

R-DCA-0374-2019

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las ocho horas cincuenta y dos minutos del veintiséis de abril del dos mil diecinueve.-----

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por **ERNST & YOUNG, S.A.** en contra de las modificaciones al cartel del **CONCURSO SUTEL-BNCR No. 01-2019** promovido por el **FIDEICOMISO DE GESTIÓN DE LOS PROYECTOS Y PROGRAMAS DEL FONDO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (FONATEL) SUTEL-BNCR** para la “Contratación de entidad especializada en programas de desarrollo de proyectos de telecomunicaciones, con aportes del Fondo Nacional de Telecomunicaciones”.-----

RESULTANDO

I. Que el cuatro de abril de dos mil diecinueve la empresa Ernst & Young, S.A. presentó ante la Contraloría General de la República recurso de objeción en contra del cartel del Concurso Sutel-BNCR No. 01-2019 promovido por el Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones.-----

II. Que mediante auto de las once horas cuarenta minutos del ocho de abril de dos mil diecinueve esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio N° FID-1351-2019 del doce de abril de dos mil diecinueve, remitido el mismo día, el cual se encuentra incorporado al expediente de la objeción.-----

III. Que mediante auto de las doce horas cuarenta y un minutos del diez de abril de dos mil diecinueve esta División amplió la audiencia especial conferida a la Administración licitante para que detallara en forma expresa las cláusulas modificadas. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio N° FID-1351-2019 del doce de abril de dos mil diecinueve, remitido el mismo día, el cual se encuentra incorporado al expediente de la objeción.-----

IV. Que mediante auto de las once horas veinticinco minutos del veintitrés de abril de dos mil diecinueve esta División solicitó al Fideicomiso certificar los días que estuvieron cerrados al público con ocasión de la celebración de la Semana Santa, lo cual fue atendido mediante oficio No. FID-1454-19 del veinticuatro de abril de dos mil diecinueve.-----

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

CONSIDERANDO

I. SOBRE LA COMPETENCIA PARA CONOCER EL RECURSO INTERPUESTO. El artículo 81 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), regula la competencia que ostenta esta Contraloría General para conocer del recurso de objeción contra el cartel de la licitación pública, al estipular que contra el cartel de la licitación pública y de la licitación abreviada puede interponerse recurso de objeción, no obstante, en cuanto al órgano competente para conocer del recurso señala de modo expreso que: *“El recurso se interpondrá ante la Contraloría General de la República, en los casos de licitación pública, y en los demás casos, ante la administración contratante.”* En el mismo sentido, el artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) dispone que: *“El recurso de objeción contra el cartel de las licitaciones públicas se impondrá ante la Contraloría General de la República”*. De conformidad con la norma trascrita, se tiene entonces que la competencia de este órgano contralor para conocer un recurso de objeción, se activa únicamente en aquellos casos en los cuales el cartel que se objeta corresponde al de un concurso tramitado bajo el procedimiento de licitación pública. A partir de tal normativa, debe considerarse el tipo de procedimiento en que se enmarca el cartel que está siendo objeto de recurso, que en el caso particular corresponde al concurso No. 001-2019. Así, a fin de determinar la competencia de este órgano para conocer del recurso de objeción contra el cartel del concurso promovido por el Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, debe considerarse que esta Contraloría General refrendó el contrato suscrito entre la Superintendencia de Telecomunicaciones y el Banco Nacional de Costa Rica correspondiente al citado fideicomiso, lo que conduce a observar el respectivo oficio de refrendo. Así, mediante oficio No. 01694 (DCA-0391) el 22 de febrero de 2012 esta Contraloría General confirió el refrendo señalado y dispuso en su apartado *“vii. Sobre el régimen recursivo aplicable para la adquisición de bienes y servicios que se desarrolle con el patrimonio fideicometido”*, que los fideicomisos, en relación con la actividad contractual que se realice por parte del fiduciario, no se encuentran sujetos a los procedimientos ordinarios de la Ley de Contratación Administrativa pero las contrataciones que se promuevan con cargo al patrimonio fideicometido deben ajustarse a los principios generales que rigen la contratación administrativa en atención a la naturaleza pública de los recursos, lo que deriva en que la actividad contractual que realiza el fiduciario se sujeta al control jerárquico impropio ejercido por esta Contraloría General de la República. Sobre el particular, en dicho oficio se dispone que: *“La tramitación de las objeciones o apelaciones,*

cuando en razón del monto correspondiera a la Contraloría General de la República, se tramitaran de conformidad con los procedimientos fijados en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. / Asimismo, resulta oportuno señalar que dentro del conocimiento de los recursos que le corresponda conocer a este órgano contralor, resultarán aplicables los mismos límites económicos aplicables a la Sutel, que se encuentran establecidos en la resolución R-DC-17-2011 (...) mediante la cual se establecen los límites económicos de contrataciones administrativa y sus futuras actualizaciones". A partir de ello, se deriva que a fin de determinar la competencia en materia recursiva de las contrataciones con cargo al fideicomiso, según el citado oficio, debía considerarse el estrato presupuestario de la Superintendencia de Telecomunicaciones. No obstante, no puede perderse de vista que se está ante un fideicomiso el cual se constituye en un patrimonio autónomo, debiendo ser considerada tal circunstancia para efectos de establecer los elementos necesarios para determinar la cuantía de sus contrataciones que incide en la determinación de la competencia para conocer del recurso de objeción, con lo cual debe emplearse el propio presupuesto de compras de bienes y servicios –en razón del objeto contractual- del fideicomiso. Lo anterior ha sido dispuesto de modo expreso por este órgano contralor, al señalar: "(...) reconociendo la dinámica que tienen los fideicomisos en atención a su propia naturaleza (patrimonio destinado a un fin) y atendiendo a una lectura evolutiva de la figura, este órgano contralor ha venido variando la lectura presupuestaria en materia de fideicomisos para reconocer que siendo que se trata de un patrimonio autónomo, no podría aplicar los límites de la Administración fideicomitente, sino su propio presupuesto de compras de bienes y servicios, criterio rectificado mediante resolución R-DCA-810-2014 de las quince horas con siete minutos del trece de noviembre de dos mil catorce, en la cual se dispuso lo siguiente: "se procede a rectificar expresamente lo señalado en el oficio No. 01694 (DCA-0391) del veintidós de febrero del dos mil doce, en el sentido de que en la determinación de la competencia de esta Contraloría General para el conocimiento de los recursos de objeción y apelación de los concursos promovidos por el Fideicomiso, prevalecerá la aplicación de los límites económicos propios del fideicomiso, para la contratación de bienes y servicios no personales que se determine a partir del monto del presupuesto".(...)" (Resolución No. R-DCA-203-2016 de las 10:16 horas del 04 de marzo del 2016). Así las cosas, se debe considerar el estrato presupuestario del propio fideicomiso, para lo cual se tiene que a partir de la información registrada en el Sistema de Información de Planes y Presupuestos (SIPP), el presupuesto promedio 2017-2019 que

respalda la adquisición de bienes y servicios de ese fideicomiso asciende a 1.941,30 millones de colones por lo que le corresponde ubicarse en el estrato F. Con lo cual, siendo que este órgano contralor ostenta la competencia para conocer de recursos de objeción del fideicomiso en el tanto el procedimiento promovido supere la estimación contemplada para la licitación pública –por cuanto esta Contraloría General sólo conoce del recurso de objeción tratándose de licitaciones públicas- debe contemplarse la estimación de la contratación pretendida para poder asimilarla o no a una licitación pública, toda vez que se está ante una contratación regida por principios en materia de contratación administrativa. Para ello, se tiene que al atenderse la audiencia especial, en el oficio No. FID-1150-2019 del 29 de marzo de 2019 se consignó de modo expreso que dicha contratación tiene un límite presupuestario anual de US\$ 1.939.900,00. Tal monto debe verse de cara los límites de contratación estipulados en el artículo 27 de la LCA y actualizados mediante resolución No. R-DC-14-2019 de las 09:30 horas del 21 de febrero 2019 emitida por el Despacho Contralor y el estrato en que se ubica el fideicomiso. Dado que dicho monto está dado en dólares, para efectos de conversión a colones, se tiene que el tipo de cambio para la venta del dólar a la fecha de la invitación del respectivo concurso, a saber, el 22 de marzo de 2019, según lo indica expresamente el Fideicomiso al atender la audiencia especial conferida era de ¢598.76, con lo que la estimación de la contratación alcanza ¢ 1.161.534.524,00. Entonces, considerando la actualización de límites de contratación vigente efectuada mediante la citada resolución publicada en el Alcance Digital No. 45 del diario oficial La Gaceta No. 41 del 27 de febrero de 2019, para las instituciones ubicadas en el estrato F, el límite para la licitación pública (excluye obra pública) es la suma de ¢171.400.000,00, siendo que la estimación de la contratación de referencia supera tal límite, con lo cual es factible asimilar el concurso a una licitación pública en razón del monto y por lo tanto, esta Contraloría General es competente para conocer del recurso de objeción interpuesto.-----

II. SOBRE EL FONDO: A) Consideraciones generales a que se refieren los incisos a) al g):

La objetante alega que en fecha viernes 22 de marzo de 2019, la Administración publicó un nuevo aviso sobre este concurso indicando que: *“debido a que se realizaron ajustes en el cartel de esta contratación se procederá a publicar nuevamente el mismo”*. Menciona que no le queda claro si se trató de modificaciones al cartel, o bien, si esa versión sustituye y deja sin efecto el mismo, por lo que indica que procede a objetar nuevamente esta versión, sin dejar sin efecto el recurso presentado el 21 de marzo anterior, y advierte que se reiteran algunos de los

argumentos y desarrolla otros nuevos. Señala, como aspectos de primer orden, que el pliego plantea estipulaciones que limitan su participación, y señala en términos generales que el alcance de cada programa no se encuentra definido y delimitado, ni el detalle de la cantidad de proyectos, procedimientos, tareas, llamadas de seguimientos, criterios de aceptación de los entregables, etc. Además, que con el modelo propuesto la Administración, más que buscar un resultado, está coejecutando y hasta coadministrando la parte operativa del oferente, imponiendo la conformación de un equipo de profesionales fijos, en cantidad y perfiles, y con unos recursos adicionales que no pueden ejecutar tareas recurrentes y que el costo de estos no puede ser mayor al 50% de lo ofertado para el equipo base. El Fideicomiso aclara que la versión del cartel publicada en el periódico La Nación del viernes 22 de marzo de 2019 contiene varias modificaciones a cláusulas puntuales y no se trató de un cartel nuevo, detalla mediante un cuadro adjunto las modificaciones que fueron llevadas a cabo al cartel publicado en el periódico La Nación del viernes 22 de marzo de 2019. y que está visible en el siguiente link: <https://sutel.go.cr/fonatel/carteles-proyectos-fonatel>. Ahora bien, respecto a los temas planteados en este primer apartado, señala en términos generales, que se trata de impugnaciones genéricas que no se refieren a puntos específicos del cartel, razón por la cual deben ser rechazados, según lo resuelto por la Contraloría General de la República en su resolución R-DCA-0331-2019 del 04 de abril de 2019, en el mismo sentido que lo resuelto en su oportunidad en la resolución No. R-DCA-0086-2017 de las 13:50 horas del 13 de febrero de 2017. **Criterio de la División** Lleva razón el Fideicomiso respecto a que al igual que se señaló en las citadas resoluciones, nuevamente nos encontramos frente a un recurso que no impugna en los términos del artículo 178 del RLCA las infracciones precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones a principios de contratación administrativa, reglas de procedimiento o al ordenamiento jurídico que regula la materia, lo que implica una falta de fundamentación del recurso al plantearse en tales términos a nivel de comentarios generales; con lo cual debe estarse a lo que se resuelva al abordar las impugnaciones puntuales. Así las cosas, lo procedente es **rechazar de plano** el recurso en cuanto a este extremo, por tratarse de un planteamiento general que no objeta disposiciones cartelarias en concreto.-----

B) Sobre las cláusulas en concreto objetadas: Consideraciones previas: Sobre el caso en particular es importante indicar que el cartel del concurso de marras anteriormente fue objetado por la ahora recurrente, resolviéndose dicho recurso mediante resolución R-DCA-0331-2019 del 04 de abril del año en curso. Cabe recalcar que dado que la gran mayoría de los puntos

objetados fueron analizados en la citada resolución de este órgano contralor R-DCA-0331-2019, se reitera el deber de ese Fideicomiso de ajustarse a lo resuelto, procediendo a poner a disposición de los potenciales oferentes la información respecto de la cual no había acceso, y tramitando las modificaciones ordenadas. En ese sentido se hace necesario analizar si los cuestionamientos en que se fundamenta el nuevo recurso versan sobre cláusulas cartelarias que fueron modificadas, o si por el contrario, tratan de argumentos precluidos por referirse a requerimientos o cláusulas que no sufrieron modificación alguna y por ende se mantienen incólumes desde el pliego de condiciones inicial, en cuyo caso debieron ser objetadas en el momento procesal correspondiente. De esa forma, aún y cuando se tratare de alegatos debidamente motivados y fundamentados sobre cláusulas cartelarias que no fueron modificadas, los mismos deberán ser rechazados en el tanto que debieron ser presentados en el momento procesal oportuno, el cual sería, con la interposición del recurso de objeción contra el cartel en su versión inicial y no en una etapa posterior donde la única posibilidad de recurrir, queda condicionada a las modificaciones o enmiendas que le haya efectuado la Administración. Es por ello, que todo argumento que en el presente caso no se encuentre referido a impugnar modificaciones practicadas al cartel, se encontraría precluido por no ser objeto de impugnación en su momento, o bien por haber sido impugnado en dicha oportunidad y ya el punto se encuentre resuelto por la citada resolución. Con relación a la preclusión, se debe señalar que esta debe ser entendida como la pérdida, extinción o consumación de una facultad legal, de tal manera que aquellos aspectos que no se hayan alegado en contra de la versión inicial de cartel, no pueden ser objeto de recurso de objeción en momento ulterior, justamente por configurarse la preclusión expuesta. Sobre este aspecto, ha dicho este órgano contralor en la resolución R-DCA-310-2013 del 4 de junio del 2013, lo siguiente: *"(...) Sobre este punto es menester señalarle al objetante, que tratándose de la impugnación de modificaciones cartelarias, cuando estas han sido efectuadas como consecuencia de una resolución expresa de este órgano contralor, atendiendo precisamente recursos de objeción presentados contra el cartel original, la nueva impugnación que llegare a plantear debe versar exclusivamente sobre las modificaciones practicadas por la Administración, de forma tal que en estos casos, no es que estamos en presencia de una nueva habilitación para impugnar en su totalidad el cartel, sino que las objeciones que se puedan presentar en este estadio, serán contra el contenido de esas modificaciones. No pudiendo en consecuencia devolvemos a la valoración de aspectos que fueron o debieron ser impugnados durante el primer plazo de impugnación, resultando entonces*

que sobre estos puntos cartelarios no considerados originalmente, ha operado la figura de la preclusión. Este instrumento supone sencillamente que en materia de recurso de objeción, los aspectos o cláusulas cartelarias no impugnadas oportunamente, adquieren consolidación aún y cuando con posterioridad, se efectuaren modificaciones cartelarias que no afecten aquellas, es en otras palabras, “(...) la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal. Su objetivo consiste en el rechazo de recursos cuando el argumento de la parte gestionante se centra en reabrir discusiones que se debieron discutir en etapas anteriores, así el proceso se ejecuta de forma sucesiva, en el cual durante su desarrollo se van clausurando en forma definitiva cada una de sus etapas, impidiéndose volver a momentos procesales ya consumados. (PACHECO, Máximo, *Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 263*). (...)”. Ahora bien, de acuerdo con el análisis efectuado por esta Contraloría General tomando como base la información aportada por el Fideicomiso en la que se contrastan las cláusulas modificadas respecto a su versión original, se tiene que en su gran mayoría los puntos objetados versan sobre aspectos precluidos, ya sea porque las cláusulas recurridas no fueron objeto de modificación alguna, o bien, porque a pesar de haber sido modificadas la objeción refiere a aspectos de tales cláusulas que se mantuvieron incólumes a pesar de la modificación efectuada. Así, se agruparán los puntos que refieren a cada uno de dichos supuestos. **1) Sobre las cláusulas que no sufrieron modificación:** La objetante: recurre en forma específica las siguientes cláusulas: **i)** Cláusula de definiciones, requisitos y criterios de validación: incisos 11. Documento Formal de Remisión y 14. Evaluación de la Unidad de Gestión, sobre la falta de delimitación de los requisitos y criterios de aceptación. **ii)** Cláusula 2.2.1 sobre la falta de identificación de los proyectos actuales y futuros. **iii)** Cláusula 3.3 inciso d) sobre los alcances de la disponibilidad y dedicación exclusiva, incisos, inciso e) sobre la falta de detalle de las giras, f) sobre la falta de definición de la profundidad de abordaje de los entregables, **iv)** Cláusula 5.1.1.1 sobre el cumplimiento del requisito de licenciatura en caso de que se cuente solo con maestría y sobre la forma de acreditar el conocimiento del inglés y su grado de conocimiento, **v)** Cláusula 5.1.1.2 inciso e) numeral xi), sobre el alcance de la responsabilidad del elaborar campañas informativas, **vi)** Cláusula 5.1.4.2 inciso a) sobre la experiencia del profesional en telecomunicaciones en mediciones de parámetros de calidad, **vii)** Cláusula 5.6 sobre el régimen de prohibiciones, **viii)** Cláusula 6.3.4 sobre los requisitos del procedimiento para la aprobación de servicios profesionales adicionales, incisos a), c), d), **ix)** Cláusula 8.1 incisos b) y f) sobre la falta de definición de los parámetros mínimos del reporte de

la entrega de los productos del mes, y sobre la falta de definición de los requisitos y criterios de validación, **x)** Cláusula 9.1 sobre la falta de detalle de la transferencia de conocimientos y plazo, **xi)** Cláusula 9.6.1 sobre la falta de detalle de los defectos en los entregables o productos que requieran su ajuste y **xii)** Cláusula 9.6.2 sobre la falta de definición de los parámetros para determinar un incumplimiento en la dedicación exclusiva. El Fideicomiso alega que la mayoría de los alegatos planteados en el recurso ya fue objeto de análisis y resolución por parte de la Contraloría General de la República en la resolución R-DCA-0331-2019 del 04 de abril de 2019; razón por la cual la posibilidad de reiterar las objeciones planteadas deviene en una improcedencia manifiesta en atención a lo indicado por el artículo 188 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, inciso e), por tratarse de argumentos precluidos. **Criterio de la División** De acuerdo con lo señalado en las consideraciones iniciales el recurso debe **rechazarse de plano** en cuanto a estos extremos, debido a que como se evidenció las cláusulas objetadas no sufrieron modificación alguna, con lo cual se encuentra precluida la posibilidad de recurrir dichas cláusulas, habiéndose consolidado en forma definitiva el pliego en cuanto a todos los aspectos no modificados. **2) Sobre las cláusulas que fueron modificadas pero no en cuanto al aspecto recurrido:** La objetante recurre en forma específica las siguientes cláusulas: **i)** Cláusula 2.1 sobre el alcance de los proyectos y programas asociados y los servicios adicionales, **ii)** Cláusulas 2.2 sobre la falta de identificación actual y futura de los proyectos, **iii)** Cláusula 2.2.2, sobre la falta de identificación actual y futura de los proyectos, **iv)** Cláusula 3.1.1 sobre las funciones de la Unidad de Gestión, incisos a), b), c), e), f), h), i), j), k), l), m), n), p), q), r), s), **v)** Cláusula 31.2, y páginas 24 y 25 sobre la correspondencia entre los entregables y cada programa, sobre los criterios de aceptación, sobre la necesidad de que se defina al alcance y profundidad del listado de entregables, formatos, etc., y sobre la falta de detalle de las actividades que adicional a los entregables deben realizarse, **vi)** Cláusula 4.1 inciso b) sobre el plazo para presentar cartas originales de acreditación de experiencia por parte del adjudicatario, **vii)** Capítulo 5 sobre le necesidad de que se detalle la metodología o base de cálculo para la definición de la cantidad y perfiles de esos recursos, **viii)** Cláusulas 5.1.2.1, 5.1.7.1 sobre el cumplimiento del requisito de licenciatura en caso de que se cuente con maestría, y 5.1.2.1 inciso c) y 5.1.3 sobre el requisito de conocimientos técnicos en redes inalámbricas y del experto en redes fijas y de transporte, **ix)** Cláusulas 5.1.1.2 inciso e), 5.1.2.2 inciso c), 5.1.3.2 inciso c), 5.1.4.2 inciso b), 5.1.5.2 inciso b), 5.1.7.2 inciso c), 5.1.8.2 inciso e) y 5.1.10.2 inciso e) sobre la falta de definición de las responsabilidades de los recursos, **x)**

Cláusula 5.3 inciso c) sobre los requisitos del suplente **xi)** Cláusula 6.3.3 inciso v) sobre la falta de detalle de la versión del software. El Fideicomiso alega que la mayoría de los alegatos planteados en el recurso ya fue objeto de análisis y resolución por parte de la Contraloría General de la República en la resolución R-DCA-0331-2019 del 04 de abril de 2019; razón por la cual la posibilidad de reiterar las objeciones planteadas deviene en una improcedencia manifiesta en atención a lo indicado por el artículo 188 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, inciso e), por tratarse de argumentos precluidos. **Criterio de la División** De acuerdo con lo señalado en las consideraciones iniciales, el recurso debe **rechazarse de plano** en cuanto a estos extremos, debido a que como se evidenció si bien las cláusulas objetadas sí fueron modificadas, con lo cual se habilita un nuevo plazo para recurrir las modificaciones al cartel, ello no quiere decir que sea posible objetar el contenido integral de la cláusula como tal, sino que más bien únicamente el aspecto modificado en concreto es el que resulta susceptible de ser recurrido. En el presente caso, las objeciones refieren a aspectos de las cláusulas que conservan la redacción de la versión original del cartel, por lo que se debe entender que en esos casos opera igualmente la preclusión. **3) Sobre el pago de viáticos. Cláusula 8.2** La objetante solicita modificar la cláusula para que se incluya un rubro adicional por concepto de alquiler de vehículos, ya que el monto de kilometraje no cubre el costo real de alquiler de vehículo a un tercero, lo cual considera que se vuelve crítico si se considera que no hay claridad en cuanto a la cantidad y duración de las giras. Agrega que lo mismo ocurre con el hospedaje y la alimentación, los cuales estima que en algunos casos no cubren la totalidad de los gastos. El Fideicomiso alega que este punto ya fue objeto de análisis y resolución por parte de la Contraloría General de la República en su resolución R-DCA-0331-2019 del 04 de abril de 2019; razón por la cual deviene en una improcedencia manifiesta en atención a lo indicado por el artículo 188 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por lo que se solicita sea rechazado, y manifiesta que llevará a cabo la aclaración solicitada por ese órgano contralor. **Criterio de la División** La cláusula objetada en este punto sí fue objeto de modificación en cuanto al tema alegado, ya que la misma dispone en el texto modificado: “(...) *No se reconocerán montos adicionales a los indicados en las tablas de pago vigentes emitidas por la Contraloría General de la República*”. De forma que aún y cuando efectivamente ese aspecto ya había sido objetado anteriormente por la recurrente en los mismos términos, lo cierto del caso es que la modificación planteada por el Fideicomiso sigue manteniendo el mismo problema, por lo que se reitera lo resuelto en su oportunidad respecto a que el Fideicomiso debe definir en el

cartel la forma de proceder frente al reconocimiento de los viáticos en el supuesto en particular del alquiler de vehículos, siendo que en lo que atañe a la supuesta falta de cobertura completa del hospedaje y la alimentación el alegato carece de la adecuada fundamentación. Así las cosas, lo procedente es **declarar parcialmente con lugar** el recurso en cuanto a este extremo.

4) Sobre la sustitución del personal. Cláusula 5.3 inciso f) La objetante solicita eliminar el inciso f) ya que estima que resulta desproporcionado que el Fiduciario pueda solicitar la sustitución de cualquier miembro del equipo de trabajo, por causa justificada, por atrasos o deficiencia en la calidad de los entregables de la Unidad de Gestión. Lo anterior por cuanto, considera que la Unidad de Gestión es un núcleo de profesionales, en donde como equipo y bajo la organización de firma experta se elaboran entregables, siendo una obligación de resultados no de medios. El Fideicomiso señala que ya este mismo tema había sido resuelto mediante la resolución R-DCA-0086-2017 del 13 de febrero de 2017, relacionada con el concurso N° 001-2017 promovido por el Fideicomiso de Fonatel para contratar a la Unidad de Gestión 3. Menciona que precisamente con base en lo resuelto en dicha oportunidad es que se estableció la potestad para “solicitar” (solo en caso de que exista “causa justificada”) y no de “exigir” la sustitución de personal, quedando así establecida en la cláusula 5.3 inciso f. del cartel de la presente contratación 01-2019. **Criterio de la División** La cláusula objetada en este punto sí fue objeto de modificación en cuanto al tema alegado, ya que en la versión anterior al texto modificado se establecía que el Fiduciario podrá *exigir* la sustitución de cualquier miembro del equipo de trabajo, y ahora se establece que “podrá *solicitar*”. Este mismo punto efectivamente había sido resuelto anteriormente por este órgano contralor, con ocasión del conocimiento de un recurso de objeción planteado en otro concurso de ese Fideicomiso, resolviéndose en dicha oportunidad que: *“Partiendo de que son entregables lo que recibirá la parte promotora del concurso, se entiende que el fideicomiso debe velar por que se cumplan todos los requisitos mínimos que exige el cartel para los profesionales que ofrece cada empresa para efectos elegir la oferta idónea, sin embargo, tratándose de problemas con los entregables, en cuanto a atrasos o deficiencia en su calidad, el fideicomiso debe tomar las acciones pertinentes en contra de la contratista, no contra los miembros del equipo de trabajo, para lo cual dispone desde la aplicación de sanciones, multas, aplicación de cláusula penal, resolver el contrato, entre otras, que suponen una relación contractual entre el fideicomiso y la empresa contratista, no el equipo de trabajo ofrecido. Cabe añadir que en caso de que la empresa cambie al personal propuesto en su oferta, el fideicomiso deberá exigir que los nuevos profesionales cumplan con los*

requisitos exigidos en el cartel. En razón de lo dicho, se declara con lugar el recurso en este punto.” (R-DCA-0086-2017 del 13 de febrero de 2017). Ahora bien, contrastada la cláusula modificada con el argumento desarrollado por esta Contraloría General en la citada resolución se tiene que la misma se entiende ajustada a lo resuelto en la medida en que se parta de que esa solicitud de sustitución planteada por el Fiduciario no resulta vinculante por parte de la contratista. Así las cosas, procede **declarar con lugar** el recurso en cuanto a este extremo, a efectos de que el Fideicomiso ajuste la cláusula a efectos de que resulte claro que tratándose de problemas con los entregables, en cuanto a atrasos o deficiencia en su calidad, el fideicomiso debe tomar las acciones pertinentes en contra de la contratista, no contra los miembros del equipo de trabajo, para lo cual dispone desde la aplicación de sanciones, multas, aplicación de cláusula penal, resolver el contrato, etc. **5) Sobre la cantidad de recurso que conforma el núcleo de la Unidad de Gestión. Capítulo 5.** La objetante solicita modificar la cantidad de recursos que conforman el núcleo de la Unidad de Gestión, ya que según dicha cláusula se contabilizan 19 sin embargo, según lo expresado en la definición 36, el núcleo de la Unidad de Gestión debe incluir los servicios profesionales de sus 18 integrantes. El Fideicomiso indica que este punto fue objeto de análisis y resolución por parte de la Contraloría General de la República en su resolución R-DCA-0331-2019 del 04 de abril de 2019; razón por la cual deviene en una improcedencia manifiesta en atención a lo indicado por el artículo 188 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por lo que se solicita sea rechazado. **Criterio de la División** La cláusula objetada en este punto sí fue objeto de modificación variándose la cantidad de personal, sin embargo, lo alegado corresponde a una solicitud de aclaración, por lo que debe reiterarse lo resuelto en la citada resolución R-DCA-0331-2019, respecto a que considerando que las aclaraciones no son materia del recurso de objeción, lo que procede es **rechazar de plano** el recurso en cuanto a este extremo.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 178 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **ERNST & YOUNG, S.A.** en contra del cartel del **CONCURSO SUTEL-BNCR No. 01-2019** promovido por el **FIDEICOMISO DE GESTIÓN DE LOS PROYECTOS Y PROGRAMAS DEL FONDO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (FONATEL) SUTEL-BNCR** para la “Contratación de entidad especializada en programas de desarrollo de proyectos de

telecomunicaciones, con aportes del Fondo Nacional de Telecomunicaciones". **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones indicadas al cartel, dentro del término y condiciones previstas en el artículo 180 del citado Reglamento. **3)** Se da por agotada la vía administrativa. -----

NOTIFÍQUESE. -----

ORIGINAL FIRMADO

ORIGINAL FIRMADO

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Adriana Pacheco Vargas
Fiscalizadora

APV/chc
NI: 9807, 10396, 10398, 10788
NN:05683 (DCA-1464)
G: 2019001602-2

