

## R-DCA-0548-2017

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.**

San José, a las nueve horas un minuto del dieciocho de julio del dos mil diecisiete.-----

**Recurso de apelación** interpuesto por el **Consorcio Edica Stellar** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública 2016LI-000001-0001600005** promovida por el **Programa Integral de Mercadeo Agropecuario (PIMA)** para la “*Construcción y Equipamiento del Mercado Regional Mayorista de la Región Chorotega de Costa Rica*”, acto recaído a favor de la empresa **Volio y Trejos Asociados S.A.**, por un monto de \$38.950.000,00 (treinta y ocho millones novecientos cincuenta mil dólares exactos).-----

### RESULTANDO

**I.-**Que el Consorcio Edica Stellar presentó ante esta Contraloría General en fecha nueve de mayo del dos mil diecisiete, recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la licitación de referencia.-----

**II.-**Que mediante auto de las ocho horas del diez de mayo del dos mil diecisiete, esta División solicitó a la Administración licitante el expediente administrativo del concurso, requerimiento que fue atendido mediante el oficio No. GG-DUEP-GAF-046-2017 del doce de mayo del dos mil diecisiete.-----

**III.-**Que mediante auto de las trece horas del veintitrés de mayo del dos mil diecisiete, se otorgó audiencia inicial a la Administración y a la empresa adjudicataria para que se refirieran a los alegatos expuestos en el recurso de apelación. Audiencia que fue atendida según escritos agregados al expediente de apelación.-----

**IV.-**Que mediante auto de las siete horas con treinta minutos del diecinueve de junio del dos mil diecisiete, se otorgó audiencia especial al Consorcio recurrente, para que se refiriera a la respuesta de audiencia inicial que brindó la Administración y la empresa adjudicataria. Dicha audiencia fue debidamente atendida según escrito agregado al expediente de apelación.-----

**V.-**Que mediante resolución número R-DCA-0421-2017 de las ocho horas treinta y siete minutos del diecinueve de junio del dos mil diecisiete, esta División resolvió las excepciones previas de extemporaneidad planteadas en la audiencia inicial por la Administración y la firma adjudicataria.-----

**VI.-**Que mediante auto de las doce horas del cuatro de julio del dos mil diecisiete, se otorgó audiencia final de conclusiones a todas las partes, misma que fue atendida según escritos agregados al expediente administrativo.-----

VII.-Que en el presente caso se han observado las prescripciones legales y reglamentarias respectivas.-----

### CONSIDERANDO

**I.-Hechos Probados.** Para la resolución del presente asunto se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés, con vista en el expediente administrativo del concurso: **1)** Que el Programa Integral de Mercadeo Agropecuario (PIMA) promovió la Licitación Pública 2016LI-000001-0001600005 para la *“Construcción y Equipamiento del Mercado Regional Mayorista de la Región Chorotega de Costa Rica”*. **2)** Que mediante el acuerdo 2688, artículo 3, Sesión Extraordinaria 2848, celebrada por el Consejo Directivo del PIMA el 10 de abril de 2017, se indicó lo siguiente: *“El Consejo Directivo del PIMA delega en la Gerencia General del PIMA la decisión para realizar la adjudicación de la Licitación Internacional 2016LI-000001-00016-000005, denominada: Construcción y Equipamiento del Mercado Regional Mayorista de la Región Chorotega de Costa Rica.”* (Folio 4190 expediente administrativo del concurso). **3)** Que mediante oficio No. GG-302-2017 de fecha 4 de mayo del 2017, la Gerencia General del PIMA, en el uso de las facultades delegadas mediante Acuerdo No. 2688, Artículo 3, de la Sesión Extraordinaria 2848, celebrada por el Consejo Directivo el 10 de abril del 2017, procede a adjudicar la Licitación Pública Internacional No. 2016LI-000001-000600001 a la oferta presentada por Volio y Trejos S.A. por un monto de US\$38.950.000,00 (folio 4301 del expediente administrativo). **4)** Que en la oferta del Consorcio Edica Stellar, se aportó el Formulario PREC-1 Promesa de Consorcio, suscrito por los señores Karl Lachner Johannig, Representante Legal de la empresa Edica Limitada y Michael Santarone, Representante Legal de la empresa Stellar Group, Inc, se indicó el señor Karl Lachner Johannig, Representante Legal Designado para el Consorcio Edica-Stellar (folio 151 del expediente administrativo). **5)** Que en la oferta del Consorcio Edica Stellar, se aportó el *“Consorcium Agreement”*, suscrito entre las empresas Edica Limitada y Stellar Group, en el que se indica: *“De conformidad con el presente acuerdo consorcial, las compañías presentan juntamente los formularios, documentos e información que se requieren para la evaluación de la ofertas pero con el entendido que la propuesta se somete en forma consorciada, por lo que, en consecuencia, serán válidos todos los documentos que sean firmados por cualquier apoderado de cada una de ellas, tanto los documentos de oferta como las garantías podrán ser firmadas por uno o todos los representantes con absoluta validez y eficacia, quedando autorizados y con poder suficiente los representantes legales de las empresas para actuar durante la fase de formalización de las ofertas, de formalización y de ejecución contractual.”* (folios 147

a 150 del expediente administrativo). **6)** Que en la oferta del Consorcio Edica Stellar, se aportó certificación de personería jurídica en la que se indica que el cargo de Gerente General, lo ocupa el señor Carlos Manuel Barrantes Araya y que tiene la representación judicial extrajudicial de la empresa Edica Limitada (folio 157 del expediente administrativo). **7)** Que la empresa Volio y Trejos S.A. indicó en el Formulario TEC-2 lo siguiente: “Nombre del Proyecto: Centro de Operaciones Coyal Laica / Área: 22715 metros cuadrados (...) / Nombre del Proyecto: Centro de Distribución de Walmart / Área: 53300 m2 (...) / Nombre del Proyecto: Centro de Distribución Grupo TLA / Área: 25469 metros cuadrados (...) / (...)” (folio 2741, 2739 y 2737 del expediente administrativo).-----

**II.-Sobre la capacidad de actuar del Ingeniero Barrantes Araya en representación del Consorcio Edica Stellar.** Señala **la Administración** que si bien es cierto en el acuerdo consorcial denominado EDICA STELLAR establece que cualquier representante jurídico de las empresas en consorcio puede actuar jurídicamente a su favor, lo cierto es que la persona que acreditó formalmente ante esa Administración como representante del Consorcio fue el señor Karl Lachner Johanning, todo lo anterior se muestra en la Carta de confirmación de participación y representación de la Propuesta, donde se evidencia que el señor Barrantes no está legitimado para actuar en nombre del consorcio. Agrega que si el Consorcio quería que el señor Carlos Barrantes Araya los representara, debieron consignarlo previamente en la oferta, expresar sus calidades y atestados exigidos en el documento base y esto no se hizo, razón por la cual considera que debe rechazarse el recurso. El **Consorcio recurrente** señaló que la Administración reconoce de manera clara y transparente que según el acuerdo consorcial cualquiera de los representantes de las empresas que lo conforman pueden suscribir, pues más allá de formularios o documentos formales lo importante, tal y como lo reconoce el propio PIMA es que el acuerdo consorcial habilita la representación de la firma Edica Limitada, lógicamente materializado por medio de la rúbrica de cualquiera de los apoderados con poder suficiente para suscribir documentos a nombre de dicha firma, tal y como consta desde la presentación de la oferta, en el documento donde tanto Carlos Barrantes como Karl Lachner cuentan con poderes suficientes para representar a Edica Limitada y por ende al Consorcio, es decir no se puede alegar que solo Karl Lachner es el apoderado de Edica, a los efectos indica que se aporta una nueva certificación de personería para ratificar que ambos pueden suscribir documentos a nombre de su representada. Solicita sea descartado este argumento y se tenga por acreditado que desde la oferta se demostró que cualquiera de los miembros del consorcio

podría representarlo y que jurídicamente Carlos Barrantes cuenta con la personería jurídica, que lo acredita como representante de Edica. **Criterio de la División**. En relación con el presente alegato es importante señalar que efectivamente el recurso de apelación interpuesto en esta sede se encuentra firmado por el Ingeniero Carlos Barrantes Araya en nombre del Consorcio Edica Stellar (folio 14 del expediente de apelación), que a criterio de la Administración no está legitimado para actuar en nombre del Consorcio apelante pues el representante legal designado es el señor Karl Lachner Johanning, según los términos de la información aportada en la oferta. Sin embargo, la Administración reconoce que en el Acuerdo de Consorcio se estableció que cualquier representante jurídico de las empresas que lo conforman puede actuar jurídicamente a su favor. Al respecto, esta Contraloría General tiene por acreditado con vista en la información contenida en el expediente administrativo del concurso, que en el documento Formulario PREC-1 Promesa de Consorcio, suscrito por los representantes legales de las empresas Edica Limitada y Stellar Group, Inc, se estableció como Representante Legal Designado para el Consorcio Edica-Stellar, al señor Karl Lachner Johanning (hecho probado 4), así como también, que en el Acuerdo Consorcial establecido por las empresas a efecto de participar en la presente licitación, se indicó que serían válidos todos los documentos que sean firmados por cualquier apoderado de cada de ellas, refiriéndose a las empresas que conforman el consorcio, tanto para documentos de oferta como para las garantías, firmados por uno o todos los representantes con absoluta validez y eficacia, quedando autorizados y con poder suficiente estos representantes legales para actuar durante la fase de formalización de ofertas, formalización y ejecución contractual (hecho probado 5). De manera que, el señor Carlos Barrantes Araya ocupa el cargo de la Gerencia General de la empresa Edica Limitada con facultades de representación judicial y extrajudicial (hecho probado 6) y por ende de conformidad con los términos del Acuerdo Consorcial, considera esta División que ostenta las facultades necesarias para actuar en nombre del consorcio, no obstante no sea el representante legal designado, pues es uno de los representantes autorizados con poder suficiente para suscribir las etapas de presentación de oferta, formalización y ejecución contractual, con lo cual entiende este órgano contralor que si podía obligar al mismo Consorcio en tales fases, bien podría también impugnar un acto final desfavorable. Así también, considera importante esta División destacar, que al momento de contestar la audiencia especial otorgada al Consorcio recurrente, la respuesta a dicha audiencia viene suscrita por el señor Karl Lachner Johanning, con lo cual este órgano contralor estima que cualquier discusión sobre la necesidad

de participación de ese representante queda solventada, por lo que es factible entender que no sólo está compareciendo en el proceso, sino que con ello confirma la voluntad de ejercer la acción recursiva -en los términos planteados-, en nombre del Consorcio Edica-Stellar. En virtud de los argumentos expuestos, el presente alegato planteado por la Administración **se declara sin lugar**, en el tanto no se ha demostrado que el suscribiente del recurso de apelación no ostente las facultades de representación necesarias para ejercer la acción recursiva de marras.-

**III.-Sobre la elegibilidad de la empresa adjudicataria Volio y Trejos Asociados S.A.** Señala el **Consorcio recurrente** que la empresa adjudicataria incumplió un requisito esencial de elegibilidad asociada a la experiencia mínima fijada en las reglas del concurso, de manera que no debió haber sido sometida al sistema de calificación. Manifiesta que el cartel estableció dentro de los criterios de evaluación el **Criterio No.2 Experiencia Específica afín al proceso (TEC-2)**, con la condición de que cumple o no cumple, de la siguiente manera:

<i>Criterio 2: Experiencia Específica afín al proceso de licitación</i>			
	<i>Evaluación</i>		
<i>Requisito</i>	<i>Entidad única</i>	<i>Consorcio</i>	<i>Documentación requerida</i>
<p><i>3 proyectos de construcción de obras similares realizados en los últimos quince (15) años, cuyos contratos de construcción en conjunto correspondan a montos facturados totales de USD\$40.000.000,00 o mayor:</i></p> <p><i>Entiéndase como obras similares, naves industriales destinadas a la ejecución de alguna de las siguientes funciones: recibo, preparación, almacenamiento y comercialización de productos destinados al consumo humano, que comprendan en su conjunto entre otros, los siguientes elementos: vías de circulación, parqueos, edificio administrativo, sistema de tratamiento de aguas, control de accesos, cámaras de refrigeración, instalaciones sanitarias, pluviales, agua potable, sistema contra incendios, con un área total construida igual o superior a los 25.000m<sup>2</sup>.</i></p>	<i>Cumple / No cumple</i>	<i>Cumple / No cumple</i>	<i>Formulario TEC-2 con sus respectivos anexos</i>

Agrega que esta experiencia debía ser respalda con el formulario TEC-2 que al pie indica: *“La información aquí suministrada debe completarse para cada una de las experiencias presentadas y deben*

estar respaldas por la copia del comprobante de las obras recibidas a entera satisfacción, el cual fue emitido por el contratante”. También, el punto 6.14 Perfil del oferente, el cartel reitera “Los interesados en participar en el presente concurso, deben tener amplia experiencia en la construcción y equipamiento de obras similares a las que se pretenden ejecutar. / Entiéndase como obras similares naves industriales destinadas a la ejecución de alguna de las siguientes funciones: recibo, preparación, almacenamiento y comercialización de productos destinados al consumo humano, que comprendan en su conjunto entre otros, los siguientes elementos: vías de circulación, parqueos, edificio administrativo, sistema de tratamiento de aguas, control de accesos, cámaras de refrigeración, instalaciones sanitarias, pluviales, agua potable, sistema contra incendios, con un área total construida igual o superior a los 25.000m<sup>2</sup>.”, y en la Aclaración No. 2, Consulta No. 4 la Administración respondió: “En concordancia directa con el proyecto que se pretende desarrollar, la naturaleza de este requerimiento pretende que los oferentes hayan realizado proyectos similares en los últimos 15 años, cuyo costo sea igual o superior a los \$40.000.000,00, en este mismo sentido es admisible presentar un solo proyecto siempre y cuando reúna estas condiciones y en materia de área debe poseer un desarrollo mínimo de 75.000m<sup>2</sup>.” A partir de lo anterior considera el recurrente que el requisito se cumple con: tres proyectos similares, realizados en los últimos 15 años, que la sumatoria de los proyectos sea igual o superior a los \$40 millones. Además que el concepto de “proyecto similar” no puede quedar abierto y por eso se establecieron los siguientes aspectos de verificación objetiva en el cartel: naves industriales, hechas para el recibo, preparación, almacenamiento y comercialización de productos destinados al consumo humano, que contenga vías de circulación, parqueos, edificio administrativo, sistema de tratamiento de aguas, control de accesos, cámaras de refrigeración, instalaciones sanitarias, pluviales, agua potable, sistema contra incendios, con un área total construida igual o superior a los 25.000m<sup>2</sup>, de manera que como lo señala el cartel se cumple o no con tales requerimientos. Al respecto, indica que la empresa adjudicataria presentó los siguientes proyectos:

Folio de expediente	Cliente	Proyecto	Precio	Metraje
2741-2742	Liga Agrícola Industrial de la Caña de Azúcar, S.A.	Construcción del Centro de Operaciones LAICA	US\$13.000.000,00	22.715m <sup>2</sup>
2739-2740	Corporación Supermercados Unidos, S.A.	Centro de Almacenamiento y Distribución de Productos (CEDI)	US\$21.000.000,00	53.300m <sup>2</sup>
2736-2737	Grupo TLA Logistics	Centro Distribución Grupo TLA	US\$12.600.000,00	25.469m <sup>2</sup>

Puntualmente sobre los proyectos anteriores señala: “-**Construcción del Centro de Operaciones de LAICA**: Este proyecto tiene solamente 22.715 m<sup>2</sup> y por ende no cumple con el requerimiento de al menos 25.000 m<sup>2</sup> que exigía el Cartel y además existe la duda si este contrato incluyó cámaras de refrigeración y planta de tratamiento, ambos considerados como elementos indispensables para considerar el contrato como "obra similar" objeto de aceptación de la Administración. / -**Centro de Almacenamiento y Distribución de Productos (CEDI)**: Este contrato incluido por la competencia como "obra similar" no fue ejecutado en forma completa por la empresa Volio y Trejos, ya que somos conocedores que por ejemplo la estructura metálica de la nave la ejecutó la empresa Construmetal, S.A., la cubierta de techos la ejecutó la empresa 1-Holland Roofing Costa Rica Ltda y las cámaras de refrigeración las ejecutó la empresa Hillphoenix Costa Rica, S. de RL, todas estas empresas fueron contratadas directamente por Corporación de Supermercados Unidos, S.A. no por Volio y Trejos Asociados, S,A, y por lo tanto la ejecución de estas obras no fueron hechas por Volio y Trejos pues fueron pagados directamente por el propietario, de manera que el contrato entre Volio y Trejos y Walmart no incluía dentro del alcance la ejecución de estos componentes que son elementos indispensables para considerar el contrato como "obra similar" objeto de aceptación de la Administración. Adicionalmente la empresa Volio y Trejos no presentó para esta obra la certificación por parte del Contratante de que la obra fue recibida a satisfacción, sino solamente una declaración jurada firmada por el representante de Volio y Trejos, y la Administración tampoco se la solicitó enmendar en el momento y por lo tanto esta obra no debería ser válida. / - **Centro de Distribución Grupo TLA**, este contrato incluyó la construcción de dos naves industriales, una para almacén fiscal y la otra para alquiler como lo indica el formulario TEC-2, pero no se visualiza en los documentos que en dichas naves se efectúe la "preparación" de productos destinados para consumo humano, además de que estas naves no cuentan con cámaras de refrigeración ni planta de tratamiento como lo requería el Cartel. Adicionalmente existe la duda del metraje indicada en la certificación que señala 25.469m<sup>2</sup>, pues en publicaciones hechas por la misma empresa Volio y Trejos en EL FINANCIERO del 11 al 17 de enero de 2016 se señala un metraje de 21.000 m<sup>2</sup> para este contrato y en la Revista de Grandes Obras de la Cámara Costarricense de la Construcción para el 2015 se indica un metraje de 21.360 m<sup>2</sup> para esta obra, siendo entonces que existe la incertidumbre si este contrato ejecutado por Volio y Trejos realmente tenía el metraje mínimo exigido en el Cartel.” Así las cosas concluye el recurrente que el requerimiento mínimo del cartel era 25.000m<sup>2</sup> (por proyecto), es decir para cada una de las tres obras similares, lo que guarda absoluta proporcionalidad con la obra a realizarse, así que debe valorarse si la oferta adjudicataria cumple con los requisitos consolidados en el cartel, de manera que no puede disimularse los graves incumplimientos que se han evidenciado, razón por la cual solicita que se tenga por violado el cartel y los principios de eficiencia y eficacia, para que se proceda con la

anulación del acto de adjudicación, ya que este requisito es uno de los parámetros que resguardan a la Administración para una adecuada ejecución contractual. En audiencia especial señaló que no es procedente introducir interpretaciones sobrevinientes no ajustadas al fondo y a la literalidad del pliego original, ya que ello no solo implica una ventaja indebida a un oferente que no cumplió con las condiciones cartelarias, sino que ahora se quiere soslayar la evidente desatención del cartel, lo que implica una desmejora del perfil del nivel cartelario, pues no hay duda que se requieren al menos tres proyectos similares, ejecutados en los últimos 15 años, que sumada su facturación sean al menos \$40 millones como primer criterio, pero luego exige adicionalmente que cada uno de ellos sea similar para lo cual debe ser nave industrial destinada a la ejecución de alguna de las funciones descritas (recibo, preparación, almacenamiento y comercialización de productos destinados al consumo humano), que comprendan en su conjunto los elementos señalados (vías de circulación, parqueos, edificio administrativo, sistema de tratamiento de aguas, control de accesos, cámaras de refrigeración, instalaciones sanitarias, pluviales, agua potable, sistema contra incendios y que tuviera un área igual o superior a 25.000 m<sup>2</sup>, considera que así de claro y contundente quedó fijado para todos las potenciales empresas oferentes. Agrega que también la Administración procedió a aclarar que la experiencia se podría acreditar con un solo proyecto similar, siempre y cuando este proyecto tuviera los 75.000 m<sup>2</sup>, pero en ningún momento en la aclaración se dice que también podía presentar proyectos menores a los 25.000m<sup>2</sup> y que sumados dieran ese metraje, eso no lo dice la aclaración, eso lo interpretan la Administración y la adjudicataria para tratar de justificar el incumplimiento de esta última, pues según esta sobreviniente explicación que ahora hacen, no importaría la magnitud del proyecto si la sumatoria alcanzaba los 75.000m<sup>2</sup>, ello sobre la falaz argumentación que una empresa pudo haber hecho proyectos pequeños no equivalentes al que ahora se licita. De esta forma, concluye que no es procedente argumentar que una firma es idónea si suma una experiencia acumulada, ya que se trata de conocer la capacidad de manejar proyectos de similar envergadura de los que ahora se concursan. Reitera el recurrente que es claro que la adjudicataria no cumple con el metraje solicitado para el Proyecto de Construcción del Centro de Operaciones de LAICA, así como con los otros proyectos, su representada trató de evidenciar inconsistencias y dudas que se presentaban con los proyectos, dado que los documentos que pueden confirmar o despejar dudas son documentos privados no aportados por el oferente y por principio de justicia en la distribución de la carga de la prueba le corresponde probar a la parte que esté en mejor condición de

hacerlo, sin embargo el adjudicatario omitió probar que los proyectos cumplen con todos los requisitos exigidos para ser considerados proyectos similares, es decir no ha aportado un documento idóneo para acreditar que los proyectos son de construcción de plantas de tratamiento y de cámaras de refrigeración, pues no es de recibo alegar que bastaba con cumplir algunos de los elementos. **La Administración**, indica que no es de recibo el argumento del recurrente en relación con que se haya avalado la oferta de la adjudicataria desconociendo las reglas establecidas en el Documento Base, obsérvese que el mismo recurrente hace referencia a la Aclaración No. 2 hecha por el Comité Ejecutivo de Concurso y que se puso en conocimiento de todas los oferentes debidamente notificada, que textualmente señala: *“En concordancia directa con el proyecto que se pretende desarrollar, la naturaleza de este requerimiento pretende que los oferentes hayan realizado proyectos similares en los últimos 15 años, cuyo costo sea igual o superior a los \$40.000.000,00, en este mismo sentido es admisible presentar un solo proyecto siempre y cuando reúna estas condiciones y en materia de área debe poseer un desarrollo mínimo de 75.000m<sup>2</sup>.”* Agrega que en síntesis la naturaleza del requerimiento busca que los oferentes posean experiencia en el desarrollo de obra similar a la que el PIMA pretende construir y en vista de las dudas surgidas en el proceso de obtención de ofertas se estableció mediante aclaración que el área total afín desarrollada en los proyectos es de 75.000m<sup>2</sup>, aspecto que se puede cumplir con una sola obra como se indica en la aclaración, se puede también cumplir en suma de las tres presentadas en este caso por la adjudicataria, no sin antes observar las características de las mismas. No obstante lo anterior, concluye la Administración que la etapa para reclamar la revisión de la oferta técnica está precluída. **La adjudicataria** por su parte manifestó en su defensa que el recurrente no cumple con la carga de la prueba, pues todos los argumentos encuentran sustento en “dudas” sobre el cumplimiento de la oferta de su representada. Manifiesta que en cumplimiento del Documento Base en relación con la Segunda Etapa Evaluación de la Oferta Técnica, Criterios 1 y 2 y la Aclaración No. 2, para efectos de cumplir con la experiencia requerida debía acreditarse: • 3 proyectos de construcción de obras similares realizados en los últimos 15 años, • Los tres contratos de construcción deben corresponder en conjunto a un monto facturado de US\$40 millones, • Por obras similares debe entenderse como naves industriales destinadas a la ejecución de alguna (no todas, como erróneamente lo indica el recurrente), de las siguientes funciones: (i) recibo, o, (ii) preparación, o, (iii) Almacenamiento y comercialización de productos destinados al consumo humano; • y la obra similar debe contener según sea la función ofertada:

Vías de circulación, parqueos, edificio administrativo, sistema de tratamiento de aguas, control de accesos, cámaras de refrigeración, instalaciones sanitarias, pluviales, agua potable, sistema contra incendios, así como un área total construida igual o superior a los 25.000m<sup>2</sup>. Al respecto, indica que su oferta sí cumple plenamente con los requerimientos señalados y en aplicación de los principios de eficiencia y eficacia debe prevalecer el contenido sobre la forma, para la consecución de los objetivos de la Administración. En relación con los proyectos puntualmente se refiere a cada uno de la siguiente manera: 1) Proyecto Construcción del Centro de Operación LAICA, señala que la interpretación que sostiene el recurrente en cuanto al área total construida (25.000m<sup>2</sup>) es incorrecta, pues la interpretación que de los criterios de evaluación de la experiencia sostuvo el PIMA están cubiertos por la discrecionalidad administrativa y de acuerdo a la aclaración realizada se pretende que el oferente tenga experiencia en obras similares cuya área total sea de 75.000m<sup>2</sup>, pudiendo ser acreditado con una sola obra o en su defecto con la suma de los tres proyectos, en su caso los tres proyectos suman y alcanzan el área total de construcción en 101.484m<sup>2</sup>, de manera que cumple con el requisito. Sobre el alegato de que el proyecto no incluye cámaras de refrigeración ni planta de tratamiento, indica que lo que el Documento Base exige es que los proyectos contengan determinados requisitos según la función ofertada, de ahí que no es necesario que contenga todos los requisitos de la lista, si no los que resulten aplicables, por lo que es claro que el incumplimiento señalado es inexistente y debe ser desestimado. 2) Proyecto Centro de Almacenamiento y Distribución de Productos (CEDI), procede a aclarar las dudas del recurrente sobre si la obra fue ejecutada en su totalidad por su representada y que además no consta la certificación de recibido a satisfacción sino solo una declaración jurada. Al respecto, acredita puntualmente con la siguiente documentación: “• Documento de “LOGÍSTICA CONSTRUCTIVA” para el Proyecto Centro de Almacenamiento y Distribución de Productos (CEDI), mediante el que acredita la dirección de construcción que realizó VOLIO & TREJOS para esa obra con el total de las actividades de construcción del proyecto. (PRUEBA N. 2) / • Certificación de Notario Público en la que se hace constar que, según el “FINIQUITO DE CONTRATO” suscrito con Corporación de Supermercados Unidos, S.A., “LIQUIDACIÓN FINANCIERA DE CONTRATO A PRECIO FIJO DEL PROYECTO CD COYOL, ALAJUELA - CONTRATISTA CONSTRUCCIÓN OBRA CIVIL Y ELECTROMECAÁNICA”, el costo final del Proyecto Centro de Almacenamiento y Distribución de Productos (CEDI) es de ¢10.402.548.199. (No se aporta el Finiquito de Contrato en razón de que el mismo está cubierto por un contrato de confidencialidad) (PRUEBA N. 3). / • Certificación

emitida por NOVATECNIA (empresa contratada por Walmart para la gerencia del proyecto) en la que se hace constar: (i) el rol asumido por VOLIO & TREJOS en el proyecto; y, (u) que el proyecto se recibió a conformidad por parte del cliente. (PUEBA N.4) / • Certificación de Notario Público de los "CERTIFICADOS DE ACEPTACIÓN DE OBRAS DE CEDI-WALMART" para el Proyecto Centro de Almacenamiento y Distribución de Productos (CEDI) ejecutado por VOLIO & TREJOS. (PRUEBA N. 5) / • Certificación de Notario Público de los "CERTIFICADOS DE TERMINACIÓN BÁSICA Y CONTROL DE PENDIENTES DE CEDI-WALMART" para el Proyecto Centro de Almacenamiento y Distribución de Productos (CEDI) ejecutado por VOLIO & TREJOS. (PRUEBA N. 6) / • Certificación emitida por NOVATECNIA (empresa contratada por Walmart para la gerencia del proyecto) en la que se hace constar: (1) el rol asumido por VOLIO & TREJOS en el proyecto; y, (u) que el proyecto se recibió a conformidad por parte del cliente. (PUEBA N.4)” Agrega la adjudicataria que toda esta documentación es subsanable, pues se trata de hechos históricos, que no generan ninguna ventaja indebida, ya que la Administración está en posibilidad de comprobar su preexistencia, sin que ello implique quebrando al principio de igualdad, concluye que queda claro que el supuesto incumplimiento no existe. 3) Proyecto Centro de Distribución Grupo TLCA, manifiesta que el recurrente alega dudas sobre el área de construcción, al respecto se aporta: “• Plano Esquemático del Proyecto Centro de Distribución Grupo TLA con total de áreas construidas, en el que se acredita que el total corresponde a de 25.469 m<sup>2</sup>. (PRUEBA N. 7) / • Adicionalmente, aportamos certificación emitida por el propietario del Centro de Distribución Grupo TLA, mediante la que se hace constar que VOLIO & TREJOS en su condición de Contratista General, realizó la construcción del Proyecto Centro de Distribución Grupo TLA, cuya área total de construcción es de 25.469 m<sup>2</sup>. Asimismo, se aclara que, el uso de las instalaciones construidas, en su totalidad, lo fue en estricto apego a las condiciones solicitadas en el cartel, para uso de instalaciones logísticas para alimentos de consumo humano. (PRUEBA N. 8)” Con lo anterior, queda claro que el incumplimiento es inexistente y el recurso debe ser desestimado. **Criterio de la División.** El Programa Integral de Mercadeo Agropecuario (PIMA), promovió la presente licitación pública internacional con el objetivo de contratar la construcción y equipamiento del Mercado Regional Mayorista de la Región Chorotega (hecho probado 1), contratación que se adjudicó a la empresa Volio y Trejos por un monto de \$38.950.000,00 (hechos probados 2 y 3). Al respecto, se tiene que el Consorcio recurrente pretende se declare la inadmisibilidad de la empresa adjudicataria, pues considera que ésta no cumple con los parámetros de admisibilidad para la evaluación de la

experiencia específica afín al proceso de licitación requerida como mínima en el cartel, y ataca los tres proyectos aportados por la adjudicataria para cumplir con este criterio de evaluación. Para resolver los alegatos expuestos en este punto esta División considera necesario partir de lo que el Documento Base de la licitación de marras al respecto solicitó, de manera que en el Punto B. Segunda Etapa de Evaluación de la Oferta Técnica, el documento dispuso de varios criterios de evaluación, a saber: 1. Experiencia General afín al proceso (TEC-1); 2. Experiencia Específica afín al proceso (TEC-2); 3. Experiencia del personal clave propuesto (TEC-3 y TEC-4); 4. Plan de Trabajo y Cronograma de Ejecución de la Obra (TEC-6); 5. Organización Técnica y Administrativa (TEC-7); 6. Equipo necesario para la ejecución de las obras y 7. Subcontratistas Previstos, todos estos aspectos con una condición de Cumple / No cumple (folios 138, y 138 vuelto del expediente administrativo). Así las cosas, los alegatos planteados versan exclusivamente en relación con el Criterio No. 2. Experiencia Específica afín al proceso (TEC-2), para el cual los oferentes debían cumplir con los siguientes parámetros:

<i>Criterio 2: Experiencia Específica afín al proceso de licitación</i>			
	<i>Evaluación</i>		
<i>Requisito</i>	<i>Entidad única</i>	<i>Consortio</i>	<i>Documentación requerida</i>
<p><i>3 proyectos de construcción de obras similares realizados en los últimos quince (15) años, cuyos contratos de construcción en conjunto correspondan a montos facturados totales de USD\$40.000.000,00 o mayor:</i></p> <p><i>Entiéndase como obras similares, naves industriales destinadas a la ejecución de alguna de las siguientes funciones: recibo, preparación, almacenamiento y comercialización de productos destinados al consumo humano, que comprendan en su conjunto entre otros, los siguientes elementos: vías de circulación, parqueos, edificio administrativo, sistema de tratamiento de aguas, control de accesos, cámaras de refrigeración, instalaciones sanitarias, pluviales, agua potable, sistema contra incendios, con un área total construida igual o superior a los 25.000m<sup>2</sup>.</i></p>	<i>Cumple / No cumple</i>	<i>Cumple / No cumple</i>	<i>Formulario TEC-2 con sus respectivos anexos</i>

(folio 138 vuelto del expediente administrativo). Así también, el Documento Base dispuso la siguiente aclaración a la cláusula anterior: *“Aclaración No. 2 / Consulta No. 04 / En concordancia directa con el proyecto que se pretende desarrollar, la naturaleza de este requerimiento pretende que los oferentes hayan realizado proyectos similares en los últimos 15 años, cuyo costo sea igual o superior a los \$40.000.000,00, en este mismo sentido es admisible presentar un solo proyecto siempre y cuando reúna estas condiciones y en materia de área debe poseer un desarrollo mínimo de 75.000m<sup>2</sup>.”* (folios 800 a 798 del expediente administrativo). Por su parte, tanto la Administración como la empresa adjudicataria sostienen una lectura del documento base, en el sentido de que a partir de la aclaración realizada en la que se amplió el área mínima a 75.000m<sup>2</sup>, esta condición se puede cumplir también con la sumatoria del área de los tres proyectos acreditados, bajo esta la empresa adjudicataria sobrepasaría este mínimo requerido. Al respecto, esta División considera viable la lectura que realizan tanto la Administración licitante como la empresa adjudicataria, en el sentido de que el Documento Base se establecen las siguientes pautas: **a)** acreditar 3 proyectos de construcción de obras similares realizadas en los últimos 15 años (no una cantidad abierta como ha pretendido la Administración), **b)** que la sumatoria de dichos contratos correspondan a \$40.000,00 o más, **c)** que se considera obra similar naves industriales destinadas a la ejecución de alguna de las siguientes funciones: recibo, preparación, almacenamiento y comercialización de productos destinados al consumo humano, **d)** que en conjunto comprendan –entre otros- los siguientes elementos: vías de circulación, parqueos, edificio administrativo, sistema de tratamiento de aguas, control de accesos, cámaras de refrigeración, instalaciones sanitarias, pluviales, agua potable, sistema contra incendios, y **e)** un área total construida igual o superior a los 25.000m<sup>2</sup>. Sobre este último aspecto si bien no indica que ésta área debe ser la mínima requerida para cada uno de los proyectos, basados en la lectura de la Aclaración No. 2, donde se estableció que el requisito de experiencia puede ser cumplido por un solo proyecto que cumpla con todos los requisitos y además un área de 75.000m<sup>2</sup>, resulta viable considerar que esa área mínima se puede cumplir con la sumatoria de las áreas de cada uno de los tres proyectos acreditados, como así también lo permite la cláusula para el monto mínimo sumado de los \$40.000.000,00 y el cumplimiento en conjunto de las otras características de la obra similar, de manera que se pueda acreditar el cumplimiento de determinadas características en un proyecto y otras en otro proyecto, pues el cartel no es tan explícito en determinar puntualmente que estos requisitos deban ser cumplidos en cada uno de los proyectos que se aporten para calificar la experiencia. Esta lectura se hace en aplicación

de los principios de conservación y eficiencia, reconociendo que frente a una redacción que puede ser confusa, debe estarse a una mayor conservación de las ofertas presentadas. En ese sentido, no se discute que la redacción posiblemente pudo ser más clara en los términos que ahora reclama el Consorcio apelante, pero tampoco objetó la cláusula, la que ciertamente no indica en ninguna parte que no puede sumarse los metros cuadrados de los proyectos para alcanzar la totalidad del área requerida. De esa forma, conforme esta interpretación, se resolverá los alegatos puntuales que el recurrente expone para cada uno de los proyectos de experiencia aportados por la empresa adjudicataria: i) Proyecto de Construcción del Centro de Operaciones de LAICA: lo que alega el recurrente en este proyecto es que el área no cumple con los 25.000m<sup>2</sup> mínimos que solicitó el cartel para cada uno de los tres proyectos, en razón de que el adjudicatario reportó que el proyecto tiene un área de 22.715 m<sup>2</sup> y además le asiste una duda si este contrato incluyó cámaras de refrigeración y planta de tratamiento, ambos considerados como elementos indispensables para considerar el contrato como obra similar. Ahora bien, conforme la lectura del cartel que se ha expuesto y en consideración al principio de eficiencia, el área total mínima requerida en el cartel (75.000m<sup>2</sup>) se puede acreditar en el caso de la adjudicataria con la sumatoria del área de los proyectos aportados en la oferta, que en este caso corresponde a: 22.715m<sup>2</sup>, el Proyecto Centro de Distribución Walmart: 53.300m<sup>2</sup> y el Proyecto Centro de Distribución Grupo TLA: 25.469m<sup>2</sup>, lo que en suma corresponde a un área de 101.484m<sup>2</sup>, la cual supera el mínimo de área que se debe entender, -75.000m<sup>2</sup>. (hecho probado 7). No obstante lo anterior, y considerando la lectura que realiza el recurrente en cuanto a que el área mínima de 25.000m<sup>2</sup>, estrictamente debe ser un parámetro aplicable a cada proyecto, la diferencia de 2.285m<sup>2</sup> que presenta el área del proyecto acreditado con el parámetro mínimo, no es un tema que se haya planteado ni en los argumentos expuestos en el recurso, ni en el desarrollo del presente procedimiento, pues se echa de menos en los alegatos esgrimidos por el recurrente, ni cuando atendió la audiencia especial en los que se refirió a la interpretación que realiza la Administración y la adjudicataria del cumplimiento de este requisito, que se demostrara que esa diferencia efectivamente puede implicar inexperiencia de la oferta adjudicada en términos constructivos relacionados con proyectos de similar envergadura al presente. En la audiencia final ha referido sobre el tema la diferencia con la medida de 25.000 m<sup>2</sup> pero tampoco ha desarrollado esa relevancia; en otras palabras no ha logrado demostrar el recurrente la trascendencia del incumplimiento, lo que esa diferencia de metraje en únicamente en este proyecto, significa o impacta en la valoración de la experiencia afín a este proyecto,

para no poder ser considerada una experiencia válida. En todo caso, este órgano contralor ha estimado que el cartel del concurso permitió una lectura distinta según se ha expuesto ampliamente, por lo que se estima que no lleva razón el recurrente y procede a declarar el alegato planteado sobre este punto, **sin lugar**. ii) Sobre el CEDI y el Centro de Distribución Grupo TLA. Ahora bien, en relación con los otros dos proyectos textualmente el recurrente en el recurso indicó: *“-Centro de Almacenamiento y Distribución de Productos (CEDI). Este contrato incluido por la competencia como "obra similar" no fue ejecutado en forma completa por la empresa Volio y Trejos, ya que somos concedores que por ejemplo la estructura metálica de la nave la ejecutó la empresa Construmetal, S.A., la cubierta de techos la ejecutó la empresa 1-Holland Roofing Costa Rica Ltda y las cámaras de refrigeración las ejecutó la empresa Hillphoenix Costa Rica, S. de RL, todas estas empresas fueron contratadas directamente por Corporación de Supermercados Unidos, S.A. no por Volio y Trejos Asociados, S,A, y por lo tanto la ejecución de estas obras no fueron hechas por Volio y Trejos pues fueron pagados directamente por el propietario, de manera que el contrato entre Volio y Trejos y Walmart no incluía dentro del alcance la ejecución de estos componentes que son elementos indispensables para considerar el contrato como "obra similar" objeto de aceptación de la Administración. Adicionalmente la empresa Volio y Trejos no presentó para esta obra la certificación por parte del Contratante de que la obra fue recibida a satisfacción, sino solamente una declaración jurada firmada por el representante de Volio y Trejos, y la Administración tampoco se la solicitó enmendar en el momento y por lo tanto esta obra no debería ser válida. / - Centro de Distribución Grupo TLA, este contrato incluyó la construcción de dos naves industriales, una para almacén fiscal y la otra para alquiler como lo indica el formulario TEC-2, pero no se visualiza en los documentos que en dichas naves se efectúe la "preparación" de productos destinados para consumo humano, además de que estas naves no cuentan con cámaras de refrigeración ni planta de tratamiento como lo requería el Cartel. Adicionalmente existe la duda del metraje indicada en la certificación que señala 25.469m2, pues en publicaciones hechas por la misma empresa Volio y Trejos en EL FINANCIERO del 11 al 17 de enero de 2016 se señala un metraje de 21.000 m2 para este contrato y en la Revista de Grandes Obras de la Cámara Costarricense de la Construcción para el 2015 se indica un metraje de 21.360 m2 para esta obra, siendo entonces que existe la incertidumbre si este contrato ejecutado por Volio y Trejos realmente tenía el metraje mínimo exigido en el Cartel.”* En primer término, respecto de los argumentos expuestos sobre el CEDI, estima este órgano contralor que los incumplimientos imputados no se encuentran debidamente fundamentados, pues el Consorcio recurrente se enfoca en indicar que las obras de este proyecto no fueron realizadas en su totalidad por la adjudicataria, circunstancia que dice “conocer”, pero no aportó ninguna prueba que sustente el alegato, simplemente según indica advierte de la situación. No obstante, para efectos de impugnar un acto final se hace necesario

que se aporte la prueba que desvirtúe esa presunción de validez y no simples suposiciones; por ejemplo recurriendo a certificación de proyectos del respectivo Colegio Profesional o eventuales notas de los supuestos contratistas del proyecto; en la medida que la presunción pueda ponerse en discusión con una prueba contundente. Ahora bien, respecto del proyecto del Grupo TLA, expone que no visualiza que se haya cumplido con la indicación de que la construcción es destinada a la preparación de productos para el consumo humano, cámaras de refrigeración ni planta de tratamiento, además de tener dudas sobre el área del mismo fundadas en determinada publicación que se realizó sobre el proyecto. Sobre estos argumentos, considera esta División que los mismos carecen de fundamentación, pues no se aportó prueba fehaciente que determine el incumplimiento en relación con los elementos que debe tener la obra para considerarse similar. En este sentido se retoma lo que anteriormente se expuso en el proyecto de LAICA, en relación con que de la lectura del cartel se puede determinar que el cumplimiento de las funciones y elementos que deben contemplar los proyectos para considerarse una obra similar, se pueden acreditar en conjunto, de manera que en el caso de estos últimos dos proyectos, no ha logrado demostrar el Consorcio apelante que los mismos no se puedan considerar como válidos. En ese sentido, debe hacerse hincapié en que se ha interpretado que el cartel requirió ciertamente como obras similares naves industriales destinadas a la ejecución de alguna de las siguientes funciones: recibo, preparación, almacenamiento y comercialización de productos destinados al consumo humano y que en conjunto comprendan –entre otros- los siguientes elementos: vías de circulación, parqueos, edificio administrativo, sistema de tratamiento de aguas, control de accesos, cámaras de refrigeración, instalaciones sanitarias, pluviales, agua potable, sistema contra incendios; por lo que no se aprecia que fuera indispensable que se cumpliera con todos los elementos como pareciera pretenderse por el Consorcio apelante. De esa forma, no se puede concluir tampoco que se esté incumpliendo el cartel por los cuestionamientos que se hace a las cámaras de refrigeración y planta de tratamiento en el caso del CEDI o todos los elementos como se cuestiona el caso del Centro de Distribución de TLA. En contraste, la empresa adjudicataria cuando manifestó su defensa, aportó una serie de documentos probatorios que describe textualmente: “• Documento de *"LOGÍSTICA CONSTRUCTIVA"* para el Proyecto Centro de Almacenamiento y Distribución de Productos (CEDI), mediante el que acredita la dirección de construcción que realizó VOLIO & TREJOS para esa obra con el total de las actividades de construcción del proyecto. (PRUEBA N. 2) / • Certificación de Notario Público en la que se hace constar que, según el *"FINIQUITO DE CONTRATO"* suscrito con

Corporación de Supermercados Unidos, S.A., "LIQUIDACIÓN FINANCIERA DE CONTRATO A PRECIO FIJO DEL PROYECTO CD COYOL, ALAJUELA - CONTRATISTA CONSTRUCCIÓN OBRA CIVIL Y ELECTROMECAÁNICA", el costo final del Proyecto Centro de Almacenamiento y Distribución de Productos (CEDI) es de ¢10.402.548.199. (No se aporta el Finiquito de Contrato en razón de que el mismo está cubierto por un contrato de confidencialidad) (PRUEBA N. 3). / • Certificación emitida por NOVATECNIA (empresa contratada por Walmart para la gerencia del proyecto) en la que se hace constar: (i) el rol asumido por VOLIO & TREJOS en el proyecto; y, (u) que el proyecto se recibió a conformidad por parte del cliente. (PUEBA N.4) / • Certificación de Notario Público de los "CERTIFICADOS DE ACEPTACIÓN DE OBRAS DE CEDI-WALMART" para el Proyecto Centro de Almacenamiento y Distribución de Productos (CEDI) ejecutado por VOLIO & TREJOS. (PRUEBA N. 5) / • Certificación de Notario Público de los "CERTIFICADOS DE TERMINACIÓN BÁSICA Y CONTROL DE PENDIENTES DE CEDI-WALMART" para el Proyecto Centro de Almacenamiento y Distribución de Productos (CEDI) ejecutado por VOLIO & TREJOS. (PRUEBA N. 6) / • Certificación emitida por NOVATECNIA (empresa contratada por Walmart para la gerencia del proyecto) en la que se hace constar: (1) el rol asumido por VOLIO & TREJOS en el proyecto; y, (u) que el proyecto se recibió a conformidad por parte del cliente. (PUEBA N.4)", documentación que no fue desacreditada por el recurrente, no obstante que mediante la audiencia respectiva se le brindó la oportunidad procesal para referirse a estos aspectos, pero simplemente se limitó a manifestar que con la documentación no pudo acreditar el adjudicatario que cumplía con todos los requerimientos del Documento Base. De manera que tomando en consideración lo expuesto, los alegatos planteados sobre estos dos proyectos, **se declaran sin lugar** por falta de fundamentación y elementos probatorios idóneos, para determinar que los proyectos no puedan ser considerados como experiencia afín a este proyecto. De conformidad con el artículo 191 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se omite pronunciamiento sobre cualquier otro extremo por considerarse no práctico para la resolución del caso.-----

#### **POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 84 y 86 de la Ley de Contratación Administrativa; 190 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por el **Consorcio Edica Stellar** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública 2016LI-000001-0001600005** promovida por el **Programa Integral de Mercadeo Agropecuario (PIMA)** para la "Construcción y Equipamiento del Mercado Regional Mayorista de la Región Chorotega de Costa Rica", acto recaído a favor

de la empresa **Volio y Trejos Asociados S.A.**, por un monto de \$38.950.000,00 (treinta y ocho millones novecientos cincuenta mil dólares exactos), **acto el cual se confirma.** 2) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----

**NOTIFÍQUESE.** -----

Edgar Herrera Loaiza  
**Gerente de División a.i**

Elard Gonzalo Ortega Pérez  
**Gerente Asociado**

Marlene Chinchilla Carmiol  
**Gerente Asociada**

Estudio y redacción: Rebeca Bejarano Ramírez, Fiscalizadora.

RBR/chc

NN: 08220 (DCA-1529)

Cl: Archivo Central.

NI: 11241, 11665, 11741, 11698, 13090, 13138, 13943, 15103, 15115, 15740.

G: 2016002893-5