

R-DCP-00074-2024

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del dieciséis de noviembre del dos mil veinticuatro **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la empresa **CONSTRUCCIONES PEÑARANDA, S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN MAYOR No. 001-2024** promovida por la **JUNTA DE EDUCACIÓN DE LA ESCUELA CRISTÓBAL COLÓN** para la contratación de obra y mantenimiento de infraestructura educativa, acto recaído a favor de la empresa **CONSTRUCTORA SÁENZ VARGAS HSV, S.A.** por un monto de **¢1.657.210.055,46.**

RESULTANDO

- I. Que el día veintinueve de agosto de dos mil veinticuatro, la empresa Construcciones Peñaranda S.A., interpuso, por medio de correo electrónico, recurso de apelación en contra del acto final de adjudicación de la Licitación Mayor No. 001-2024 promovida por la Junta de Educación de la Escuela Cristóbal Colón para la contratación de obra y mantenimiento de infraestructura educativa.
- II. Que mediante auto de las trece horas veintinueve minutos del dos de septiembre de dos mil veinticuatro, esta División solicitó el expediente del concurso, lo cual fue atendido por la Administración mediante oficio número JE-ECC-034-2024 del tres de septiembre del dos mil veinticuatro.
- III. Que mediante auto de las once horas cuarenta y ocho minutos del diez de setiembre de dos mil veinticuatro, esta División otorgó audiencia inicial a las partes. Dicha audiencia fue atendida mediante escritos incorporados al expediente de la apelación.
- IV. Que mediante auto de las doce horas con dos minutos del veinticuatro de setiembre de dos mil veinticuatro, esta División confirió audiencia especial. Dicha audiencia fue atendida mediante escrito incorporado al expediente de la apelación mediante escritos incorporados al expediente.
- V. Que mediante auto de las nueve horas con cincuenta y ocho minutos del treinta y uno de octubre de dos mil veinticuatro, esta División prorrogó el plazo para resolver el presente recurso de apelación por diez días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 inciso d) de la Ley General de Contratación Pública.
- VI. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 97 de la Ley General de Contratación Pública, siendo facultativa la audiencia final, se consideró que no era necesario otorgar

audiencia final a las partes, en vista de que durante el trámite del recurso se tenían todos los elementos necesarios para su resolución.

VII. 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. Los hechos que se han tenido por demostrados para efectos de la resolución, se han incorporado a la parte considerativa de la resolución con su respectiva referencia de prueba.

II. SOBRE LA TRAMITACIÓN DEL CONCURSO FUERA DEL SISTEMA DIGITAL UNIFICADO:

Dado que el artículo 16 de la LGC establece que toda actividad de contratación pública que regula dicha ley debe realizarse por medio del sistema digital unificado, resulta oportuno aclarar que para el presente concurso, se tiene por acreditado que mediante resolución No. MH-DCoP-RES-0012-2023 de las 12:10 horas de primero de febrero de 2023, la Dirección de Contratación Pública (en adelante DCoP) acogió solicitud centralizada realizada por el Ministerio de Educación Pública, con base en el transitorio IV del Reglamento a la LGCP, y autorizó la tramitación fuera del Sistema Digital Unificado, siendo este en la actualidad el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), los procedimientos de contratación pública promovidos por las Juntas de Educación y Juntas Administrativas, lo anterior por el período comprendido entre el 01 de enero de 2023 al 01 de enero de 2024.

Adicionalmente, la misma DCoP, mediante resolución número MH-DCoP-RES-0186-2023, de las 15:07 del veintiocho de noviembre de dos mil veintitrés prórrogó el plazo de la autorización otorgada mediante resolución MH-DCoP-RES-0012-2023 por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2024 hasta el 1 de enero de 2025, inclusive.

Teniendo claro lo anterior, se observa en el expediente administrativo el acta de apertura del expediente de la Licitación Mayor No. 001-2024 promovida por la Junta de Educación de la Escuela Cristóbal Colón para la contratación de obra y mantenimiento de infraestructura educativa, es de fecha 04 de junio de 2024 (folio 02 del expediente administrativo digitalizado), por lo que se puede concluir que la presente licitación inició dentro del periodo autorizado por la DCoP para promover concursos por fuera del SICOP, en cuando a la Juntas de Educación y Juntas Administrativas se refiere, estando la actuación de la Administración ajustada a Derecho.

III.SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL RECORRENTE: 1) Sobre la modificación del precio de los subcontratos: Alega la adjudicataria, que en el recurso de apelación, la recurrente modificó

los montos presentados en su estructura de costo de oferta para subcontratos y que por ende existe una discrepancia en la sumatoria de ambas manifestaciones, siendo que en su plica indican un porcentaje de 1.04% mientras que en el recurso de apelación suma un 1.05% por concepto de subcontratos, incurriendo por ende en una modificación en su estructura de costos, y perdiendo consecuentemente la certeza del precio ofertado, violentando lo señalado en el artículo 41 de la LGCP y 98 del RLGCP, careciendo de un interés claro, legítimo, actual, propio y directo a ser re adjudicatario de esta contratación al presentar modificaciones en su estructura de costo.

Por su parte la apelante indica que cometió un error material, involuntario, insustancial y sin trascendencia alguna. Aclara que no ha variado el monto de los subcontratos que declaró desde la presentación de la oferta, sino que a la hora de transcribir el cuadro completo de los subcontratos el referente al Sistema de Gas LP por un monto de ₡2.463.400,00 CRC, se reportó erróneamente en ₡2.453.400,00 CRC, osea con una diferencia de diez mil colones, el cual al ser un cuadro de suma automática llevó esa misma diferencia al total de los subcontratos. Afirma que el monto ofertado es cierto y firme y que no ha sufrido variación alguna durante todo el procedimiento, por lo que no se afecta su legitimación.

La Administración no se refirió a este aspecto.

Criterio de la División: En primer término, debe indicarse que la Junta de Educación de la Escuela Cristóbal Colón promovió la Licitación Mayor No. 001-2024 para la contratación de obra y mantenimiento de infraestructura educativa, a la cual se presentaron un total de tres ofertas a saber: Constructora Saenz Vargas HSV Sociedad Anónima, Constructora Peñaranda Sociedad Anónima y Constructora y Consultora LEMA Sociedad Anónima y con posterioridad al análisis de las ofertas la Administración decidió adjudicar el concurso a favor de la empresa Constructora Saenz Vargas HSV Sociedad Anónima (ver folios 1207 al 1210 del expediente administrativo).

Con el fin de analizar el alegato planteado en contra de la apelante, se tiene que de la revisión de la oferta de la recurrente se desprende que la misma realizó una manifestación expresa de que su precio total es por la suma de ₡1.659.833.015,00 (ver folio 786 del expediente administrativo). Adicionalmente, se tiene por acreditado que en la misma oferta, la recurrente presentó un desglose general de la estructura del precio en el que reporta un precio total se ₡1.659.833.015,00, de los cuales, ₡17.305.560,90 corresponden a subcontratos previstos y representan un 1.04% del precio total (ver folio 788 del expediente administrativo).

También consta en el expediente administrativo que en la oferta de la apelante se incluyó un cuadro donde detalla los subcontratos de la siguiente manera:

DESCRIPCIÓN DEL SUBCONTRATO	EMPRESA A SUBCONTRATAR	MONTO (₡)	PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN EN RELACIÓN CON EL COSTO TOTAL DE LA OFERTA
Sistema de Gas Lp	Gas Lp	₡2.463.400,00	0.15%
Sistema de Detección de Incendios	Insotek	₡3.092.160,90	0.19%
Sistema de Voz y Datos	Insotek	₡6.500.000,00	0.39%
Pruebas de Laboratorio	Castro y de La Torre	₡5.250.000,00	0.32%
TOTAL A SUBCONTRATAR		₡17.305.560,90	1.04%

(ver folio 956 del expediente administrativo).

Como puede verse el anterior cuadro refleja un monto total de ₡17.305.560,90 que corresponden a subcontratos previstos y representan un 1.04% del precio, y además se debe destacar como elemento importante para la resolución del caso que en dicho cuadro se reportó un monto de ₡2.463.400,00, específicamente para el subcontrato del sistema de gas LP.

Una vez vistas las manifestaciones de la apelante a nivel de oferta, corresponde entonces valorar lo indicado por éste en su recurso de apelación, el cual en lo que interesa indicó que su representada: *“.. incluyó dentro su plica cuatro actividades que por su naturaleza, complejidad y relevancia requieren ser ejecutadas por personas ya sean físicas o jurídicas que cuenten con el personal y equipamiento especializado, la experticia y la respectiva acreditación, lo cual consta en nuestra plica y es visible en el FOLIO 00946 (sic) del expediente administrativo, dicha Subcontratación es por un monto de ₡ 17.305.560,90 CRC corresponde a un 1,04% del monto total ofertado/ Sistema de Gas LP 0,15% ₡ 2.453.400,00 CRC / Sistema de Detección de Incendio 0,19% ₡ 3.092.160,90 CRC / Sistema de Voz y Datos 0,39% ₡ 6.500.000,00 CRC / Pruebas de Laboratorio 0,32% ₡ 5.250.000,00 CRC”* (resaltado es propio, ver folio 01 del expediente del recurso de apelación).

De la anterior manifestación expresa de la recurrente se desprende con toda claridad que lo indicado en el recurso de apelación fue simplemente referenciar lo indicado en la oferta en cuanto a subcontratos e incluso señaló en la acción recursiva el monto total de subcontratos en

¢17.305.560,90 y el porcentaje de los mismos en 1,04% (folio 01 del expediente del recurso de apelación). Lo expuesto resulta importante por cuanto ambos, monto total y porcentaje de subcontratos, indicados en el recurso de apelación son exactamente los mismos que los señalados en la oferta, sea ¢17.305.560,90 y 1,04% (folios 788 y 956 del expediente administrativo).

En ese sentido, no observa esta División que existan diferencias entre el monto total de subcontratos referenciado en el recurso de apelación, con respecto la de la oferta, pero además el planteamiento de la apelante en su recurso no está dirigido a aclarar, modificar o de alguna forma subsanar su precio, como lo pretende hacer ver la adjudicataria, sino que únicamente se está limitando a referenciar su oferta con el fin de hacer notar a esta División que su oferta sí reportó subcontratos, pero desde ningún punto de vista se trata de un alegato tendiente a variar las condiciones de su precio.

No pierde de vista esta División que en cuanto al rubro del subcontrato del sistema de gas LP, existe una diferencia entre el monto indicado en la oferta y el indicado en el recurso de apelación, pues en la oferta se indica que dicho subcontrato es por la suma de ¢2.463.400,00 (folio 956 del expediente administrativo) y en el recurso de apelación se indica ¢2.453.400,00 CRC (folio 01 del expediente del recurso de apelación). Esta diferencia corresponde a ¢10.000,00 (diez mil colones) que se obtienen con la simple operación aritmética de restar el monto reportado en el recurso de apelación al monto reportado en la oferta. Sin embargo, a pesar de la existencia de esta diferencia entre ambos rubros, es claro para este órgano contralor que se trata de un error material por parte de la apelante, que la misma empresa ha reconocido al atender la audiencia especial (hecho no controvertido).

Se puede determinar que se trata de un error material teniendo en cuenta varios factores, como el hecho de que el recurso de apelación señala el monto total y porcentaje de los subcontratos en ¢17.305.560,90 y 1,04%, coincidiendo ambos plenamente con los datos de la oferta (folios 788 y 956 del expediente administrativo y folio 01 del expediente del recurso de apelación), lo que evidencia que se trató de un error al momento de desglosar dichos subcontratos en el recurso de apelación y se indicó una diferencia en uno de los mismos.

El otro aspecto relevante que refleja el error material es que, no existe manifestación expresa de la recurrente en su acción recursiva de que su intención sea modificar o de alguna forma aclarar el precio de los subcontratos, pues como ya se indicó el único señalamiento que plantea es que pretende demostrar que su oferta sí reportó los subcontratos, pero no pretende ajustar o

modificar su oferta en este aspecto. Incluso, tampoco requeriría hacerlo para efectos de acreditar su legitimación, pues se trata de una oferta elegible conforme al análisis de la Administración (folios 1200 al 1206 del expediente administrativo) y nunca se le fue cuestionado algún aspecto relativo a los precios de los subcontratos, lo que también demuestra que se trata de un error material.

Finalmente, debe destacarse que con su alegato la adjudicataria no realiza un análisis de trascendencia del supuesto incumplimiento, lo que resulta relevante por cuanto este órgano contralor ha mantenido la posición de que no es suficiente detectar y señalar un incumplimiento en la oferta sino que se debe explicar cómo con ese incumplimiento resulta imposible atender la necesidad de la Administración y el correlativo fin público, pues sería tan grave el defecto que la funcionalidad, calidad y desempeño del objeto se verían afectados de forma negativa en los términos arriba indicados.

Lo expuesto adquiere relevancia para la resolución del caso, pues conforme a los principios de eficiencia y eficacia, el análisis de la trascendencia de un incumplimiento se debe realizar no solamente de frente a los principios señalados, sino al de transparencia y conservación de las ofertas, a efecto de la consecución del interés público inmerso en la contratación que se promueve; ejercicio omitido por la adjudicataria. Sobre lo anterior, se pueden consultar las resoluciones No. R-DCP-SICOP-00431-2024 y R-DCP-SICOP-01152-2024.

Aplicada dicha posición al caso que nos ocupa, es claro que la adjudicataria señala la diferencia ₡10.000,00 (diez mil colones), sin explicar el impacto de esa diferencia, es decir, cómo esos diez mil colones hacen inviable la oferta al punto de que le resulte imposible ejecutar el contrato, atender la necesidad de la Administración y satisfacer el correlativo fin público, lo que demuestra la falta de fundamentación que se ha expuesto por la ausencia de análisis de trascendencia. En síntesis, ante la omisión mencionada, la adjudicataria no ha logrado demostrar que la oferta de la apelante adolece de un incumplimiento sustancial que le reste legitimación.

En razón de todo lo expuesto, se **declara sin lugar** el argumento de la adjudicataria en contra de la legitimación de la apelante.

IV.SOBRE EL FONDO DEL RECURSO. 1) Sobre los subcontratos: Alega la apelante que el objeto del concurso conlleva la ejecución de actividades especializadas que, a su juicio, deben ser subcontratadas y como tales, debió la adjudicataria reportar el listado de subcontratistas y los porcentajes de dichos subcontratos. Particularmente se refiere en apelante a las actividades

de sistema de gas LP, sistema de detección de incendio, sistema de voz y datos y el de pruebas de laboratorio y aporta criterios técnicos que pretenden demostrar que se trata de actividades especializadas.

Afirma la recurrente que la adjudicataria omitió reportar los subcontratistas de estas actividades y sus porcentajes de participación lo que es contrario a la normativa, y además que esos subcontratistas deben ser idóneos y que esa omisión no puede ser subsanada. En cuanto a la trascendencia señala que omitir los subcontratistas y en particular las de pruebas de laboratorio lo limita para cumplir cabalmente con idoneidad técnica que exigen las normas de calidad aplicables

Por su parte la adjudicataria señala que cuenta con un amplio y basto personal calificado que goza de la capacidad para llevar a cabo dichas actividades especializadas sin necesidad de recurrir a la figura de la subcontratación, por lo que estima que no lleva razón la apelante en cuanto a que exista una obligación de subcontratar.

Expone que es consciente de que en el sector construcción hay algunas actividades especializadas donde si la empresa no cuenta con los insumos necesarios, requiere acudir a esta figura, no obstante, afirma que en este caso, con su personal e insumos puede ejecutar la contratación sin la necesidad de acudir a subcontratos, pues las actividades de instalación de ventanería, aire acondicionado, gas LP, sistema de voz y datos, colocación de prefabricado , entre otros, sí podrían ser subcontratadas si no tuviera la capacidad de realizarlas por ella misma, pero no es su caso.

En cuanto a las pruebas de laboratorio afirma que las mismas corresponden a un servicio que brinda un proveedor para verificar que las actividades que se están desarrollando en el proyecto cumplan los parámetros y no estaría en sitio llevando a cabo actividades que influyan de manera directa en la construcción de la obra. Es decir, alega que es el proveedor quien aporta las certificaciones de calidad de los productos y materiales.

Sobre este tema la Administración indica que la apelante no logra evidenciar con prueba técnica, oportuna e idónea, por qué la empresa adjudicada no logra la idoneidad para ejecutar el proyecto adjudicado o que el proyecto tal cual lo adjudicó no es viable de realizarse.

Considera que las observaciones y apreciaciones que realiza son carácter subjetivo sobre los subcontratos, ya que presupone que el adjudicatario no tiene la capacidad para desarrollar las actividades ofertadas, presupuestando un escenario ficticio carente de prueba, es decir, como si

el adjudicado no tuviese la capacidad de solicitar pruebas, laboratorios, certificados, constancias a sus proveedores.

Criterio de la División: En primer término, debe indicarse que la Junta de Educación de la Escuela Cristóbal Colón promovió la Licitación Mayor No. 001-2024 para la contratación de obra y mantenimiento de infraestructura educativa, a la cual se presentaron un total de tres ofertas a saber: Constructora Saenz Vargas HSV Sociedad Anónima, Constructora Peñaranda Sociedad Anónima y Constructora y Consultora LEMA Sociedad Anónima y con posterioridad al análisis de las ofertas la Administración decidió adjudicar el concurso a favor de la empresa Constructora Saenz Vargas HSV Sociedad Anónima (ver folios 1207 al 1210 del expediente administrativo).

Dado que la recurrente cuestiona que la adjudicataria debió reportar los subcontratos por las actividades de las actividades de sistema de gas LP, sistema de detección de incendio, sistema de voz y datos y el de pruebas de laboratorio se analizarán de forma independiente de la siguiente manera:

a) Sobre la subcontratación de los sistemas de gas LP, detección de incendio y de voz y datos: Como punto de partida se tiene por acreditado que la empresa adjudicataria en su oferta aportó un cuadro denominado “*Desglose General de la estructura del precio*” el cual en lo que interesa indica “*Costos Directos/Subcontratos previstos/0.00%*” (Folio 319 del expediente administrativo).

Lo anterior es importante por cuanto existe una manifestación expresa en la oferta de la adjudicataria que indica que no establece ningún porcentaje (0%) de subcontratos en su oferta. Precisamente es de esa afirmación que parte el argumento de la recurrente pues considera que la adjudicataria estaba obligada a reportar algún listado y porcentaje por concepto de subcontratos dado que a su parecer existen actividades especializadas como las de gas LP, detección de incendio y de voz y datos.

Así las cosas corresponde analizar lo dispuesto sobre el tema de subcontratos a nivel normativo, encontrando que el artículo 49 de la LGCP establece el deber del oferente de indicar el listado de los subcontratistas, el objeto de subcontratado y el porcentaje que esto representa dentro de su oferta, lo que es complementado por lo dispuesto en el artículo 133 del RLGP, que establece que los subcontratos procederán únicamente para la realización de cuestiones especializadas. Se puede destacar entonces de la mencionada normativa que efectivamente

surge una obligación del oferente de reportar la subcontratación de aspectos especializados desde la oferta, lógicamente, en el tanto existan subcontratos que reportar, pues no toda oferta contiene aspectos subcontratados, aún y cuando existan actividades especializadas.

Resulta relevante contextualizar lo anterior pues esta División ha sido clara en cuanto a que para determinar si existe un subcontrato debe analizarse cada caso en concreto con sus particularidades, y deberá tomarse en consideración **si existe una imposibilidad del contratista para llevar a cabo alguna tarea especializada**, accesoria a la obligación principal contraída, **o bien, si las actividades ofrecidas por el oferente se encuentran inmersas dentro del engranaje necesario para que la empresa oferente pueda alcanzar el correcto cumplimiento de las actividades contratadas** por la Administración. Dicho de otra forma el solo hecho de que una actividad sea considerada como especializada no genera, de forma automática o inmediata, la indispensable necesidad de que el oferente subcontrate la misma, pues puede darse el caso de que el oferente tenga la capacidad de realizar dichas actividades por su cuenta, al respecto se puede ver la resolución R-DCP-SICOP-00849-2024 del 14 de junio de 2024.

Aplicando lo anterior al caso concreto, es claro que el enfoque de la recurrente parte de la premisa de que el objeto del concurso contempla algunas actividades especializadas como lo son el sistemas de gas LP, sistema de detección de incendio y sistema de voz y datos, lo cual es un hecho no controvertido por las partes pues la misma adjudicataria lo reconoce, sin embargo, este único hecho visto de forma independiente no representa la obligación de que el oferente debe subcontratar los servicios o actividades, pues bien puede darse el caso de que tenga la capacidad de ejecutarlos por su cuenta de forma directa.

Lo indicado es relevante por cuanto la adjudicataria manifiesta expresamente y afirma que tiene la capacidad técnica, la experiencia y el recurso humano capacitado para realizar estas labores por su cuenta, por lo que no requeriría de acudir a subcontratos para ejecutarlas, a pesar de ser consideradas como especializadas y se compromete a ejecutarlas por su cuenta de forma directa (folio 18 del expediente del recurso de apelación), lo cual se convierte en una obligación para el oferente de cumplir conforme al artículo 14 inciso d) de la LGCP que establece que el oferente debe cumplir con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del procedimiento, lo que incluye esta fase recursiva.

Por consiguiente, no resulta suficiente que la apelante haya demostrado que las mencionadas actividades sean especializadas, si no se logra demostrar que la adjudicataria no está en capacidad de cumplir con estas labores por su propia cuenta, es decir, que tiene la necesidad de subcontratarlas. En el caso, no logra demostrar la apelante si efectivamente nos encontramos ante la figura del subcontrato, pues si bien las actividades mencionadas son especializadas (hecho no controvertido) no se logró demostrar que la adjudicataria carece de la capacidad técnica, experiencia o del recurso humano calificado para ejecutar estas labores directamente y no a través de subcontratos.

No obstante lo anterior, siendo que las partes han reconocido que se trata de actividades especializadas (hecho no controvertido), y considerando que la adjudicataria ha manifestado que está en capacidad de ejecutarlas directamente sin necesidad de subcontratos (folio 18 del expediente del recurso de apelación), esta División echa de menos un análisis pormenorizado por parte de la Administración sobre este aspecto. Lo anterior considerando que de la revisión del expediente administrativo y de apelación, no se evidencia que durante el análisis de las ofertas ni al atender la audiencia inicial, la Administración haya realizado un análisis detallado de estas actividades que tanto la recurrente como la adjudicataria han reconocido como especializadas. Máxime cuando dicha especialización es definida por el reglamentista (artículo 133 RLGCP) como uno de los elementos claves de la subcontratación, siendo el otro el determinar si el oferente está en capacidad de realizar dicha actividad de forma directa y no a través de una tercera persona, como ya se indicó.

En ese sentido estima este órgano contralor que la Administración fue omisa en indagar con la adjudicataria sobre su capacidad real, técnica y de recurso humano calificado para ejecutar estas labores especializadas por su cuenta, incluso al atender la audiencia inicial se limitó a indicar que la recurrente no demuestra que la adjudicataria tiene la capacidad de ejecutar dichas tareas, sin embargo tampoco la Administración logró demostrar que analizó la capacidad de la empresa adjudicada para realizar dichos trabajos especializadas, sin acudir al subcontrato. No pierde de vista esta División la prueba aportada por la Administración que corresponde al criterio técnico que consta en el oficio número DVM-A-DIE-DDO-0347-2024 del 19 de setiembre, 2024, suscrito por el señor Heber Méndez Marín del Departamento de Desarrollo de Obra Dirección de Infraestructura Educativa, que en lo que interesa indica: *“(...) Según su tesis el Sistema de Gas LP, Sistema de Detección de Incendio, Sistema de Voz y Datos, Pruebas de Laboratorio, son subcontratos y deben de incluirlos dentro listado en marras. Sin embargo, para*

esta Administración, estos son considerados suministros...Por otro lado, para los efectos particulares de las pruebas de laboratorio, esta administración sobre entiende que es un suministro proveniente de empresas dedicadas a la venta de concreto. En el que se mantiene un control estricto (sic) de la calidad de los materiales y dosificación requerida. Entregando los informe (sic) de calidad de su concreto suministrado.” (folios 31 al 33 del expediente del recurso de apelación)

Dicho criterio técnico que se aporta como prueba concluye que el sistema de gas LP, el sistema de detección de incendio y de voz y datos, son considerados suministros, sin embargo no hace un desarrollo de tal afirmación, no explica los motivos técnicos por los cuales llega a esa conclusión, ni se refiere tampoco a la capacidad de la empresa adjudicataria de ejecutar estas actividades sin incurrir en subcontratos, lo que confirma lo que viene planteando esta División líneas atrás.

Se puede concluir entonces, que existe una omisión por parte de la Administración al no indagar con la adjudicataria sobre su capacidad técnica y de recurso humano calificado para realizar las labores correspondientes al sistema de gas LP, el sistema de detección de incendio y de voz y datos. Corregir dicha debilidad del análisis resulta necesaria pues de no determinarse con certeza la capacidad de la adjudicataria se podría poner en riesgo la sana inversión de fondos públicos, pues debe la Administración garantizar que dicha empresa tiene la suficiencia técnica de ejecutar las actividades especializadas del objeto del contrato por su cuenta, ya que no se puede obviar que con estas se persigue satisfacer los objetivos institucionales y a la satisfacción del interés público, lo que se pone en riesgo si la Administración no tiene completa seguridad de cómo la adjudicataria ejecutará las actividades especializadas mencionadas sin mediar subcontratos.

En razón de lo expuesto se impone **declarar parcialmente con lugar** el recurso de apelación en este aspecto, a fin de que la Administración proceda a analizar nuevamente la oferta conforme a lo indicado en esta resolución e indague con el oferente de forma detallada los mecanismos, equipos, personal y demás aspectos que garanticen que el oferente tiene la capacidad técnica de ejecutar el objeto en cuanto a sistema de gas LP, el sistema de detección de incendio y de voz y datos, de forma directa, sea por su propia cuenta y sin necesidad de acudir a subcontratar un tercero.

b) Sobre la subcontratación de las pruebas de laboratorio:

Siendo que ya se analizó la regulación normativa referente a la subcontratación y que lo que se cuestiona en este aspecto es la supuesta omisión de la adjudicataria de haber reportado el subcontrato que se refiere a las pruebas de laboratorio, resulta oportuno partir de lo indicado en las especificaciones técnicas de este concurso sobre las pruebas de laboratorio, en ese sentido se tiene que las cláusulas 3.7.4, 3.7.5, 3.9, 3.13.2, 3.17.1, 3.25.2, 3.52.7 y 4.1, se refieren a las pruebas de laboratorio de la siguiente manera:

i) “3.7.4 CALIDAD DEL CONCRETO

(...) El control de la resistencia de las mezclas de concretos, será efectuado mediante ensayos con los respectivos diseños de mezcla así como con pruebas de laboratorio en cilindros de concreto, de muestras tomadas en el sitio a juicio de la Inspección.” (folio 86 del expediente administrativo)

ii) “3.7.5 CONTROL DE RESISTENCIA

La resistencia de las mezclas de concreto se determinará mediante ensayos y pruebas de laboratorio de muestras tomadas en el sitio en presencia del Contratista y los Inspectores o sus representantes.”

iii) “3.9 CONTROL DE CALIDAD DEL HORMIGÓN Y SANCIONES ASOCIADAS

Se llevará a cabo por medio (folio 87 del expediente administrativo) del control de la resistencia de las mezclas de concretos mediante ensayos y pruebas de laboratorio de muestras tomadas en el sitio de acuerdo con las especificaciones ASTM, Títulos: C-31, C-39, C-42, C-172. Estos ensayos serán llevados a cabo en un laboratorio seleccionado previamente por la Inspección. La frecuencia para la toma de cilindros de concreto para pruebas de laboratorios será definida a juicio de la Inspección.” (resaltado es propio, folio 91 del expediente administrativo)

iv) “3.13,2 MORTERO DE PEGA (...) *Así también deberá presentar la comprobación certificada de un laboratorio reconocido de que los agregados cumplen con las pruebas de granulometría y abrasión según normas ASTM.”* (folio 94 del expediente administrativo)

v) “3.17.1 CALIDAD DE LOS ELEMENTOS:

Todo elemento prefabricado a incorporar a la obra debe encontrarse en perfecto estado, y estar debidamente fraguados antes de utilizarse...Los elementos a utilizar deberán ser sometidos a pruebas destructivas en un laboratorio debidamente acreditado por el Ente Costarricense de Acreditación ECA. El contratista debe garantizar que las empresas productoras que vayan a proveer este tipo de materiales cuenten con un sistema de control de calidad tanto de producto

como de procesos, debidamente certificado por el Instituto de Normas Técnicas de Costa Rica (INTECO), o por cualquier entidad certificadora debidamente acreditada por ECA.” (folios 99 y 100 del expediente administrativo)

vi) “3.25.2 MOSAICO TERRAZO (5210):(...) El piso de terrazo deberá cumplir con las normas del Ministerio de Economía Industria y Comercio, lo cual será demostrado por el Contratista mediante certificación de calidad emitida por un laboratorio reconocido en el país. Dicha certificación deberá ser presentada a consideración de la Inspección, junto con las muestras correspondientes, previo a la adquisición del piso.” (folio 116 del expediente administrativo)

vii) “3.52.7 Muebles o equipo de cocina: (...) Deberá tenerse especial cuidado en el tipo de la grifería prevista, debiendo regirse como mínimo por las características de calidad de sus elementos. Deberá exigirse los siguientes documentos: 1) Certificación de la empresa fabricante, donde especifica, que las calidades de los materiales que se presenta la oferta, cumplen con los análisis de laboratorio, tanto en el tipo de acero inoxidable y su calibre, en cada uno de los muebles y equipo que se provee. Certificación de laboratorio acreditado por el ECA (Ente Costarricense de Acreditación), indicando que los materiales que se ofertan para la fabricación de los muebles que se pretenden contratar para el proyecto específico, cumplen con las calidades solicitadas y descritas en las especificaciones técnicas de cada mueble.” (folios 172 y 173 del expediente administrativo)

viii) “4.1 PLAN DE GESTIÓN AMBIENTAL: (...) Sismicidad: Todo material prefabricado a utilizar deberá ser sometido a pruebas destructivas en un laboratorio debidamente acreditado por el Ente Costarricense de Acreditación ECA. Las empresas productoras de este tipo de material deberán contar con un sistema de control de calidad de procesos, debidamente certificado por el Instituto de Normas Técnicas de Costa Rica (INTECO) o por cualquier entidad certificadora debidamente acreditada por ECA.” (folio 175 del expediente administrativo)

De las citadas cláusulas se desprenden claramente que la Administración plantea tres modalidades distintas en las que se requieren las pruebas de laboratorio, la primera es respecto a muestras tomadas en el sitio a juicio de la Inspección (cláusulas 3.7.4 y 3.7.5) la segunda modalidad corresponde a ensayos llevados a cabo en un laboratorio **seleccionado previamente por la Inspección** (cláusula 3.9) y la tercer modalidad corresponde a aquellas pruebas de laboratorio que debe aportar el proveedor de los productos o materiales (cláusulas 3.13.2, 3.17.1, 3.25.2, 3.52.7 y 4.1).

Lo anterior es importante por cuanto si bien las pruebas de laboratorio son actividades especializadas (hecho no controvertido), la Administración no explica en el análisis de las ofertas ni al atender la audiencia inicial, los motivos por los cuales en cada uno de los supuestos que indican las cláusulas antes señaladas no surge la indispensable necesidad de subcontratar los servicios de laboratorio.

Conforme lo que se ha venido indicando desde el apartado anterior, resultaba de vital importancia que la Administración explicara cómo analizó este tema de las pruebas de laboratorio frente al pliego de condiciones, a efecto de determinar si se requiere de subcontratar o no este servicio de pruebas de laboratorio.

Analizando los argumentos de la Administración, que también comparte la adjudicataria, se plantea un enfoque según el cual estas pruebas de laboratorio, en todos los casos, debe ser aportada por el proveedor del servicio o material y no por el oferente o eventual contratista, sin embargo tal como ya quedó demostrado anteriormente las especificaciones técnicas establecen diversos supuestos en los que se deben aportar pruebas de laboratorio y no todas ellas disponen expresamente, que se deben aportar por parte del proveedor de los materiales, y la Administración no explicó cómo analizó las ofertas de frente a estas particularidades.

Incluso la Administración aporta a manera de prueba el criterio técnico que consta en el oficio número DVM-A-DIE-DDO-0347-2024 del 19 de setiembre, 2024, suscrito por el señor Heber Méndez Marín del Departamento de Desarrollo de Obra Dirección de Infraestructura Educativa, que sobre este tema en particular indica: “(...) *para los efectos particulares de las pruebas de laboratorio, esta administración (sic) sobre entiende que es un suministro proveniente de empresas dedicadas a la venta de concreto. En el que se mantiene un control estricto (sic) de la calidad de los materiales y dosificación requerida. Entregando los informe (sic) de calidad de su concreto suministrado.*” (folios 31 al 33 del expediente del recurso de apelación)

Dicho criterio técnico concluye que las pruebas de laboratorio, son considerados suministros que aporta el proveedor de materiales, sin embargo no hace un desarrollo de tal afirmación, no explica los motivos técnicos por los cuales llega a esa conclusión, ni se refiere a cómo interpretó que cada cláusula del pliego que solicita pruebas de laboratorio hace referencia al proveedor del servicio o material, incluso, se observa que este criterio se limita únicamente a las pruebas de laboratorio de concreto, cuando ha quedado demostrado que las especificaciones requieren pruebas de laboratorio para otras actividades y materiales, conforme a las cláusulas ya citadas.

En ese sentido estima este órgano contralor que la Administración fue omisa en explicar cómo entendió y analizó cada cláusula de las especificaciones técnicas que solicitan pruebas de laboratorio de frente al análisis de las ofertas, es decir, no indica cómo a partir de la redacción de la cláusula logra concluir que en todos los casos las pruebas de laboratorio debe ser aportadas por el proveedor de materiales o servicios, pues estima esta División que que no todas corresponden, al menos en la literalidad de la cláusula, a pruebas que deban ser aportadas por los proveedores, aspecto que debe ser aclarado por la Administración.

De esa forma, la revisión de ese aspecto resulta indispensable para acreditar la idoneidad de la oferta, pues debe determinarse cómo debe operar en cada caso las pruebas de laboratorio, pues no ha logrado explicar la Administración si se trata de un laboratorio contratado por la Administración (por la inspección), si debe ser un laboratorio subcontratado por los oferentes, o si se trata de pruebas de laboratorio que aporta cada proveedor de material, en cada caso concreto.

Estas variables que la Administración no ha aclarado pueden poner en riesgo la ejecución del contrato, así como la sana inversión de fondos públicos. Pues debe la Administración garantizar que las pruebas de laboratorio se realicen sobre las actividades que ha definido en las bases del concurso, y establecer con claridad y de forma debidamente motivada, si corresponden o no a actividades que deben ser subcontratadas o no en cada caso en particular, de frente al pliego.

En razón de lo expuesto se impone **declarar parcialmente con lugar** el recurso de apelación en este aspecto, a fin de que la Administración proceda a analizar nuevamente las ofertas conforme a lo indicado en esta resolución y explique de forma detallada cómo se deben presentar las pruebas de laboratorio en cada uno de los casos que plantean las bases del concurso, si se trata de un laboratorio contratado por la Administración, si debe ser un laboratorio subcontratado por los oferentes, o si las pruebas de laboratorio las aporta cada proveedor de material, en cada caso concreto de frente a cada una de las cláusulas del pliego.

Además deberá la Administración consultar al Ente Costarricense de Acreditación (ECA) si específicamente para las pruebas que requiere el pliego, las mismas deben ser ejecutadas o no por laboratorios acreditados ante dicha entidad conforme al artículo 39 de la Ley del Sistema Nacional para la Calidad.

Finalmente deberá consultar al ECA, si la empresa adjudicataria (CONSTRUCTORA SÁENZ VARGAS HSV, S.A.) se encuentra registrada como laboratorio acreditado ante dicha entidad para analizar las pruebas que indica el pliego de condiciones.

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 87 y 97 de la Ley General de Contratación Pública y 243, 244 inciso d) y 259 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por la empresa **CONSTRUCCIONES PEÑARANDA, S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN MAYOR No. 001-2024** promovida por la **JUNTA DE EDUCACIÓN DE LA ESCUELA CRISTÓBAL COLÓN** para la contratación de obra y mantenimiento de infraestructura educativa, acto recaído a favor de **CONSTRUCTORA SÁENZ VARGAS HSV, S.A.** por un monto de **¢1.657.210.055,46**, acto el cual **se anula**. **2)** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley General de Contratación Pública se da por agotada la vía administrativa. **NOTIFÍQUESE.**

Adriana Pacheco Vargas
Gerente Asociada a.i.

Alfredo Aguilar Arguedas
Gerente Asociado

Fernando Madrigal Morera
Gerente Asociado

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

EOP/DVR/rmr
NI: 18567, 18189, 18548, 20188, 20198, 21237
NN: 19347-2024 (DCP-0329)
G: 2024003377-2
Expediente: CGR-REAP-2024005632