UFINET COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA. Sobre la experiencia acreditada: El adjudicatario al atender la audiencia inicial,

señala que la empresa UFINET COSTA RICA SOCIEDAD ANONIMA, la cual consta registralmente que fue inscrita en el año 2009 y legalizada en el año 2012 (expone ver anexo 1) y según las cartas de referencia (TV Azteca, Digicel, Gas Natural Fenosa, Claro Panamá) presentadas por la recurrente son del 2008 y 2012, en dichas fechas UFINET COSTA RICA SOCIEDAD ANONIMA no estaba constituida. Añade que en la oferta de la apelante, en su oferta indica expresamente que no participa en Asociación o Consorcio. Que las certificaciones de participación de proyectos aportadas en la oferta, fueron dadas por las empresas CLARO-PANAMA, DIGICEL, TV AZTECA y acreditan la participación en los proyectos para: -UFINET Panamá (en el caso del Proyecto de DIGICEL y CLARO). -UFINET Colombia (en el caso del Proyecto de TV AZTECA). Que se puede entonces observar que en la oferta de la empresa UFINET Costa Rica, no se aporta una certificación que evidencie que UFINET Panamá y UFINET Colombia pertenecen al mismo grupo de interés económico; por lo que en las cartas de recomendación aportadas no se menciona ni se acredita la experiencia del oferente UFINET COSTA RICA S.A. en desarrollo de proyectos de esta índole. Que los proyectos certificados por el contador de la apelante, en la página 206 del folio de la oferta son: -----

NOMBRE DEL CLIENTE	CONTRATO	FECHA	DC	VIGENCIA	MONTO UNITARIO	MONTO TOTAL
CLARO-PANAMÁ DIGICEL TV AZTECA		15/07/2012	INSTALACIÓN 900.000 M	240 MESES	7.2	13,680,000.00 10,672,438.00 12,449,083.00

Fuente: Oferta UFINET

Que en el análisis de las cartas de recomendación y contratos que aportó con su oferta, se visualiza: -----

Cartas de recomendación:

Proveedor	Empresa que Certifica	Año de inicio	Tipo de contrato	¿Proyecto de conectividad?
UFINET Panamá	DIGICEL (Panamá) S.A.	2008	Sistema de fibra óptica en alquiler de capacidades contratadas y el servicio de operación y mantenimiento	No
UFINET Colombia S.A.	Tv Azteca Sucursal Colombia	2012	Servicios de operación y mantenimiento de cable de fibra óptica	No

Fuente: Oferta UFINET

Contratos

Proveedor	Empresa que Certifica	Fecha de contrato	Objeto del contrato	¿Proyecto de conectividad?
Gas Natural FENOSA Telecomunicaciones Colombia S.A.	COMCEL S.A.	26 de diciembre de 2011	Cesión Irrevocable de uso de fibras ópticas	No
Unión FENOSA Redes de Telecomunicaciones Panamá S.A.	Claro Panamá S.A.	29 de julio de 2008	Cesión de derecho de uso Irrevocable de fibra oscura	No

Fuente: Oferta UFINET

El apelante al atender audiencia especial expuso: Que lo primero a indicar es que se trata de aspectos que ya fueron debida y oportunamente aclarados a la Administración mediante oficio de UFINET de 26 de noviembre de 2020 presentado a la Fundación (error de fecha en encabezado indica 27 de octubre de 2020), emitido en respuesta al oficio de solicitud de aclaraciones de esa Administración número UCC-616-2020-PROV-FOD. Añade que en ese entonces, dejaron claro que el Grupo UFINET es un operador de telecomunicaciones neutral internacional con más de 20 años de experiencia en el negocio, el cual se basa en la construcción, gestión operación y mantenimiento de redes propias de fibra óptica. Que en ese marco, bien se explicó ante la Fundación que UFINET tiene su casa matriz, que es UFINET LATAM S.L.U en Madrid, España y a partir de allí inició su actividad internacional, la cual dividió en dos etapas para finalmente extender su cobertura de red en Centroamérica y algunos sectores de Latinoamérica. Que en razón de ello, el conocimiento y experiencia acumulada en el sector de telecomunicaciones, le ha permitido, bajo esa estructura, desarrollar diferentes proyectos en mercados latinoamericanos, los cuales se ejecutan a través de las filiales constituidas en cada uno de los países, apegados a los requerimientos legales y regulatorios correspondientes, por lo que la experiencia adquirida por UFINET durante más de 20 años no puede ni debe fraccionarse, ya que UFINET es una única estructura empresarial. Que por lo anterior, se aportó con la oferta certificaciones de experiencia en proyectos desarrollados por UFINET en Colombia y Panamá a través de sus oficinas (filiales) en dichos países. Que por eso es irrelevante el hecho -acusado por el ICE- de que UFINET Costa Rica se constituyera en el 2009 (refiere la apelante no tener claro a qué se refiere el ICE con la manifestación de que la empresa fue legalizada en 2012), cuando la realidad es que incluso la compañía fue autorizada por SUTEL para brindar servicio de telecomunicaciones en 2011 mediante resolución RCS-182-2011 de 17 de agosto de 2011), toda vez que la experiencia es una sola para la misma estructura empresarial tal y como sucede en este caso. Que con esta explicación, que consta en el mencionado oficio, la Fundación se dio por satisfecha, y el proceso licitatorio continuó su

curso normal. Que el pliego cartelario inicialmente solicitó en su Sección II puntos 1 y 2 que, como requisito de admisibilidad, el cumplimiento de un mínimo de 10 años en el mercado nacional o internacional como proveedor de servicios de integración diseño y configuración de redes WAN, iguales o similares a los solicitados en este el cartel. Expuso que en el aviso No. 7 Oficio UCC-503 del 09 de octubre del 2020, la Administración licitante notificó una modificación de oficio que consistió en reducir a seis 6 los años de experiencia solicitados en el cartel, por lo que UFINET COSTA RICA también cumpliría con sus años de experiencia ya que, a la fecha de la apertura de oferta, tendría poco más de 8 años, de haberse constituido. Que en ese oficio (el de fecha 27 de octubre 2020), se aclaró que UFINET COSTA RICA, UFINET COLOMBIA y UFINET PANAMÁ -junto con otras compañías más- pertenecen al mismo Grupo de Interés Económico, pero, además, se explicó, dada la estructura empresarial característica de UFINET Latam, la experiencia de UFINET no puede ni debe ser fraccionada. Que con ello, con las cartas aportadas en oferta, fácilmente se aprecia que en este caso las personas jurídicas que forman parte del Grupo de Interés, comparten el mismo nombre comercial y ofrecen el mismo tipo de producto comercial, en distintos puntos geográficos: Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Honduras, México, Guatemala, Panamá y Colombia por mencionar solo algunos; aspecto que puede comprobarse, según refieren en: <https://www.ufinet.com/our-network/latamnetwork/> refiriendo que en ella, se hace mención expresa de sus oficinas en los más de 10 distintos países. La apelante adiciona que de acuerdo a lo anterior, UFINET Latam comprende por medio de sus filiales un Grupo de Interés Económico, con presencia regional, el cual se integra -entre otras- por UFINET Costa Rica sociedad costarricense, UFINET Panamá y UFINET Colombia. Que se ha demostrado que la experiencia de ambas empresas es la misma, bajo la figura de Grupo de Interés Económico, y que este órgano contralor no debe confundirse al valorar la experiencia de la totalidad del Grupo de Interés Económico UFINET, tal y como puede derivarse en virtud de lo sostenido por esta misma Contraloría General, mencionando lo que le resulta de interés de la resolución R-DCA-320-2015. Que como lo ha señalado esta Contraloría General en su línea jurisprudencial (entre otras las resoluciones número R-DCA-334-2007 y R-DCA-024-2008), entre los factores que ayudan a verificar la presencia de un Grupo de Interés Económico se destaca el “*que debe darse una influencia significativa entre las compañías, lo cual permita entender que las decisiones comerciales de una inciden sobre las de la otra empresa*”, y que para el caso particular la experiencia de estas empresas sea en Costa Rica, Panamá o Colombia es la misma, bajo la

figura de Grupo de interés Económico, por lo que no se ofertó, por no ser necesario, en condición de “Asociación” o Consorcio”, aspecto que es perfectamente viable según lo reconoce esta Contraloría General, como derivación de lo resuelto, entre otras, en la resolución R-DCA-358-2016. Que en consecuencia, las cartas aportadas deben ser apreciadas como parte de la experiencia de su representada, y así solicita que sea reconocido por este órgano contralor. Que cuando el ICE acusa que UFINET no aportó certificación del Grupo de Interés Económico que forman las empresas de Costa Rica, Panamá y Colombia, expone que eso ya fue explicado, en documento del 26 de noviembre de 2020 presentado a la Fundación, emitido en respuesta al oficio de solicitud de aclaraciones de esa Administración número UCC-616-2020-PROV-FOD, dejando claro en ese momento que Grupo UFINET es un operador de telecomunicaciones neutral internacional con más de 20 años de experiencia en el negocio, que UFINET tiene su casa matriz, que es UFINET LATAM S.L.U en Madrid, España y a partir de allí inició su actividad internacional en los diferentes países, mediante un conglomerado que funge como Grupo de Interés Económico, y con esa explicación la Fundación se dio por satisfecha. Que el ICE no realizó el ejercicio de revisar la respuesta del 26 de noviembre de 2020. Que no obstante lo anterior, a modo de ser más claros y desacreditar toda confusión que pretende hacer valer el ICE, adjunta constancia corporativa en donde se certifica el porcentaje respecto del capital social de cada una de las compañías, documento firmado digitalmente por el representante legal de la empresa UFINET LATAM S.L.U y certificación en cuanto a la propiedad del capital accionario de UFINET Costa Rica, en aras de constituir aún mayor prueba al respecto. **Criterio de la División:** Como primer aspecto se debe tener en cuenta que la Fundación, por medio de oficio UCC-616-2020-PROV-FOD del 24 de noviembre de 2020, solicitó a UFINET COSTA RICA S.A. lo siguiente: “...4. *Con respecto a la experiencia aportada, deberá aclarar los siguientes aspectos: 4.1 La relación entre UFINET Panamá, UFINET Colombia con UFINET Costa Rica, dado que se interpreta que el cumplimiento del requisito de admisibilidad de UFINET Costa Rica, se efectúa acreditando experiencia de UFINET Colombia y UFINET Panamá...*”, (ver hecho probado 1). Ante dicho requerimiento, la empresa UFINET COSTA RICA S.A. contestó: “... *Respuesta: UFINET es un operador de telecomunicaciones neutral internacional carrier de carrier, con más de 20 años de experiencia en el negocio de telecomunicaciones basado en la construcción, gestión, operación y mantenimiento de redes propias de fibra óptica. Dispone de una amplia red de más de 70.000 km de fibra óptica desplegada en Latinoamérica, con presencia en 17 países*

en los que brinda servicios de telecomunicaciones de ámbito internacional, nacional y metropolitano. UFINET inició su actividad internacional, en una primera etapa, trasladando el mismo esquema empresarial ya implantado en España a los países en los que Unión Fenosa realizaba la operación de compañías eléctricas de distribución, para posteriormente en una segunda etapa abarcar zonas geográficas donde no necesariamente se contaba con las concesiones de distribución eléctrica, dando como resultado una cobertura de red en Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá y Colombia. Adicionalmente, en los últimos años y alineado con su estrategia de expansión, UFINET ha entrado a operar en México, Ecuador, Perú, Chile, Argentina, Paraguay y Brasil. El valor principal de UFINET proviene del conocimiento y experiencia, que como empresa ha acumulado en el sector de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información durante sus años de operación, en distintos mercados, bajo el liderazgo y direccionamiento de su casa matriz, UFINET LATAM S.L.U con domicilio en Madrid, España. Bajo la estructura mencionada es que UFINET desarrolla distintos proyectos en los mercados latinoamericanos, los cuales, en orden a los requerimientos legales y regulatorios propios de cada país, se ejecutan a través de las filiales constituidas en cada uno de ellos, sin que por ello, pueda entenderse que la experiencia de UFINET debe fraccionarse conforme al país en el cual se ha desarrollado uno u otro proyecto, pues como viene de explicarse, UFINET es una única estructura empresarial. Lo anterior explica el hecho de que se hayan aportado certificaciones de experiencia en proyectos desarrollados por UFINET en países como Colombia y Panamá, a través de sus oficinas (filiales) establecidas en dichos países...”, (ver hecho probado 2). Ahora bien, revisando la experiencia referida en oferta de la apelante, como Anexo 1 de la certificación emitida por Mario Gamboa Quirós, Contador Público Autorizado, Anexo denominado CARTAS DE RECOMENDACIÓN Y CONTRATOS, se observan los siguientes documentos: i-Carta suscrita por Ana Patricia Salazar, CEO Digicel (Panamá), S.A. que en lo que interesa indica: “...hago constar que la empresa Ufinet Panamá, es un proveedor de servicios de conectividad de mi representada desde el año 2008(...)El contrato firmado entre las partes tiene un valor de USD10.6(...) Cabe resaltar que la estatus de esa oferta es cumple, según lo detallado en experiencia brindada por Ufinet Panamá en el periodo de construcción del servicio (...) ha sido muy satisfactorio(..)”. ii-Certificación emitida por Henry Tapiero Jiménez, Apoderado de TV AZTECA SUCURSAL COLOMBIA, que indica: “...Que la entidad mencionada a continuación ha celebrado con nuestra empresa, el siguiente contrato: Nombre Razón Social del contratista o proveedor:

UFINET COLOMBIA S.A.(...) Número de contrato 03-2012 (...) Fecha final Octubre 2030. Objeto el contrato Regular las relaciones técnicas, jurídicas y económicas entre las partes derivadas de la prestación de los servicios de operación y mantenimiento de cable de fibra óptica (...). **iii-** Copia de Documento (Otrosí No.1) al Contrato suscrito entre Gas Natural Fenosa Telecomunicaciones Colombia S.A. y Comunicación Celular COMCEL S.A. de fecha 18 de marzo de 2013, firmado por Hilda María Pardo Hasche de parte de Comunicación Celular COMCEL S.A y por Pablo Pérez-Bedmar Delgado por Gas Natural Fenosa Telecomunicaciones Colombia S.A. **iv-** Copia de Contrato entre Unión Fenosa Redes de Telecomunicaciones Panamá S.A. (UFINET) firma José Quintas y Claro Panamá S.A., firma Oscar Borda, en fecha 29 de julio de 2008. Se trata de un contrato de cesión de derecho de uso irrevocable de fibra óptica oscura para telecomunicaciones (ver hecho probado 3). Expuesto lo anterior, entiende esta División que la experiencia tomada en cuenta por la Fundación a la sociedad apelante, a efectos de determinar que cumplía con la experiencia requerida en el cartel, es la siguiente: Proyecto Fibras ópticas-Digicel Panamá (UFINET Panamá) Proyecto Fibras ópticas-Claro Panamá (UFINET Panamá), Proyecto Azteca Colombia (UFINET Colombia, en el tanto el “status” de esa oferta es cumple, según documento denominado Informe técnico de Evaluación de Ofertas Concurso 2020PPI-000001-PROV-FOD Anexo No. 1 Tabla de verificación y/o cumplimiento de documentos y de los requerimientos técnicos de las ofertas, según hecho probado 4. Ahora bien, como se expuso supra, la defensa de la apelante ante imputaciones que ha hecho el ICE, es en el sentido que UFINET es un operador de telecomunicaciones neutral internacional con más de 20 años de experiencia en el negocio, con casa matriz, que es UFINET LATAM S.L.U en Madrid, España. Inició su actividad internacional, la cual dividió en dos etapas para finalmente extender su cobertura de red en Centroamérica y algunos sectores de Latinoamérica, realizando proyectos en mercados latinoamericanos, los cuales se ejecutan a través de las filiales constituidas en cada uno de los países. Que la experiencia adquirida por UFINET durante más de 20 años no puede ni debe fraccionarse por ser una única estructura empresarial, la experiencia es una sola para la misma estructura empresarial tal y como sucede en este caso. Que en ese oficio (el de fecha 27 de octubre 2020), se aclaró que UFINET COSTA RICA, UFINET COLOMBIA y UFINET PANAMÁ -junto con otras compañías más- pertenecen al mismo Grupo de Interés Económico. Que con ello, de las cartas aportadas en oferta, se aprecia que las personas jurídicas que forman parte del Grupo de Interés, comparten el mismo nombre comercial y ofrecen el mismo tipo de

producto comercial, en distintos puntos geográficos: Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Honduras, México, Guatemala, Panamá y Colombia, entre otros, grupo que se integra -entre otras- por UFINET Costa Rica sociedad costarricense, UFINET Panamá y UFINET Colombia, siendo la experiencia de ambas empresas la misma, bajo la figura de Grupo de Interés Económico. Como adicional sustento, aportó un documento denominado constancia corporativa en donde señala se certifica el porcentaje respecto del capital social de cada una de las compañías y certificación en cuanto a la propiedad del capital accionario de UFINET Costa Rica, en aras de constituir mayor prueba al respecto. En punto a este tema, es importante traer a colación primeramente lo que esta Contraloría General, ha indicado con relación a los grupos de interés económico, así se ha dicho en lo de interés que: *“(...) el concepto de “grupos de interés económico”, según lo ha plasmado en la jurisprudencia que de seguido se citará se puede entender como la relación existente que permite vinculaciones o relaciones de negocios, de capitales, de administración, mediante la cual se le permite a una o más de esas personas que conforman ese conjunto ejercer una influencia significativa en las decisiones de las demás empresas o personas. Ciertamente la finalidad de un grupo de interés económico es facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros y mejorar los resultados de dicha actividad. [...] Así, vemos como se le ha dado importancia al hecho de que exista una relación entre las empresas o sujetos que conforman el Grupo de interés económico, de forma tal que resulta relevante que exista la posibilidad de un sujeto de ejercer una influencia significativa en las decisiones comerciales y económicas del otro individuo o empresa en tanto las mismas le afectan de algún modo. En el caso se observa que se demostró mediante copias certificadas del libro de accionistas que una determinada empresa era la propietaria de la otra compañía, quedando así sin mayor duda el nivel de injerencia que puede efectuar una empresa por sobre la otra (...) (Resolución R-DJ-128-2009 de las diez horas del nueve de setiembre de dos mil nueve). En línea con lo anterior, en la resolución R-DCA-0872-2018 de las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del seis de setiembre del mil dieciocho, se indicó: *“(...) De dichos precedentes se extrae que para determinar si dos o más empresas forman un grupo de interés económico debe demostrarse la existencia real de influencia significativa entre las compañías, la cual entre otros criterios se generara como consecuencia de la pertenencia mayoritaria de las acciones, por relaciones de administración, entre otros. En consecuencia, para lograr demostrar la existencia de un grupo de interés económico debe acreditarse el poder de decisión de una de las compañías en las decisiones de la otra, es decir la conformación de grupos de interés económico está condicionada a la existencia de un sometimiento de las empresas que lo conforman a una única dirección económica aspectos que evidentemente le corresponden demostrar al apelante puesto que se trata de información propia de**

sus empresas. La citada posición de esta Contraloría General se refiere a casos en los que resulta evidente la posición de poder y control de una empresa respecto de otras, es decir que se conforma una organización o agrupación de empresas en la que una compañía adquiere todas o la mayor parte de las acciones de otra empresa con el único fin de poseer el control total sobre la otra empresa en aras de desarrollar de mejor manera la actividad para obtener mejores y mayores resultados, supuestos en los cuales no se puede negar la existencia de un grupo de interés económico. No obstante lo anterior no puede desconocerse que la globalización económica ha traído consigo herramientas empresariales que pretenden simplificar las estructuras productivas, generando el nacimiento de grupos empresariales cuyos diversos componentes son cada vez más especializados y que bien podrían también configurar grupos de interés económico. Al respecto la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución No.00261-2008 de las ocho horas cinco minutos del once de abril de dos mil ocho indicó que "(...) La preocupación por la existencia de grupos económicos surge a raíz de asuntos de naturaleza fiscal, responsabilidad y quiebras ("disregard" en el derecho de los Estados Unidos). También, aparece en el derecho anglosajón la doctrina "to lift the veil" (levantar el velo), con el propósito de descubrir conglomerados de empresas, creadas con el fin de evadir responsabilidades. En estas, generalmente los propietarios del capital accionario son las mismas personas y existe una compañía (que se denomina "madre") que controla el grupo ("holding"). Se buscó regular las concentraciones de capital y poderío económico. En los años noventa tomó importancia el tema en torno a la figura de los grupos financieros bancarios, y además se tomaron en cuenta los conjuntos de empresas en el derecho del trabajo. Solo de esta manera, era posible explicar cómo a una sociedad se le puede hacer responder ilimitadamente por pérdidas de otras, o se pueda tener un grupo de compañías mercantiles, como una unidad económica y social respecto a sus trabajadores. Las agrupaciones de interés económico, suponen la existencia de varias empresas que, conservando su entidad jurídica y patrimonios propios, están unidas por vínculos diversos, en virtud de los cuales, una de ellas, la sociedad controladora ("madre"), gobierna la gestión de una o más filiales. **Sin embargo, no siempre que se refiera a estas entidades se alude en exclusiva a su tamaño, sino que existen otras características que surgen en función de su naturaleza o peculiaridades de los vínculos entre las distintas compañías comprendidas. Importa aquí, la denominada "agrupación", que comprende una forma de vinculación sencilla, donde no se presentan relaciones internas de dominación, sino figuras de: cooperación, entrecruzamiento de directores** (como sucede en las codemandadas Fundación Interamericana de Costa Rica y Grupo Interamericano para la Educación S.A.), **tipos de participación minoritaria que no implican control y otras similares.** La construcción doctrinaria estricta, en el caso de estudio, no debe llevar a equívocos. No es posible pensar, que deba existir una entidad de tipo "holding", entre las compañías demandadas, para que sea posible achacarles la responsabilidad solidaria. En la especie, se parte de esta figura, para explicar, que ante relaciones de diversa índole, entre distintas entidades jurídicas, se

justifica el hacerlas responsables de manera conjunta. Lo cual se justificó de manera clara en el proceso, de forma que quedó acreditado que la Fundación (titular del nombre comercial “Universidad Interamericana de Costa Rica”) y el Grupo (propietaria del inmueble donde se encuentra el “campus”) poseen los mismos directivos, igual domicilio social y la primera en su momento traspasó a la segunda el auspicio, representación y regencia de la Universidad, la que luego hizo lo mismo con Sylvan, hoy Laureate. Asimismo, que las dos últimas formalizaron un contrato de arrendamiento con opción de compra de la propiedad recién citada. Es notorio, se han valido de vínculos contractuales para conformar una agrupación empresarial con un fin común de lucro. Lo cual según lo expuesto, denota un grupo de interés económico, pues se están beneficiando de una serie de factores afines, como son: el inmueble, las edificaciones, el nombre comercial y el manejo de la Universidad, para obtener ganancias. Recuérdese que la independencia es un aspecto propio de estas figuras, pese a lo cual, los sujetos jurídicos propenden a un fin conjunto. En consecuencia, al ser la casacionista parte de esa agrupación, puede ser demandada en juicio. De ahí, no se presenta la falta de legitimación pasiva que censura, y, es posible declarar contra ella la relación jurídica sustancial objeto de la acción. Por ende, no se dan los quebrantos de ley aducidos y debe denegarse el recurso a este respecto.(...)”. De esa forma, la Sala es clara en señalar que no todos los casos de grupos de interés económico responden a la figura del “holding” o empresa madre con dominación respecto de las demás que conforman el grupo, sino que es posible observar variaciones en la constitución de agrupaciones económicas que es posible derivar de otros tipos de comportamiento como que los conforman los mismos directivos, tienen el mismo domicilio social o relaciones contractuales para el cumplimiento de fines comunes a las empresas. Una lectura similar, mantiene la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en la resolución No. 2017-001566 de las once horas veinte minutos del veintinueve de setiembre de dos mil diecisiete, señaló: “(...) **EXISTENCIA DE UN GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO:** Ante la proliferación de sociedades de capital, el avance de las relaciones comerciales y la facilidad que existe hoy día para transferir el capital de una sociedad a otra, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido dando relevancia a la figura de la unidad económica como una forma de evitar el fraude (...) (así se exteriorizó en el voto de esta Sala No. 1-2006). En nuestro fallo No. 98-2005 se apuntó que el grupo de interés económico se caracteriza por los intereses en común de varias empresas, que desde el punto de vista formal, aparecen como sociedades distintas. La doctrina española define al grupo de empresas como “el conjunto de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica única” (Champaud (1962), p. 195 y Plá Rodríguez (1981), p. 187, citados por Edurne Terradillos Ormaetxea, Los grupos de empresas ante la jurisprudencia social española, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 17). Dentro de los puntos de conexión entre las compañías que forman los denominados “grupos de interés económico”, según la doctrina, están: contar con un mismo representante, tener denominaciones parecidas, que las mismas personas tengan participaciones sociales en las sociedades involucradas, que haya

confusión patrimonial, compartir servicios tales como líneas telefónicas, tener el mismo lugar de operaciones, la utilización indistinta de los bienes, no llevar contabilidades separadas, la existencia de una unidad de decisión, la prestación de avales, fianzas y garantías cruzadas entre las sociedades y anunciarse en conjunto (DOBSON (Juan), El abuso de la personalidad jurídica, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 661; OLIVENCIA RUIZ (Manuel), La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio, Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Editorial Civitas S.A., 1978, pp. 496-524; y FASSI (Santiago) y GEBHARDT (Marcelo), Concursos, Buenos Aires, Editorial Astrea, cuarta edición, 1993, p. 663). (...)". De la resolución se desprende que es claro que pueden existir intereses en común de varias empresas, que incluso desde el punto de vista formal, aparecen como sociedades distintas, por lo que para determinar si se configura o no un grupo de interés económico se deben valorar las conexiones entre dichas compañías entre las cuales señala, sin que sea una lista taxativa ("numerus clausus"), el contar con un mismo representante, tener denominaciones parecidas, que las mismas personas tengan participaciones sociales en las sociedades involucradas, que haya confusión patrimonial, compartir servicios tales como líneas telefónicas, tener el mismo lugar de operaciones, la utilización indistinta de los bienes, no llevar contabilidades separadas, la existencia de una unidad de decisión, la prestación de avales, fianzas y garantías cruzadas entre las sociedades y anunciarse en conjunto (...)"

Ahora bien, en el caso concreto, considerando lo indicado por la apelante en sede administrativa, que fuese transcrito supra, y lo traído con respuesta de audiencia especial, que es una constancia suscrita por el Señor Iñigo García del Cerro Prieto y que es detallada en hecho probado 5, se debe valorar entonces sus argumentos y la prueba aportada por ella para demostrar la existencia del grupo de interés. En este orden se tiene que el señor García del Cerro Prieto, -en la nota emitida con fecha 4 de febrero del 2021- se presenta como CEO de UFINET Latam S.L.U. y representante legal de la empresa UFINET LATAM S.L.U, representación que no se acredita con el debido documento probatorio a esos efectos, es decir, no se presentó con dicha nota documentación alguna que respaldara la facultad o el poder del señor García del Cerro Prieto, para emitir dicho documento en los términos que constan en autos. Por otra parte, la constancia aportada no permite acreditar la existencia legal de la empresa extranjera UFINET LATAM S.L.U., de la que refiere el señor García del Cerro Prieto ser representante legal. Aunado a ello, la mera constancia no permite acreditar la existencia legal de las Compañías UNIFET COLOMBIA S.A. y UNIFET PANAMÁ S.A. En este orden de ideas, la constancia menciona además que la empresa UFINET LATAM S.L.U., es titular de las acciones en las compañías que de seguido se enlistan y en el porcentaje indicado: -----

COMPAÑÍA	PARTICIPACIÓN
Ufinet Costa Rica S.A.	100%
Ufinet Colombia S.A.	90%
Ufinet Panamá S.A.	100%

No obstante esta participación accionaria no ha sido demostrada por medio de documentación oficial que demuestre su existencia legal y su constitución, de ahí que la mera nota suscrita por la persona que se identifica como representante de LATAM S.L.U, no resulta suficiente para demostrar el grupo de interés económico que se manifiesta existe ni la propiedad accionaria que se indica. En este sentido, hubiese esperado este Despacho para demostrar la existencia de ese grupo de interés, documentos oficiales emitidos en los países respectivos en donde operan estas sociedades, extendidos por las autoridades respectivas, que acreditaran formalmente su constitución en dichos países conforme su propia legislación y además la propiedad accionaria o de dirección de manera indubitable. Menciona además la constancia emitida por el señor García, que esa información puede ser corroborada a solicitud, conforme a los registros que obran en los correspondientes libros de registro de accionistas, no obstante era deber del apelante acreditar en su completas la información que considerare necesaria, sin que pueda quedar supeditado la demostración respectiva a una solicitud posterior, por demás improcedente, tomando en consideración que en este caso es al apelante al que le corresponde ejercer la debida y completa defensa de los hechos que le han sido imputados como vicios de su oferta, todo en el momento procesal oportuno. Aunado a todo lo que viene dicho, es de relevancia destacar que la constancia, en el tanto se entiende emitida en el extranjero (hecho probado 5), adolece de la debida consularización o apostillado conforme en derecho corresponde, por lo que no se ha cumplido con ese requerimiento formal. Sobre este mismo tema, la única referencia a participación de capital accionario que puede verificar esta Contraloría General, es la referida en la certificación de la Notaria Pública Magally María Guadamuz García que en lo que interesa indica, respecto de la sociedad UFINET COSTA RICA S.A. “...SEGUNDO: Que con vista en el asiento número doce, visible a los folios diecisiete y dieciocho, del libro de Registro de Accionistas de la Compañía, debidamente autorizado bajo el número de legalización cuatro cero seis uno cero tres ocho cero tres uno cuatro, el doce de febrero de dos mil diez, el capital suscrito y pagado de la Compañía es la suma de quince mil colones representados por quince acciones comunes y nominativas de mil colones cada una, y la

socia Ufinet Latam S.L.U, una sociedad constituida y existente de conformidad con las leyes de España, con número de identificación fiscal B ocho siete seis cuatro uno siete cinco nueve, es propietaria del cien por ciento del capital social de la Compañía...”, y la existencia propia de la sociedad costarricense, con base en la misma certificación, emitida el 5 de febrero de 2021, (ver hecho probado 6), pero que por sí sola no demuestra la existencia del grupo de interés económico que se está defendiendo. En ese sentido, la participación accionaria de la empresa UFINET LATAM S.L.U., en UFINET COLOMBIA S.A. y en UFINET PANAMA S.A, -sociedades estas últimas que guardan estricta relación con los proyectos referenciados como experiencia de la oferente UFINET COSTA RICA S.A., según detalle de hechos probados 3 y 4-, no se logra entonces comprobar -más allá de la referencia de contar con una similar razón social- pero se insiste que la existencia de aquellas, no se ha comprobado con documentos oficiales ante este órgano contralor. Asimismo, de la constancia aportada en audiencia especial, o de la respuesta brindada por UNIFET COSTA RICS S.A. a la Fundación, en sede administrativa, no se logra demostrar con prueba contundente la conexión jurídica y de participación entre todas las sociedades enunciadas. No existen por ejemplo, certificaciones notariales o documentos oficiales extendidas por autoridades competentes, que permitan extraer que efectivamente existe un grupo de interés económico entre las cuatro sociedades que se señalan vinculadas, el control de una sobre otras, a efectos de que no quede duda alguna de la existencia de ese grupo y la vinculación entre ellas en los escenarios debidos. Se tiene entonces por todo lo expuesto, que con la sola constancia aportada en audiencia especial, este órgano contralor no puede tener por acreditado el grupo de interés económico que existe entre sociedades, lo cual tampoco es posible de determinar de la narración de hechos efectuada por la aquí apelante ante la Fundación contratante, en nota del 26 de octubre de 2020. Por esto, tampoco resulta posible considerar que la experiencia aportada -que pretende relacionar proyectos de UFINET COLOMBIA S.A. y en UFINET PANAMA S.A.- pueda ser considerada como experiencia propia de la sociedad UFINET COSTA RICA S.A. en el tanto no se logra demostrar esa vinculación o existencia de grupo de interés económico entre todas ellas en los términos expuestos que permita tener la experiencia de unas sociedades como parte de la experiencia de otra. En consecuencia, los proyectos realizados por UFINET COLOMBIA S.A. y por UFINET PANAMA S.A. señalados en oferta de UFINET COSTA RICA S.A. no pueden catalogarse como experiencia propia de ésta a efectos de cumplir con los requisitos solicitados en el cartel Sección II.REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD, (del cartel original y su

respectiva modificación de Aviso No. 7 expresada con oficio UCC.503-del 9 de octubre de 2020), estableciéndose en inciso 4 el requisito que resulta de interés: “... Se establecerá como requisito de admisibilidad la presentación de al menos dos referencias de proyectos nacionales y/o internacionales desarrollados para clientes públicos o privados con los cuales la empresa ha mantenido una relación de negocios y a quienes les brinda o ha brindado el servicio de conectividad o de diseño y/o implementación de redes WAN durante los últimos seis (6) años anteriores a la fecha de apertura, con indicación de la base instalada a cada uno de ellos...”, (ver cartel en copia de expediente administrativo subido al repositorio, carpeta denominada Folio del 418 al 1196, en específico folios 478 al 479). Por lo tanto, al no tenerse cumplido ese requisito de admisibilidad se torna en una oferta inelegible. Finalmente como consecuencia de la declaratoria aquí dictada deviene innecesario al tenor de lo regulado en el artículo 191 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa referirse a otros aspectos del recurso, por carecer de interés para los efectos de lo que será señalado en la parte dispositiva de la presente resolución.-----

III. SOBRE LA CONDICIÓN DE LA OFERTA ADJUDICATARIA. SOBRE EL PRECIO

OFRECIDO: Si bien la apelante, tal y como se explicó en el apartado anterior, no ostenta la legitimación necesaria para recurrir, lo cierto es que este órgano contralor, en virtud de sus facultades y competencias de fiscalización superior de la Hacienda Pública y con fundamento en el artículo 28 de su Ley Orgánica, considera necesario referirse a continuación, respecto a la condición de la oferta de la adjudicataria, lo anterior por cuanto se han hecho imputaciones en torno a su oferta, que de verificarse, podrían generar la nulidad absoluta del acto de adjudicación al contarse con una oferta que posee un vicio que impediría eventualmente su selección, lo cual se analiza de seguido: La apelante: Enuncia que la adjudicación comprende 5 líneas, pero que una fue cotizada en “0” -cero- por el ICE por un monto mensual de hasta \$773.825,33 (setecientos setenta y tres mil ochocientos veinticinco dólares estadounidenses con treinta y tres centavos) y un monto anual de hasta \$9.285.903,96 (nueve millones doscientos ochenta y cinco mil novecientos tres dólares estadounidenses con noventa y seis centavos). La apelante refiere que ella es la oferta No.2:, con una propuesta económica final que fue por US \$779.900,00 (setecientos setenta y nueve mil novecientos dólares estadounidenses) mensuales. Que según acuerdo de la Junta Administrativa de la FOD, acto de adjudicación adoptado en la Sesión Ordinaria del viernes 11 de diciembre del 2020, Artículo 5, Acta N° 372, se indica que la Comisión Ah Hoc instaurada para el conocimiento del procedimiento de contratación, determinó que las

ofertas -ambas- sometidas a evaluación cumplen con todos los requerimientos solicitados en el cartel, pero recomienda la del ICE, oferta que es en precio mensual US \$6.074,67 (seis mil setenta y cuatro dólares con sesenta y siete) menor que la suya. Agrega que la oferta del ICE, debió ser excluida y por ende no podía resultar adjudicada, y por ello, debe revocarse el acto de adjudicación. Que el cartel, punto 8 de la Evaluación de las Ofertas relativo al presente concurso, establece que la evaluación será 100% precio, el cual podrá mejorarse según lo establecido en el sistema de pujas. Asimismo, transcribe la fórmula que se utilizará para la puntuación del precio al oferente con menor precio total. Que siendo que el cartel establecía la posibilidad de mejorar los precios mediante el sistema de pujas, se presenta el siguiente desglose a raíz de la mejora de propuestas por ambos oferentes: -----

DESGLOSE DE PRECIOS Y PUJAS PRESENTADAS.

	Instituto Costarricense de Electricidad	UFINET de Costa Rica S.A.
Fase 1. Precio inicial	\$1.799.321,00	\$1.189.541,20
Fase 2. Puja A		
Fase 3. Puja B		
Fase 4. Puja C		
Fase 5. Puja D.1	\$843.343,67	\$1.159.850,00
Fase 5. Puja D.2	\$773.825,33	\$779.900,00
Fase 5. Puja D.3		

Que por todo lo anterior, tiene legitimación para recurrir. Expone entonces: Sobre el precio cotizado por el ICE: La apelante indica que en la SECCION III. DESGLOSE DE PRECIOS del pliego de condiciones de esta contratación, establece el formato en el que se debe desglosar el precio, para lo cual define un desglose compuesto por 5 líneas específicas, según el detalle de folio 19 de su recurso. Añade que el oficio UCC-683-2020-PROV-FOD del 11 de diciembre de 2020 remite al acuerdo No. 5 artículo No. 1 del Acta No. 372 mediante el cual se adjudica el proceso de marras al ICE, por hasta \$773.825,33, según desglose de anexo 1 del recurso, transcrito a folio 20. Agrega que el ICE presentó oferta inicial por un precio mensual de \$1.799.321,00, y con tres líneas cotizadas en “0”, según detalle de folio 21 de su escrito de recurso. Que entonces, llama la atención que en la oferta económica inicial presentada por el ICE, hay 3 líneas cotizadas en precio cero “0” de las 5 que establece el cartel y al momento de la puja, en el desglose final, se aprecia que solamente la línea 3 no fue cotizada, o se cotizó en precio cero “0”. Que en la oferta inicial, el ICE cotiza un precio mensual de \$1,799,321.00 que incluía solamente 2 de las 5 líneas que solicitaba el cartel, y en la fase 5 de la puja, el ICE ofrece un monto de \$843.343,67, lo que constituye una reducción de \$955.977,33 (53.12%) y el precio final puja D2 es de \$773.825,33, es decir existe una diferencia entre el precio inicial –de origen- y el final de

\$1.025.495,67, lo que es igual a una rebaja de 56,99% entre el precio de mensual de origen o inicial y el precio mensual final por el que se da la adjudicación. En el desglose final, el ICE sumó dos de las líneas que había cotizado en cero, con la oferta inicial, y se pregunta ¿cómo resulta esto posible? ¿cómo operó ese cambio tan significativo?, ¿cómo se justifica esa modificación tan sensible?, ¿cómo tal cambio se logra sin variar las condiciones y calidad de lo ofrecido? Para la apelante, se dio una ventaja indebida, mediando en consecuencia un análisis deficiente de parte de la FOD. Añade que llama la atención también que en la oferta presentada por el ICE, específicamente en el punto 6.2.3 Integración de los componentes que conforman el servicio, el ICE aporta una tabla (Tabla No. 2) en la cual describe las líneas que deben cotizarse según los componentes del servicio que ofrece y, particularmente en la línea 3 -que fue la que cotizó en precio cero “0” o no cotizó desde la oferta inicial- agrega la siguiente descripción “*La arquitectura actual del ICE no requiere de sitios de agregación*”. Menciona la recurrente que dentro de las 5 líneas, debían cotizarse los sitios de agregación para el soporte de los servicios misceláneos de red como la línea 3, que era parte del precio sin que resulte posible cotizar un precio cero “0” en el hecho de que, por la arquitectura del ICE, no se requiere de tales sitios de agregación. Así también en el caso de las líneas 4 y 5 Centro de operaciones NOC y el Centro de Seguridad SOC respectivamente, el ICE debió cotizarlos desde la oferta inicial y no agregar sus precios hasta el momento de la puja. Refiere a la resolución R-DAGJ-399-2003 de este órgano contralor, respecto de cotizar precios en cero, para indicar además que incurre en una violación al derecho de igualdad en contra de quien apela, otorgándole una ventaja indebida al ICE acreditándolo como oferente ganador cuando, ante las particularidades de su proceder, nunca fue posible para UFINET COSTA RICA S.A. ni para la FOD como promotora del concurso, conocer el detalle real y cierto de la oferta económica del ICE, variando éste las líneas que cotizó en origen como “0”, y después dándoles un valor que nadie puede precisar de dónde sale realmente e incluso aplicando una rebaja de 56,99% entre el precio de mensual de origen o inicial y el precio mensual final por el que se da la adjudicación. Que la modificación acusada se hizo sin explicar presupuestariamente y con el desglose correspondiente ¿cómo operó ese ajuste?, ¿cómo se justifica ese ajuste?, ¿cómo tal ajuste se logra sin variar las condiciones y calidad de lo ofrecido? Para la apelante no se encuentra una razón válida y robusta que permita justificar las conductas del ICE y en este aspecto en particular la conducta relativa al desglose de precios. Que además las actuaciones descritas por parte del ICE, detalladas conllevan ventaja indebida lesionando el

principio de igualdad de trato que impera en contratación administrativa, toda vez que siendo este el escenario, no permite valorar ambas ofertas en igualdad de condiciones, cuando lo cierto es que UFINET sí ha cotizado, desde el inicio, las 5 líneas y sus mejoras de precio han sido oportunas, razonables y proporcionales a la realidad del negocio y ajustadas a los requerimientos del cartel en cuestión, bajo el detalle de folios 27 y 28 de su escrito. Que el ICE ha podido manipular a su antojo y con la complacencia de la FOD, los componentes de su estructura del precio, la FOD y la adjudicataria con su actuar vaciaron de contenido la necesidad de aportar la estructura de costos y la cotización por líneas, pues la minimizan y parten del hecho de que es posible la manipulación indiscriminada, provocando serias dudas sobre la seriedad de la propuesta de la adjudicataria. Refiere la resolución R-DCA-216-2010 de este órgano contralor sobre ventaja indebida “entendida como manipulación de la estructura de precio”. La Administración: Menciona que es necesario indicar que no todo precio cotizado en cero debe generar de manera automática la exclusión de la oferta, esto por cuanto es necesario analizar si con ello existe una ventaja indebida al momento de comparar o ponderar las ofertas y así lo ha indicado esta Contraloría General de la República en la resolución R-DAGJ-399-2003 que expone, y que es citada parcialmente por la apelante. Citado lo de interés, enuncia la Fundación que de ella se desprende que cotizar una línea en cero no necesariamente corresponde a un precio incierto, ni mucho menos implica o significa que no se cotiza lo requerido y que ello deba generar la exclusión de la oferta tal y como lo señala la recurrente. Que el cartel permite de manera explícita utilizar o no los servicios de agregación dependiendo del diseño propuesto por el oferente, conforme fue comunicado según el oficio UCC-530-2020-PROV-FOD del 16 de octubre del 2020 (Aviso No.13), visible al folio 644 del expediente administrativo, al cual omite hacer referencia la recurrente. Que lo actuado por el ICE, se ajusta de conformidad con lo indicado por la Administración, ya que en la misma oferta de la adjudicataria en la Tabla No.2, visible al folio 1314 del expediente administrativo, la adjudicataria indica de manera expresa para lo relacionado con los sitios de agregación para el soporte de los servicios misceláneos de la red que, *“La arquitectura actual del ICE no requiere sitios de agregación”* y mediante informe técnico emitido por la Dirección de Tecnologías de Información, se concluye que la oferta presentada por el ICE, cumple con los requerimientos técnicos mínimos del cartel. Que es necesario aclarar que para el tema del precio, el cartel establece una subasta a la baja que permite a los oferentes, el mismo día de la recepción de ofertas, en igualdad de condiciones, mejorar sus precios inicialmente propuestos. No queda claro en los argumentos presentados

por la recurrente, la intención u objetivo de señalar que las pujas o propuestas de precio presentadas por la adjudicataria representan una disminución del 56,99% con respecto al precio inicialmente ofertado, ya que esto depende de la estrategia seguida durante la subasta. Que en todo caso, llama la atención que el precio final propuesto por la adjudicataria y por la recurrente son precios prácticamente iguales, con una diferencia entre uno y otro de apenas \$6.074,67 lo que equivale a un 0,78% con respecto al precio final adjudicado. Si lo que la recurrente insinúa es que el precio del ICE resulta ruinoso, también lo sería su propia oferta. Que la recurrente también argumenta que el desglose del precio del ICE ha sido manipulado y que ello *“contraviene un principio básico pretendido con el mismo, que es el construir una muestra de transparencia y de seguridad para la Administración licitante de saber a ciencia cierta cuales son las condiciones de las propuestas económicas que se le presentan, y así poder escoger en un plano de igualdad, entre la mejora alternativa a nivel de ofertas”*. Que la Administración advierte que, a raíz de una aclaración solicitada por la misma Administración, el Instituto Costarricense de Electricidad expresa que el NOC y el SOC sí está incluido dentro de su oferta y posteriormente identificó su costo, sin que ello significara modificar el precio ofertado, por lo que no existe ningún tipo de ventaja, contrario a lo que infundadamente alega la recurrente. Que del recurso, no queda demostrada cuál es la ventaja indebida al momento de comparar las dos ofertas, en el tanto la comparación de estas para determinar la adjudicación permite de manera certera concluir que el precio de la adjudicataria es \$6.074,67 inferior por mes con respecto a la oferta de la recurrente. La comparación del precio se realizó con precios certeros, firmes, definitivos e invariables y la adjudicación se emitió considerando que el factor de evaluación es de 100% precio. El adjudicatario: Expone que el concurso basado en 100% precio, se presentó bajo el sistema de pujas. Que estaba compuesto de dos etapas: Etapa 1, sistema de pujas, y etapa 2, estudio de ofertas, luego de resultar favorecida en la primera etapa. Expresa que su representada resultó ganadora en la Etapa 1 del sistema de pujas, al ofertar el precio más bajo, por cuanto por la disposición del Cartel sobre la dinámica de pujas, los oferentes debían preparar una estrategia de precios para procurar finalmente tener el mejor precio para el contratante, pero que, además, fuese un precio razonable, remunerativo y que asegure la eficiencia en la ejecución del contrato. Nótese que esto es así, pues el precio del apelante finalmente fue muy similar al ofrecido por el ICE. Que la puja se hacía por un monto global de toda la oferta, sin desglosar en cada una de ellas el precio, superada etapa de pujas, la fundación inició el proceso de subsanaciones

con fundamento en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, para lo cual generó una serie de oficios con la solicitud de aclaración de las líneas 1, 4 y 5, las cuales fueron contestadas en tiempo y forma por el ICE, evidenciándose que, a pesar de las aclaraciones, el precio total de la oferta no se modificó. Adjunta en folio 18 de su escrito, referencia de los oficios de aclaraciones, y respuestas, señalando que el precio ofertado asegura la globalidad del requerimiento de la Fundación, así como la calidad del objeto contractual, considerando que no se confiere ninguna ventaja indebida en su favor. Que la adjudicación mantiene el monto final de la puja, con el desglose del precio aclarado con el valor por líneas, sin cambios en precio final mensual, ni anual. Adjunta a folio 20 de su escrito, cuadro resumen del proceso de aclaraciones realizado, con respecto al precio. Que en la línea 3 del desglose referido a los sitios de agregación, no se cotiza, ya que como se mencionó en la oferta, de acuerdo a la solución técnica analizada y por la tecnología ofertada, se brinda la ventaja de no utilizar sitios de agregación, optimizando a su vez costos. En cuanto a la subsanación realizada, se debe indicar que el artículo 26 del RLCA, establece en su párrafo final: *“Podrá subsanarse la omisión del desglose de la estructura del precio, únicamente si ello no genera una ventaja indebida para el oferente incumpliente”*, es decir, que la omisión en la oferta de la estructura del precio puede resultar subsanable, en el tanto ello no genere ventaja indebida, lo cual se analiza en cada caso concreto. Que esta Contraloría General de la República ha considerado viable también, la subsanación de la omisión del presupuesto detallado, en los mismos términos previstos en la norma, es decir, cuando no se advierta ventaja indebida, tal como se observa en la resolución No. R-DCA-1175-2019 de las catorce horas treinta y seis minutos del dieciocho de noviembre del dos mil diecinueve, que a su vez cita la resolución No. R-DCA-0259-2019 de las catorce horas cuarenta y tres minutos del catorce de marzo del dos mil diecinueve, citando el ICE, lo que es de su interés, sosteniendo que no se ha dado una ventaja indebida en su caso, y que la Fundación ha actuado apegada al ordenamiento, y a principios de igualdad, transparencia y buena fe, siendo que la apelante, no ha presentado elementos de prueba que acrediten que la subsanación del desglose de precio, aplicado por el ICE, provocó desventaja indebida.

Criterio de la División: Como primer aspecto a tomar en cuenta, es que en la oferta del ICE se indicó un precio inicial total de \$1.799.321 y se indicó en tres de las cinco líneas a cotizar, precios en 0 (cero), en concreto se observa precios en 0 (cero) en la línea 3 Sitios de Agregación para el soporte de los servicios misceláneos de la red, línea 4 Centro de operaciones de red (NOC), y en la línea 5 Centro de seguridad de la red (SOC), y además

se indicó en la oferta, respecto de la línea 3 que la arquitectura actual del ICE no requiere sitios de agregación, (ver hecho probado 7). El precio de oferta del ICE, a raíz de la aplicación del sistema de pujas realizado en sede administrativa, pasó a ser de \$773.825,33, según fase 5, puja D.2, detalle que se observa en hecho probado 8. Posterior al acto de aperturas de ofertas, en un primer requerimiento de información, la Fundación por medio de oficio UCC-590-2020-PROV-FOD del 16 de noviembre de 2020 le requiere al ICE lo siguiente: “...*En atención a la oferta presentada al proceso de contratación supra indicado, le agradecemos aclarar si el costo relacionado al NOC y al SOC está incluido en la línea No. 1 de la oferta...*”, a lo cual el ICE contesta que el costo relacionado al NOC y al SOC sí están incluidos en la línea No.1 de la oferta correspondiente al componente de conectividad a internet, (ver hecho probado 9). Sin embargo, no aporta mayor detalle de esa afirmación ni explica por qué varió la unidad de medida para cotizar los Centros de Operaciones NOC y SOC de cómo lo pedía el cartel, costo mensual por Centro Educativo y no un costo mensual por Mbps de ancho de banda según línea 1 para la conectividad de internet. Posteriormente, en oficio UCC-596-2020-PROV-FOD, del 19 de noviembre de 2020, la Fundación le requirió al ICE desglosar el precio ofertado para la línea 1, indicando el costo correspondiente al NOC y al SOC y presentar el desglose de la estructura de costos, a lo cual el ICE respondió en oficio 9070-1230-20201 del 20 de noviembre de 2020, que en la nota 9070-1212-2020 se indicó que los costos del NOC y SOC estaban considerados en el componente de línea 1, es decir conectividad, y aportó el siguiente cuadro: Desglose del precio por centro educativo del NOC y SOC. -----

NOC	\$15,25	0,02%
SOC	\$49	0,064%

(ver hecho probado 10). Como parte de otras aclaraciones que requirió la Fundación, en oficio UCC-615-2020-POV-FOD del 24 de noviembre de 2020, le solicitó al ICE indicar cuál era el costo correspondiente a la conectividad, a lo cual el ICE respondió en documento 9070-1260-2020 del 26 de noviembre de 2020, que remite estructura del precio conectividad, (ver hecho probado 11). Ante esta respuesta, la Fundación, en oficio UCC-633-2020-PROV-FOD del 27 de noviembre de 2020, le indica al ICE: “*En atención a la respuesta de subsane presentada el jueves 27 de noviembre (...) la respuesta dada al punto 4 no corresponde a lo solicitado por la Administración, en el tanto lo que indican es la estructura de costos o componentes del precio, sin embargo lo solicitado (...) es (...) 4.(...) se*

le solicita indicar cuál es el **costo** correspondiente a la conectividad...”. A lo anterior, el ICE, en documento 9070-1275-2020 del primero de diciembre de 2020, indica lo siguiente: (...) --

Costos en USD para conectividad	
Insumos	\$ 233.027,00
Mano de obra	\$ 76.538,00
Administrativos	\$ 35.895,00

Es importante señalar que la información trasladada es de carácter confidencial por la sensibilidad de los datos que contiene...”,(ver hecho probado 12). Posteriormente, la Fundación insistió en prevenciones y en oficio UCC-649-2020-PROV-FOD del 2 de diciembre de 2020, le requirió al ICE: “...Según nota 9070-1230-2020 del 20 de noviembre del 2020, indican que el costo por NOS y SOC por centro educativo es de \$15.25 y \$49,00 respectivamente. Considerando que, la cantidad de C.E. es de 2055, al realizar la multiplicación de los costos, tenemos que dicho costo mensual es de \$31.338,75 para el NOC y \$100.695 para el SOC. La sumatoria de esos dos componentes da un total de \$132.033,75. Ahora, considerando que el monto total de la línea de conectividad es de \$393.044,00 mensuales, al restarle a ese monto el costo total por concepto de NOC y SOC, nos da como resultado un valor mensual de conectividad de \$261.010,25, costo que al dividirlo entre la cantidad de Mbps (209.678) da como resultado un costo unitario mensual de \$1,24. Lo anterior responde a los cálculos realizados por la Fundación tomando como referencia la información aportada el 20 de noviembre. Sin embargo; ante la aclaración solicitada mediante oficio UCC-615-2020-PROV-FOD y la respuesta dada en la nota 9070-1275-2020 del 01 de diciembre, los montos no coinciden, en el tanto, indican que el costo mensual por concepto de conectividad corresponde a \$345.460,00. Si a dicho monto le sumamos el monto correspondiente al costo mensual de NOC y SOC por los 2.055 centros educativos nos da un total de \$477.493,75 que no corresponde al monto del rubro indicado en la oferta de \$393.044, con lo cual notamos que existe un error aritmético en la información aportada. Siendo así lo anterior, y considerando las respuestas dadas en los oficios anteriores, se le solicita presentar la aclaración correspondiente, indicando lo siguiente para **la línea No.1** de la oferta: 1. **Costo** (monto) unitario mensual del Mbps y el costo total mensual por los 209.678 Mbps proyectados. 2 **Costo** (monto) total mensual del NOC para los 2.055 centros educativos tomando en consideración que el costo unitario mensual referenciado es de \$15,25. 3. **Costo** (monto) total mensual del SOC para los 2.055

centros educativos, tomando en consideración que el costo unitario mensual referenciado es de \$49,00. No se omite indicar que la sumatoria de los tres costos que se solicita aclarar en los puntos anteriores 1, 2 y 3 del presente oficio debe dar un total de \$393.044,00 correspondiente al monto ofertado...". Al anterior requerimiento de información el ICE expuso en documento 6000-2321-20202 del 3 de diciembre de 2020: "...Es importante aclarar que no existe un error aritmético en la información entregada por el (...) (ICE), sino una interpretación incorrecta de los datos, lo anterior, debido a que los elementos de los costos del NOC y del SOC son parte del precio de la solución integral (\$773.825,33/mes), y no es posible su separación. A solicitud de su representada se ha entregado la información por separado, sin que esto varíe la integralidad del precio total. Además es importante aclarar que los \$773.825,33/mes, es un precio final que incluye costos y utilidad. Con base en lo anterior, se brinda respuesta a cada uno de los puntos solicitados en la carta de referencia: 1. **Costo (monto) unitario mensual del Mbps y el costo total mensual por los 209.678 Mbps proyectados.** De acuerdo al desglose de la oferta económica enviada el 9 de noviembre, como se indicaba en las condiciones cartelarias, el (monto), precio unitario mensual Mbps es \$1,87451 y el precio total mensual por los 209.678 Mbps proyectados es de \$393.044. 2. **Costo (monto) total mensual del NOC para los 2.055 centros educativos tomando en consideración que el costo unitario mensual referenciado es de \$15,25.** El costo (monto), total mensual del NOC para los 2.055 centros educativos es de \$31.338,75. 3. **Costo (monto) total mensual del SOC para los 2.055 centros educativos, tomando en consideración que el costo unitario mensual referenciado es de \$49,00.** El costo (monto) total mensual del SOC para los 2.055 centros educativos es de \$100.695. Es importante aclarar, que los montos indicados en los puntos 2 y 3 correspondientes al NOC y SOC, es decir \$31.338,75 y \$100.695 respectivamente, forman parte del precio total de la solución (\$773.825,33/mes). (...)", (ver hecho probado 13). En este orden de ideas se tiene, que continuó la Fundación solicitando subsanaciones, requiriendo en oficio UCC662-2020-PROV-FOD lo siguiente: "...Según respuesta presentada, se determina que los porcentajes indicados, confirman el análisis detallado en el oficio ucc-649-2020-PROV-FOD, en donde se deduce que el costo por concepto de conectividad es de \$261.011,28 (33,73% del precio total ofertado), que el costo del NOC es de \$31.338,75 (4,05% del precio total ofertado), el costo del SOC es de \$100.695,00 (13,01% del precio total ofertado) y el costo por concepto de seguridad/inteligencia de borde para cada Centro Educativo es de \$380.781,00 (49,21% del precio total ofertado). Considerando que el monto total de la línea de conectividad es de

\$393.044,00 mensuales, al restarle a ese monto el costo total por concepto de NOC y SOC, nos da como resultado un valor mensual de conectividad de \$261.010,25 y que al dividir ese costo entre la cantidad de Mbps (209.678) da como resultado un costo unitario mensual de \$1,24 solicitamos confirmar el cálculo y el monto unitario mensual por Mbps...”. A esto, el ICE en oficio 9070-1310-2020 del 7 de diciembre de 2020, respondió: “...Como se ha indicado en notas de aclaraciones anteriores, el NOC y el SOC son parte de la solución total del servicio requerido por la Fundación Omar Dengo, (...) Sin embargo con las aclaraciones y el análisis realizado en donde se indica que al excluir el NOC y el SOC del componente de actividad, el precio del Mbps correspondería a \$1,24. Con base a dicha distribución, se procede a aclarar en el siguiente cuadro: -----

Cuadro N°1
Desglose del mejor precio presentado en puja excluyendo NOC y SOC del componente de conectividad

Línea	Descripción	Unidad de medida	Descripción Unidad de medida a cotizar	Cantidad inicial	Costo unitario mensual cotizado	Costo total mensual Cotizado por la proyección total de GE
1	Conectividad a internet	Mbps	Costo mensual por un 1 Mbps de ancho de banda. La cantidad total corresponde a la distribución de 2.055 centros educativos según Anexo No 1 del cartel.	209.678 Mbps (distribuidos entre los 2.055 centros educativos)	\$1,24	\$261.010,68
2	Seguridad / Inteligencia de borde para cada centro educativo	Centro Educativo	Costo mensual por el componente que permita la gestión de seguridad e inteligencia del servicio en un centro educativo.	2.055	Pequeñas y muy pequeñas: \$80,03 Medianas: \$99,29 Grandes: \$129,74 Muy Grandes: \$247,93 Gigantes: \$646,67	\$380.781,00
3	Sitios de agregación para el soporte de los servicios misceláneos de la red	Centro Educativo	Costo mensual del sitio principal y el sitio alterno requeridos para soportar todos los componentes misceláneos del servicio por cada centro educativo.	2	\$ 0	\$0,00
4	Centro de operaciones de red (NOC)	Centro Educativo	Costo mensual por el componente de servicio NOC en un centro educativo.	1 (Capaz de atender al menos 2.055, y eventuales ampliaciones según demanda)	\$15,25	\$31.338,75
5	Centro de seguridad de la red (SOC)	Centro Educativo	Costo mensual por el componente de servicio SOC en un centro educativo.	1 (Capaz de atender al menos 2.055, y eventuales ampliaciones según demanda)	\$49	\$100.695,00
Precio total cotizado mensual (setecientos sesenta y tres mil ochocientos veintinueve dólares con treinta y tres centavos)						\$773.825,33
Precio total cotizado anual (nueve millones doscientos ochenta y cinco mil novecientos tres dólares con noventa y seis centavos)						\$9.285.903,96

Fuente: Proceso Precios y Mercado de Telecomunicaciones – Gerencia de Finanzas del ICE.

(...)”, (ver hecho probado 14). Como se ha podido observar, a través de una serie de documentos cruzados entre la Fundación y el ICE, se fue brindando información relacionada con los precios para las líneas 1, 4 y 5 específicamente, y de lo brindado por el ICE, se extrae que ha hecho plena referencia al hecho de que en la línea 1 Conectividad a internet, se encontraban incluidos los precios para las líneas 4 y 5 relacionadas con Centro de operaciones de red NOC y Centro de seguridad de la red SOC. Se debe recordar que el ICE, en oferta inicial, para las líneas 3, 4 y 5 cotizó un precio de 0 (cero) según detalle de hecho probado 7, pero solo se observa en su plica referencia del por qué para la línea 3 no

se ha hecho referencia a costo, según lo detallado en ese mismo hecho probado 7. Desprende este órgano contralor, de todas las respuestas brindadas por el ICE, narradas en hechos probados del 9 al 14, que no ha brindado una sola explicación, o presentado alguna información que permita comprobar de manera fehaciente y contundente que desde el día de presentación de su oferta, los costos propios de las líneas 4 y 5, se encontraban incluidos dentro del precio cotizado en la línea 1 referido a la conectividad de internet. Esto por cuanto llama la atención que como se expuso supra, en la oferta inicial, esas líneas estaban cotizadas en precio 0 (cero), hecho que incluso resulta difícil de entender, por cuanto el cartel fue claro en indicar que se debía desglosar la oferta de acuerdo con la tabla brindada en el cartel, punto 5. Formato de Presentación de la Propuesta Técnica que contiene las 5 líneas a ofertar y en donde se solicitaba un costo unitario cotizado y un costo total cotizado, cuyo costo unitario se pedía por línea y según unidad de medida correspondiente; Línea 1 “Conectividad a Internet” cotizar por Mbps y las líneas restantes cotizar por Centro Educativo (ver cartel en copia del expediente administrativo subido al repositorio carpeta denominada Folio del 01 al 417). Lo que observa este órgano contralor, en el detalle de subsanaciones que se le han requerido al instituto adjudicatario, es que éste se ha limitado a indicar en sus documentos de respuesta que los componentes relacionados con NOC y SOC estaban incluidos en la línea 1 de conectividad, y ha dado los precios unitarios conforme se le ha ido pidiendo información, y brindado estructuras de precios, no obstante más allá de su decir, tanto en sede administrativa, como ante esta sede contralora, no se ha logrado sustentar ese hecho de conformidad, con prueba que le dé sustento o comprobación a su escenario, sea alguna trazabilidad que le dé acreditación a esa manifestación. Incluso cuando el ICE atiende por primera vez requerimiento en el sentido de si el costo relacionado al NOC y al SOC está incluido en la línea No. 1 de la oferta, indicó que sí lo estaban, sin aportar desde ese momento inicial, mayor desarrollo en prosa, o un ejercicio demostrativo que validara su respuesta, (ver hecho probado 9). Considera este órgano contralor, que esa comprobación de actuar de oferta inicial, resulta esencial por cuanto las imputaciones de su plica, están asociadas al precio cotizado. En este sentido un ejercicio de frente a los principios de la contratación administrativa que regulan este procedimiento de concurso, entre ellos, transparencia, seguridad jurídica, buena fe y de frente a la regla de ofertar un precio cierto y definitivo demanda de parte del adjudicatario, ejercicio demostrativo de que ese precio dado para conectividad de internet, desde el momento de presentar oferta ante la Fundación, contenía los costos relacionados al NOC Y SOC, acto que es relevante, ante el escenario

previo de que claramente las líneas 4, y 5 de su oferta tenían precio cero, como se ha venido exponiendo. No es suficiente alegar que unos aspectos de la solución se encuentran cotizados dentro de una línea en particular que no es la propia de esos componentes, sino que debía demostrarlo, por ejemplo con la apertura de precios de la línea 1 cotizada y con base en el precio inicial de su oferta y demostrar que desde siempre, a pesar de sus datos de precio 0 (cero), estaban cotizados esos componentes en la línea 1, demostrando un rastro que elimine cualquier duda pues si bien no se observa modificado el precio de puja final, lo cierto del caso es que no puede solo señalarse que los componentes NOC y SOC estaban en la línea 1 y que la Fundación asuma que efectivamente así es, sin que se le haya brindado mayor comprobación o escenario a esos efectos, en las respuestas de los requerimientos de información o subsanaciones que efectuó. Sobre aspectos de comprobación asociados a casos similares, este órgano contralor, se permite traer a colación lo indicado en la resolución R-DCA-987-2019 del 3 de octubre de 2019, que en lo que interesa se indicó: *“(...) De conformidad con lo expuesto, pese a la oportunidad procesal concedida con ocasión de la audiencia especial, Construcciones Peñaranda no hace ejercicio alguno tendiente a demostrar, que efectivamente cumple con lo requerido en el cartel, demostrando de manera indubitable que cuenta con la totalidad de los tipos de muros que son requeridos. Es importante señalar que en una situación como la expuesta, correspondía a la apelante Construcciones Peñaranda al momento de atender la audiencia concedida, justificar de manera clara en dónde se encuentran incorporados cada uno de los elementos constructivos que se extrañan o acusan de no existir, y ello es posible indicando no solo en cuál renglón o actividad se encuentran aquellos, sino además demostrando que efectivamente ese elemento ya había sido considerado en dicho renglón o actividad desde el momento mismo de ofertar, lo cual se consigue desagregando este en todos los elementos que lo componen con su respectivo costo, para demostrar que este individualmente ya había sido incluido. No obstante la empresa Construcciones Peñaranda no atiende dicha imputación de esa manera, sino simplemente efectúa una manifestación general en el sentido de señalar que dicho componente sí está incluido, pero sin efectuar esa labor de demostración advertida. En definitiva, con ocasión del cuestionamiento presentado, la empresa de cita debió demostrar su cumplimiento a partir de su oferta y con ello evidenciar que el costo de los muros colados está incorporado en alguna de las líneas presentadas, a partir de un ejercicio de acreditación de cumplimiento con la indicación precisa y la explicación en cuanto a la ubicación de la actividad cuestionada, todo a partir de los principios de transparencia y buena fe...”*, (resaltado es nuestro). No basta entonces que se alegue que el costo de unas líneas, se encuentran inmersos en otras, sino que debía demostrarse de forma fehaciente

que lo estaban, y al no demostrarse tal composición, conforme las consideraciones fácticas que se han desarrollado en este criterio, considera este órgano contralor que en el caso concreto, no se logra contar con un precio cierto cotizado inicialmente de parte del ICE, lo que torna esta oferta en inelegible, siendo esto una razón suficiente para que se proceda a anular de oficio el acto de adjudicación, como en efecto se hace. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 84 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 182 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por **UFINET COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA** en contra del acto de adjudicación del concurso **No. 2020PPI-000001-PROV-FOD** promovido por la **FUNDACIÓN OMAR DENGO** para la “Contratación de una empresa que provea el servicio llave en mano, bajo la modalidad consumo según demanda para la implementación de la red educativa del bicentenario en centros educativos del Ministerio de Educación Pública, ubicados en diferentes zonas geográficas del país”, acto recaído a favor del **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD. 2) ANULAR DE OFICIO** el acto de adjudicación, por las razones indicadas en la presente resolución. **3) De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.** -----
NOTIFÍQUESE.-----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

KGVC/FHB/PJG/mch
NI 39198, 388, 391, 407, 488, 591, 610, 618, 1670,1686,1687,2691, 2802, 3608,
NN: 03702(DCA-1016-2021)
G: 2020003291-4
Expediente: CGR-REAP-2020008112

