



SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

**DIRECCIÓN GENERAL DE CONTROVERSIAS
Y SANCIONES EN CONTRATACIONES
PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 432/2009

**AGUAS MEJORADAS PARA INSUMOS Y RIEGO,
S.A. DE C.V.**

VS

**H. AYUNTAMIENTO DE APATZINGÁN,
MICHOACÁN**

RESOLUCIÓN No. 115.5.

México, Distrito Federal, a diecinueve de febrero del dos mil diez.

Visto para resolver los autos del expediente al rubro citado, y

RESULTANDO

PRIMERO.- Por escrito recibido en esta Secretaría el **veintiséis de octubre del dos mil nueve**, por el que el **C. JORGE ASALI SERIO**, en su carácter de representante legal de la empresa **AGUAS MEJORADAS PARA INSUMOS Y RIEGO, S.A. DE C.V.**, se inconformó en contra de actos **del H. AYUNTAMIENTO DE APATZINGÁN, MICHOACÁN**, derivados de la licitación pública nacional **No. 45311001-001-09** convocada para la **CONSTRUCCIÓN DE 1ERA ETAPA DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES EN LA LOCALIDAD DE APATZINGÁN, MUNICIPIO DE APATZINGÁN, ESTADO DE MICHOACAN DE OCAMPO.**

SEGUNDO.- Mediante acuerdo No. 115.5.1706 del **veintiocho de octubre del dos mil nueve** (fojas 080 a 082), esta unidad administrativa tuvo por recibida la inconformidad de mérito, reconoció la personalidad del promovente y tuvo por autorizados el domicilio y personas señaladas en el escrito de impugnación.

Por otra parte, se solicitó a la convocante rindiera su informe previo en el que indicara el origen, naturaleza y monto económico de la licitación, estado del procedimiento de licitación, datos de los terceros perjudicados, e informara si existió la presentación de ofertas conjuntas, además se le corrió traslado del escrito inicial y sus anexos a la convocante a efecto de que rindiera informe circunstanciado y remitiera la información conducente del procedimiento de licitación impugnado.

TERCERO.- Por oficio recibido en esta Dirección General el **diecinueve de noviembre del dos mil nueve** (fojas 085 a 086), la convocante informó que los recursos de la licitación de que se trata son parcialmente federales provenientes del “**Fondo Concursable para Tratamiento de Aguas Residuales**”, indicando que el monto adjudicado de la licitación es de \$ 45, 653,101.26 (cuarenta y cinco millones, seiscientos cincuenta y tres mil, ciento un pesos 26/100 m.n.), indicando que la obra se encontraba en proceso de ejecución.

CUARTO.- Mediante oficio recibido en esta Dirección General el **diecinueve de noviembre del dos mil nueve** (fojas 096 a 116), la convocante rindió informe circunstanciado de hechos y exhibió la documentación soporte del asunto en cuestión.

QUINTO.- Por acuerdo del **veinte de noviembre del dos mil nueve** (fojas 117 y 118) esta autoridad tuvo por recibido el informe circunstanciado de hechos rendido por la convocante, poniéndolo a disposición de las partes para que se impusieran del mismo en las instalaciones de esta autoridad.

SEXTO.- Mediante proveído del **veinte de noviembre del dos mil nueve** (fojas 119 a 121) esta autoridad requirió a la convocante para que precisara el carácter federal de los recursos de la licitación impugnada y señalara el ramo del Presupuesto de Egresos de la Federación al que pertenecen.

Asimismo, se corrió traslado del escrito de inconformidad y sus anexos, a la empresa **CONSTRUCCIONES Y URBANIZACIONES OCHOA, S.A. DE C.V.**, en su carácter de tercero interesado para que manifestara lo que a su derecho conviniera.

SÉPTIMO.- Por oficio No. 205-2009 (fojas 123 a 124), la convocante informó que los recursos autorizados para la licitación controvertida provienen del “**Fondo Concursable para Tratamiento de Aguas Residuales**”, los cuales son entregados por la Comisión Nacional del Agua con cargo al Ramo 16 del Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2009.



SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y
SANCIONES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 432/2009

RESOLUCION No. 115.5.

-3-

En consecuencia esta autoridad mediante acuerdo **No. 115.5.258** admitió a trámite la inconformidad de cuenta y acordó respecto de las pruebas ofrecidas por la empresa actora y de la convocante, y abrió periodo de alegatos, teniendo por cerrada la instrucción del asunto una vez fenecido el plazo para rendirlos (fojas 139 a 140) .

CONSIDERANDOS

PRIMERO. Competencia.- Esta autoridad es competente para conocer y resolver la presente instancia, en términos de los artículos 26 y 37, fracciones VIII, XVI y XXVII, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; 1º fracción VI, y Título Séptimo, Capítulo Primero, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; y 62, fracción I, numeral 1 del Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de abril del 2009, así como del artículo 1, fracción III, inciso e), del Acuerdo por el que se adscriben orgánicamente las unidades administrativas de la Secretaría de la Función Pública y se establece la subordinación jerárquica de servidores públicos previstos en el citado Reglamento, que en su parte conducente dispone: *“Artículo Primero.- Se adscriben orgánicamente las unidades administrativas correspondientes a la Secretaría de la Función Pública de la siguiente manera: [...] III. A la Subsecretaría de Atención Ciudadana y Normatividad: [...] e) Dirección General de Controversias y Sanciones en Contrataciones Públicas”* publicado en dicho medio de difusión oficial el veintinueve de mayo de dos mil nueve, en ese orden, corresponde a esta dependencia del Ejecutivo Federal, por conducto de la Dirección General de Controversias y Sanciones en Contrataciones Públicas, recibir, tramitar y resolver las inconformidades que formulen los particulares con motivo de los actos de las entidades federativas **con cargo total o parcial a fondos federales** que contravengan las disposiciones que rigen las materias objeto de la citada ley de contratación pública, hipótesis que se actualiza en términos de los informes rendidos por la convocante en donde señala:

OFICIO NO. 2199-2009 (FOJA 085).

“...1.- Origen y naturaleza de los recursos económicos.

Los recursos asignados a esta Licitación corresponden al Programa Fondo Concursable para Tratamiento de Aguas Residuales, los cuales contienen recursos federales, estatales y municipales...”

OFICIO NO. 205-2009 (FOJA 0123).

“...1. Origen y naturaleza de los recursos económicos.

Los recursos asignados a esta Licitación corresponden al Ramo 16 Medio Ambiente y Recursos Naturales que se encuentra dentro del apartado B correspondiente a los Ramos Administrativos de acuerdo al Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2009, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de noviembre del 2008 y donde señala en el Anexo 18 los programas sujetos a reglas de operación en el cual figura el Programa Fondo Concursable para Tratamiento de Aguas Residuales y en el anexo 29 los recursos destinados al programa hidráulico con la partida destinada para el Estado de Michoacán, los cuales contienen recursos federales, que fueron convenidos con la Comisión Nacional del Agua...”

SEGUNDO.- Procedencia de la Instancia. El artículo 83 de la de Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, otorga el derecho a los licitantes para impugnar actos del procedimiento de contratación que contravengan las disposiciones que rigen las materias objeto de la Ley aludida, siendo que la fracción III del dispositivo legal en cita, establece diversos actos susceptibles de impugnación, entre ellos, el acto de fallo condicionando la procedencia de la inconformidad a que se haya presentado propuesta en el concurso controvertido.

En el caso en particular:

- a) El inconforme señala como acto impugnado, el acto de fallo de adjudicación del **dieciséis de octubre del dos mil nueve** (foja 046 a 053), y
- b) Su representada presentó propuesta para el concurso de cuenta, tal y como se advierte de la revisión al acta de



SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y
SANCIONES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 432/2009

RESOLUCION No. 115.5.

-5-

presentación y apertura de ofertas del concurso controvertido
(fojas 032 a 035).

Por consiguiente resulta inconcuso que se satisfacen los extremos del artículo 83, fracción III, de la Ley de la materia, siendo procedente la vía que se intenta por el promovente.

TERCERO.- Oportunidad. El plazo para interponer la inconformidad contra el acto de fallo se encuentra regulado en la fracción III, del artículo 83 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la cual a la letra dice, lo siguiente:

“Artículo 83.- La Secretaría de la Función Pública conocerá de las inconformidades que se promuevan contra los actos de los procedimientos de licitación pública o invitación a cuando menos tres personas que se indican a continuación:

...III. El acto de presentación y apertura de proposiciones, y el fallo.

En este caso, la inconformidad sólo podrá presentarse por quien hubiere presentado proposición, dentro de los seis días hábiles siguientes a la celebración de la junta pública en la que se dé a conocer el fallo, o de que se le haya notificado al licitante en los casos en que no se celebre junta pública....”

Así las cosas dicha fracción establece respecto del acto de fallo, que la inconformidad podrá ser presentada dentro de los seis días hábiles siguientes a la celebración de junta pública en que se dé a conocer el fallo controvertido o bien de que al licitante se le haya notificado éste.

Precisado lo anterior, si la junta pública en que se dio a conocer el fallo del concurso que nos ocupa (foja 046) tuvo verificativo el día **dieciséis de octubre del dos mil nueve**, el término de **seis días hábiles** para inconformarse transcurrió del **diecinueve al veintiséis de octubre del dos mil nueve**, sin contar los días **diecisiete, dieciocho, veinticuatro y veinticinco del mes de octubre** por ser inhábiles. Por lo que al haberse presentado el escrito de inconformidad que nos ocupa el **veintiséis de octubre del dos**

mil nueve, como se acredita con el sello de recepción que se tiene a la vista (foja 001), es evidente que el escrito a estudio fue promovido en tiempo y forma por la empresa actora.

CUARTO.- Legitimación. La instancia es promovida por parte legítima, en virtud de que la empresa **AGUAS MEJORADAS PARA INSUMOS Y RIEGO, S.A. DE C.V.**, tiene el carácter de licitante, ya que participó en el procedimiento de contratación presentando propuesta según se desprende de la atenta lectura del acto de presentación y apertura de ofertas del concurso impugnado (foja 032) condición que es suficiente de conformidad con lo dispuesto por el texto del artículo 83 fracción III, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, para reconocerle interés legítimo para promover la impugnación que nos ocupa.

Es conveniente precisar que de autos se desprende que el **C. JORGE ASALI SERIO**, acreditó su personalidad para actuar en nombre de la empresa hoy inconforme en su carácter de administrador único de la referida empresa, mediante la exhibición de la escritura pública No. 1,733 pasada ante la fe del Notario Público No. 138 de México, D.F. (fojas 011 a 030).

QUINTO.- Antecedentes del Asunto. Para mejor comprensión del presente asunto, se relatan los siguientes antecedentes:

1. El **H. AYUNTAMIENTO DE APATZINGÁN**, convocó el **veintinueve de septiembre del dos mil nueve** la licitación pública nacional **No. 45311001-001-09** para la **CONSTRUCCIÓN DE 1ERA ETAPA DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES EN LA LOCALIDAD DE APATZINGÁN, MUNICIPIO DE APATZINGÁN, ESTADO DE MICHOACAN DE OCAMPO.**
2. El **cinco de octubre del dos mil nueve** se realizó la visita a la obra.
3. El **seis de octubre del dos mil nueve**, tuvo verificativo la junta de aclaraciones a las bases del concurso.



SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y
SANCIONES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 432/2009

RESOLUCION No. 115.5.

-7-

4. El acto de presentación y apertura de propuestas se celebró el **trece de octubre del dos mil nueve**.

5. El **dieciséis de octubre del dos mil nueve**, se emitió fallo, determinando adjudicar la obra licitada a la empresa **CONSTRUCCIONES Y URBANIZACIONES OCHOA**.

Las documentales en que obran los antecedentes reseñados tienen pleno valor probatorio, en términos de los artículos 197 y 202 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la materia según lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

SEXTO.- Hechos motivo de inconformidad.- La promovente plantea como motivos de inconformidad los expresados en el escrito de impugnación (fojas 001 a 009), mismos que no se transcriben en su totalidad por cuestiones de economía procesal, principio recogido en el artículo 13 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, sirviendo de apoyo lo establecido en la tesis de jurisprudencia que a continuación se cita:

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. EL JUEZ NO ESTÁ OBLIGADO A TRANSCRIBIRLOS. El hecho de que el Juez Federal no transcriba en su fallo los conceptos de violación expresados en la demanda, no implica que haya infringido disposiciones de la Ley de Amparo, a la cual sujeta su actuación, pues no hay precepto alguno que establezca la obligación de llevar a cabo tal transcripción; además de que dicha omisión no deja en estado de indefensión al quejoso, dado que no se le priva de la oportunidad para recurrir la resolución y alegar lo que estime pertinente para demostrar, en su caso, la ilegalidad de la misma.” Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VII, Abril de 1998, Tesis VI. 2º.J/129, Página 599.”

Para efectos de un mejor análisis del escrito de impugnación que nos ocupa, a continuación se enuncian los motivos de inconformidad expuestos por la empresa actora, para posteriormente entrar al estudio de cada uno de ellos.

En ese orden de ideas, tenemos que el inconforme en el escrito que dio origen a la presente instancia, sustancialmente plantea lo siguiente:

a) La convocante desechó la propuesta de su representada en contravención a la Ley de la Materia, ya que el impuesto sobre nómina (ISN) sí se previó en el Documento AT-11 “Cálculo del Factor del Salario Real”.

b) Las causas de desechamiento relativas a que el impuesto sobre nómina (ISN) no se incluyó en el documento AE-16 “Cargos Adicionales” y en el AE-17 “Análisis Detallado de Precios Unitarios”, resultan infundadas ya que lo correcto era considerarlas al calcular el factor del salario real.

SÉPTIMO. Análisis de los motivos de inconformidad.- A juicio de esta autoridad administrativa, de la revisión efectuada a las constancias que integran el expediente en que se actúa, se determina que **es infundada la inconformidad** promovida por la empresa **AGUAS MEJORADAS PARA INSUMOS Y RIEGO, S.A. DE C.V.**, por las razones que a continuación se exponen.

Por cuestión de orden, esta autoridad procede al examen conjunto de los agravios señalados en el considerando **SEXTO** anterior bajo los incisos **a) y b)**, dada la estrecha relación que guardan los mismos, sirviendo de apoyo a lo anterior el criterio emitido por los Tribunales Colegiados, que a continuación se cita:

“AGRAVIOS. EXAMEN DE LOS. *Es obvio que ninguna lesión a los derechos de los quejosos pueda causarse por la sola circunstancia de que los agravios se hayan estudiado en su conjunto, esto es, englobándolos todos ellos, para su análisis, en*



SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y
SANCIONES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 432/2009

RESOLUCION No. 115.5.

-9-

*diversos grupos: ha de admitirse que lo que interesa no es precisamente la forma como los agravios sean examinados, en su conjunto, separando todos los expuestos en distintos grupos o bien uno por uno y en el propio orden de su exposición o en orden diverso, etc.; lo que importa es el dato substancial de que se estudien todos, de que ninguno quede libre de examen, **cualesquiera que sea la forma que al efecto se elija.**” Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VIII – Julio, Página: 122.*

A fin de realizar un adecuado estudio de los motivos de inconformidad que nos ocupa, es pertinente establecer cuales fueron los requisitos establecidos en la convocatoria de la licitación por la convocante respecto al contenido del **Documento AE-16 “Desglose de cargos adicionales”** y del **Documento AE-17 “Análisis detallado de precios unitarios de los conceptos de obra señalados en el catalogo de conceptos y cantidades de obra...”**. Disponen en lo que aquí interesa la convocatoria concursal así como el acta de junta de aclaraciones, lo siguiente:

CONVOCATORIA DE LICITACIÓN (FOJA 077, ANEXO UNO, EXPEDIENTE)

“...6.4 PROPUESTA ECONÓMICA:...

...AE-16 Desglose de cargos adicionales por Inspección y Vigilancia por parte de la Secretaria de la Función Publica.

ANÁLISIS DETALLADO DE PRECIOS UNITARIOS

AE-17 Análisis detallado de precios unitarios de los conceptos de obra señalados en el catalogo de conceptos y cantidades de obra, indicando lugar, fecha de presentación de propuesta, razón social del licitante, obra, especificación, unidad, clave, nombre y firma del representante legal, los cuales serán elaborados con base en los alcance de los concepto de trabajo, **Las Especificaciones Generales de la Construcción de la Secretaria de Comunicaciones y Transportes, las Normas de Control de Calidad de los Materiales de la Secretaria de Comunicaciones y Transporte, así como la Normativa de la Comisión Nacional del Agua y las que considere en su**

momento la Dependencia. , y las especificaciones particulares de la obra...”

GUÍA DE LLENADO DE CONVOCATORIA (FOJAS 216 A 218, 226, 227 Y 229 , ANEXO UNO EXPEDIENTE; PÁGINAS 87, 88, 89, 97, 98 Y 100 DE DICHA GUÍA)

“... AE-16 DESGLOSE DE CARGOS ADICIONALES POR INSPECCIÓN Y VIGILANCIA POR PARTE DE LA SECRETARIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

CARGOS ADICIONALES

Los cargos adicionales son las erogaciones que debe realizar el contratista, por estar convenidas como obligaciones adicionales o porque derivan de un impuesto o derecho que se cause con motivo de la ejecución de los trabajos y que no forman parte de los costos directos e indirectos y por financiamiento, ni del cargo por utilidad.

Únicamente quedarán incluidos, aquellos cargos que deriven de ordenamientos legales aplicables o de disposiciones administrativas que emitan autoridades competentes en la materia, como impuestos locales y federales y gastos de inspección y supervisión.

Los cargos adicionales no deberán ser afectados por los porcentajes determinados para los costos indirectos y de financiamiento ni por el cargo de utilidad.

Estos cargos deberán adicionarse al precio unitario después de la utilidad, y solamente serán ajustados cuando las disposiciones legales que les dieron origen, establezcan un incremento o decremento para los mismos...

“... DETERMINACION DE CARGO POR IMPUESTO SOBRE NOMINA

2% (dos por ciento) CARGOS POR IMPUESTO SOBRE NOMINA (ISN)

$$\text{IMPORTE DE ISN} = \frac{(\text{FSBC}) (\text{MO}) (\text{ISN})}{\text{FSRP}}$$

IMPORTE DE ISN = \$

PORCENTAJE DE ISN = % (2% DE LA SUMA TOTAL)

TOTAL DE CARGOS ADICIONALES

PORCENTAJE TOTAL DE CARGOS ADICIONALES = SECRETARIA DE LA FUNCION PUBLICA + ISN = %...



SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y
SANCIONES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 432/2009

RESOLUCION No. 115.5.

-11-

**“...AE-17 ANÁLISIS DETALLADO DE PRECIOS UNITARIOS
DE LOS CONCEPTOS DE OBRA SEÑALADOS EN EL
CATALOGO DE CONCEPTOS Y CANTIDADES DE OBRA, ...**

“...Los Cargos Adicionales

Los cargos adicionales son las erogaciones que debe realizar “**EL CONTRATISTA**”, por estar convenidas como obligaciones adicionales o porque derivan de un impuesto o derecho que se cause con motivo de la ejecución de los trabajos y que no forman parte de los costos directos e indirectos y por financiamiento, ni del cargo por utilidad.

Únicamente quedarán incluidos, aquellos cargos que deriven de ordenamientos legales aplicables o de disposiciones administrativas que emitan autoridades competentes en la materia, como impuestos locales y federales y gastos de inspección y supervisión, como son:

El 5/1000 (cinco al millar) por concepto de derechos por la prestación del servicio de Inspección, Vigilancia y Control de los trabajos de las obras y servicios que realiza la Secretaria de la Función Publica y el 2% (dos por ciento) por concepto del Impuesto Sobre Nomina (ISN)

Los cargos adicionales no deberán ser afectados por los porcentajes determinados para los costos indirectos y de financiamiento ni por el cargo de utilidad.

Estos cargos deberán adicionarse al precio unitario después de la utilidad, y solamente serán ajustados cuando las disposiciones legales que les dieron origen, establezcan un incremento o decremento para los mismos

Los cargos adicionales son las erogaciones que debe realizar “**EL CONTRATISTA**”, por estar convenidas como obligaciones adicionales o porque derivan de un impuesto o derecho que se cause con motivo de la ejecución de los trabajos, únicamente quedarán incluidos, aquellos cargos que deriven de ordenamientos legales aplicables o de disposiciones administrativas que emitan autoridades competentes en la materia, como impuestos locales y federales y gastos de inspección y supervisión, estos no deberán ser afectados por los porcentajes determinados para los costos indirectos y de financiamiento ni por el cargo de utilidad, por lo deberán adicionarse al precio unitario después de la utilidad....”

“... ANÁLISIS DE PRECIO UNITARIO

| | |
|---|----------------------------|
| MATERIALES | SUBTOTAL 1 |
| MANO DE OBRA | SUBTOTAL 2 |
| MAQUINARIA, EQUIPO Y HERRAMIENTA | SUBTOTAL 3 |
| <hr/> | |
| A= | COSTO DIRECTO 1+2+3 |
| B= | COSTO INDIRECTO _____%A |
| C= | SUMA DE A + B |
| D= | COSTO FINANCIERO _____%C |
| E= | SUMA DE C + D |
| F= | CARGO POR UTILIDAD _____%E |
| G= | SUMA DE E + F |
| H= | CARGOS ADICIONALES _____%A |
| <hr/> | |

PRECIO UNITARIO =G+H...”

JUNTA DE ACLARACIONES (FOJA 335 , ANEXO UNO, EXPEDIENTE)

“...EMPRESA: AGUAS MEJORADAS PARA INSUMOS Y RIEGO, S.A. DE C.V.

PREGUNTA NO. AMIR 1 DE 3...**PREGUNTA DEL CONTRATISTA:** EN RELACIÓN AL IMPUESTO SOBRE NÓMINA (ISN), LA PREGUNTA ES: ¿EL CÁLCULO DEL ISN SE PUEDE REALIZAR EN EL ANÁLISIS DEL FACTOR DEL SALARIO REAL, SIMULADO COMO PRESTACIÓN, YA QUE EN LA TARJETA DE ANÁLISIS DEL PRECIO UNITARIO HARÍA EL CARGO SOBRE TODOS LOS CONCEPTOS (M. DE O., MATERIALES, MAQUINARIA, ETC.)?

...RESPUESTA DE LA DIRECCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS:

SE TIENE QUE APEGAR AL FORMATO DE GUÍA DE LLENADO DE ACUERDO A LAS HOJAS 88 Y 89...”



SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y
SANCIONES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 432/2009

RESOLUCION No. 115.5.

-13-

De los puntos de convocatoria antes transcritos y preguntas de juntas de aclaraciones relacionadas con los mismos, se colige que los licitantes estaban obligados a considerar en su oferta lo siguiente:

- a) Incluir el impuesto sobre nómina (2%) en la relación de **cargos adicionales** de la propuesta económica, misma que se contemplaba en el **Documento AE-16 “Desglose de cargos adicionales”**.

- b) Una vez obtenido el porcentaje de cargos adicionales, tomando en cuenta el impuesto sobre nómina (2%), debían aplicarlo en los precios unitarios requeridos en el **Documento AE-17 “Análisis detallado de precios unitarios de los conceptos de obra señalados en el catálogo de conceptos y cantidades de obra...”**.

Una vez determinadas cuáles fueron las condiciones de participación respecto del **Documento AE-16 “Desglose de cargos adicionales”** y del **Documento AE-17 “Análisis detallado de precios unitarios de los conceptos de obra señalados en el catálogo de conceptos y cantidades de obra...”**, es pertinente reproducir en lo que aquí interesa, el fallo de la licitación controvertida, en donde se señalaron las causas de desechamiento de la empresa actora (foja 348, anexo uno, expediente):

“... DICTAMEN PARA :

LA PROPUESTA DE LA EMPRESA AGUAS MEJORADAS PARA INSUMOS Y RIEGO, S.A. DE C.V. CON UN IMPORTE DE \$ 38'158,621.50 SIN IVA...

... AGUAS MEJORADAS PARA INSUMOS Y RIEGO, S.A. DE C.V. UNA VEZ EFECTUADA A DETALLE, Y EVALUADA SU PROPUESTA SE OBSERVA QUE EN EL DOCUMENTO AE-16 NO CALCULA EL ISN, EN

EL DOCUMENTO AE-17 EN LAS TARJETAS DE P.U. NO APLICA EL ISN, POR LO ANTERIOR NO ASEGURA LAS MEJORES CONDICIONES PARA EL H. AYUNTAMIENTO DE APATZINGÁN, EN CUANTO A PRECIO, CALIDAD, FINANCIAMIENTO, OPORTUNIDAD Y DE MÁS CIRCUNSTANCIAS PERTINENTES.

POR LO ANTERIOR, SE DESECHA LA PROPUESTA DE LA EMPRESA AGUAS MEJORADAS PARA INSUMOS Y RIEGO, S.A. DE C.V. CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ARTÍCULO 40 DEL REGLAMENTO DE LA LOPSRM Y LA CLAÚSULA DÉCIMA DE LA CONVOCATORIA A LA LICITACIÓN...”

Habiendo hecho las anteriores precisiones esta autoridad arriba a la conclusión de que los motivos de inconformidad que nos ocupan resultan **infundados**, por las razones que continuación se exponen.

En efecto, el promovente en su escrito de impugnación señala que (fojas 001 a 009) las causas de desechamiento de la oferta de su representada son contrarias a derecho, ya que en la propuesta sí se contempló el impuesto sobre nómina en el documento Documento AT-11 “Cálculo del Factor del Salario Real”, señalando que en dicho documento debía hacerse el cálculo de ese impuesto por estar aplicado a la mano de obra a utilizar en el proyecto. Afirma, asimismo que el haber incluido el referido impuesto en los Documentos AE-16 y AE-17 hubiera implicado hacer un doble cálculo del mismo.

Al respecto se determina por esta resolutoria que dichos argumentos devienen infundados en razón de que como ya se acreditó con anterioridad en el presente considerando, el impuesto sobre nómina del 2% debía ser considerado por los licitantes como un cargo adicional y por tanto ser calculado dentro del **Documento AE-16 “Desglose de cargos adicionales”**, y no en el **Documento AT-11 “Cálculo del Factor del Salario Real”** como erróneamente hizo el licitante, lo anterior tomando en consideración lo requerido para el **Documento AE-16** en las páginas 87 a 89 de la Guía de llenado anexa a la convocatoria de la licitación de cuenta (fojas 216 a 218, anexo uno, expediente).



SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y
SANCIONES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 432/2009

RESOLUCION No. 115.5.

-15-

En ese sentido cabe destacar que el propio promovente reconoce en su escrito de impugnación que (foja 006): “...**El ISN se calculó dentro del documento identificado como AT-11 Cálculo del Factor del Salario Real adjuntado a la propuesta económica, mismo que se exhibe como Anexo Cinco del presente escrito...**”, por tanto dicha aseveración constituye prueba plena en su contra, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 95 y 200 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria en la materia, y acredita por tanto que el multicitado impuesto sobre nómina fue indebidamente cotizado en el **Documento AT-11 “Cálculo del Factor del Salario Real”** cuando debió ser analizado e incluido en el **Documento AE-16 “Desglose de cargos adicionales”** al tenor de lo exigido en la convocatoria concursal. Dichos preceptos a la letra dicen:

Artículo 95.- *La confesión puede ser expresa o tácita: expresa, la que se hace clara y distintamente, ya al formular o contestar la demanda, ya absolviendo posiciones, o en cualquier otro acto del proceso; tácita, la que se presume en los casos señalados por la ley.*

Artículo 200 *Los hechos propios de las partes, aseverados en la demanda, en la contestación o en cualquier otro acto del juicio, harán prueba plena en contra de quien los asevere, sin necesidad de ofrecerlos como prueba.*

Confirma lo anterior, el hecho de que de la revisión a la propuesta del inconforme esta autoridad advierte (foja 920, anexo uno, expediente) que en su **Documento AE-16** únicamente incluye para formar el porcentaje de cargo adicional el derecho de vigilancia e inspección del 5 al millar que se le otorga a la Secretaría de la Función Pública, **siendo omisa la empresa actora en considerar el impuesto sobre nómina como cargo adicional** tal y como era requerido en bases de licitación.

En esa tesitura es pertinente señalar que el hecho de que la empresa inconforme no haya previsto como cargo adicional el referido impuesto de nómina impacta toda la

oferta, en especial el **Documento AE-17 “Análisis detallado de precios unitarios de los conceptos de obra señalados en el catalogo de conceptos y cantidades de obra...”**. Lo anterior en razón de que el porcentaje de **cargos adicionales** obtenido en el **Documento AE-16** debía ser aplicado en la formulación de todos y cada uno de los precios unitarios. Tal es así que la convocante dentro de la Guía de llenado de la convocatoria, respecto al **Documento AE-17**, incluyó un apartado referente a los cargos adicionales en donde definió claramente en su página 98 (foja 227, anexo uno, expediente) que entre ellos debía ser considerado el **impuesto sobre nómina** junto con los derechos de vigilancia e inspección.

Así las cosas, la empresa inconforme debió contemplar como cargo adicional en su propuesta económica el impuesto sobre nómina (ISN), a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 189 del Reglamento de la Ley de la Materia, en cuyo texto se define que los **cargos adicionales** son las **erogaciones que debe realizar el contratista y que derivan de un impuesto o derecho que se causa con motivo de la ejecución de los trabajos**. Entre ellos quedan incluidos los cargos que deriven de ordenamientos legales aplicables como **impuestos locales**, caso en el cual se encuentra el multicitado impuesto de nómina.

Asimismo, no debe perderse vista, que los precios unitarios de conformidad con el artículo 159 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, se integran entre otras cuestiones, por los **cargos adicionales**, por lo que un cálculo de estos últimos en forma errónea impacta no sólo en la integración de los precios unitarios sino en toda la propuesta económica, provocando que la misma sea insolvente.

En consecuencia y al tenor de lo expuesto, es evidente que la convocante al evaluar y desechar la oferta de la empresa actora se ajustó a lo previsto por los artículos 31, fracción XXIII, y 38, primer párrafo, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y 37, apartado A, fracción II, inciso a de su Reglamento, los cuales establecen que será causa de descalificación las señaladas expresamente en la convocatoria de licitación y que afecten la solvencia de las ofertas, que las dependencias y entidades al hacer la evaluación de las proposiciones, deben verificar



SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y
SANCIONES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 432/2009

RESOLUCION No. 115.5.

-17-

que las mismas cumplan con todos y cada uno de los requisitos solicitados en la convocatoria concursal, y que deberá verificar en las propuesta económica que los análisis de los precios unitarios estén analizados correctamente, en el caso que nos ocupa, que la empresa inconforme haya estructurado los cargos adicionales **incluyendo el impuesto sobre nómina**. Establecen en lo que aquí interesan los referidos preceptos legales, lo siguiente:

LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS.

***Artículo 31.** La convocatoria a la licitación pública, en la cual se establecerán las bases en que se desarrollará el procedimiento y en las cuales se describirán los requisitos de participación, deberá contener:....*

XXIII. Señalamiento de las causas expresas de desechamiento, que afecten directamente la solvencia de las proposiciones...

*“... **Artículo 38.** Las dependencias y entidades para hacer la evaluación de las proposiciones, deberán verificar que las mismas cumplan con los requisitos solicitados en la convocatoria a la licitación...”*

REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS.

*“... **Artículo 37.-** Para la evaluación económica de las proposiciones se deberán considerar, entre otros, los siguientes aspectos:*

***A.** Tratándose de proposiciones que consideren precios unitarios además se deberá verificar:...*

...II. Verificar que el análisis, cálculo e integración de los precios unitarios, se haya realizado de acuerdo con lo establecido en este Reglamento, debiendo revisar:

a. Que los análisis de los precios unitarios estén estructurados con costos directos, indirectos, de financiamiento, cargo por utilidad y cargos adicionales...

Asimismo, la actuación de la convocante se apegó a lo previsto en la convocatoria, en sus cláusulas **CUARTA “Motivos de descalificación”** y **DÉCIMA “Motivos para desechar propuestas durante el análisis y revisión detallada de las propuestas”** **numerales 10, 12, 16, 29 y 40**, en donde se señala de manera expresa que sería causal de descalificación de los licitantes: el no cumplir con lo requerido en la convocatoria de licitación; que los documentos se presentaran incompletos; que la oferta contravenga la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas así como su Reglamento y que los precios unitarios no sean estructurados conforme a lo requerido en el Reglamento de la Ley de la Materia. Dichos puntos señalan textualmente, lo siguiente (fojas 69, 86 a 090, anexo uno, expediente):

“...CUARTA.- MOTIVOS DE DESCALIFICACION.

Será causa de descalificación el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en esta Convocatoria a la Licitación. Así como la comprobación de que algún licitante ha acordado con otro u otros elevar los precios de los trabajos, o cualquier otro acuerdo que tenga como fin obtener una ventaja sobre los demás licitantes...”

“... DÉCIMA.- MOTIVOS PARA DESECHAR PROPUESTAS DURANTE EL ANALISIS Y REVISIÓN DETALLADA DE LAS PROPUESTA

“EL AYUNTAMIENTO” sin perjuicio de la aceptación que haga de las propuestas y sus documentos anexos, para su análisis y revisión detallada, posteriormente al acto de presentación y apertura de propuestas, podrá desechar aquellas propuestas de los licitantes que durante el análisis y revisión detallada de las mismas, no cumplan con los requisitos establecidos en la convocatoria a la licitación, por omitir documentos o requisitos exigidos en las en la presente o no presentar los documentos completos o no contenga la información completa solicitada en la convocatoria a la licitación, la falta de lo anterior faculta a “EL AYUNTAMIENTO” a partir de las causas y motivos de rechazo, dictaminar y fundamentar el desecho de la propuesta con base en la “LEY” y su “REGLAMENTO”. Por las siguientes causas y motivos:

...10.- Cuando presenten incompleto u omitan presentar cualquier documento o dato solicitado por “EL AYUNTAMIENTO” en la convocatoria a la licitación...

...12.- Cuando propongan alternativas que modifiquen las condiciones establecidas por “EL AYUNTAMIENTO” en la convocatoria a la licitación y sus anexos y conforme a las cuales se desarrollará la licitación y la obra....



SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y
SANCIONES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 432/2009

RESOLUCION No. 115.5.

-19-

... 16.- Cuando se detecte cualquier contravención a la “LEY” y su “REGLAMENTO” o a cualquiera de la cláusulas de la Convocatoria a la Licitación....

...29.- Cuando los precios unitarios presentados, no sean estructurados conforme a lo estipulado en el Capítulo Sexto Sección I, II, III, IV, V, VI del “REGLAMENTO” y de acuerdo con lo establecido en la cláusula Vigésima Primera de la convocatoria a la licitación....

40.- En general, será causa de rechazo de la propuesta, el incumplimiento de cualquiera de los requisitos establecidos en la convocatoria a la licitación, cuando no contengan los documentos requeridos completos, o que hayan omitido cualquier requisito o datos que no satisfagan los requisitos determinados en la convocatoria a la licitación, anexos y formatos...”

Se destaca que el cumplimiento a los requisitos y condiciones fijadas en la convocatoria del concurso, **no queda sujeto a la voluntad o interpretación de los particulares**, sino que su cumplimiento resulta forzoso para los licitantes a efecto de no ser sujetos de descalificación en términos de los citados artículos 31, fracción XXIII, y 38, primer párrafo, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, debiendo considerarse que prevalece el interés del Estado sobre el de los particulares, puesto que es a aquél al que deben asegurarse las mejores condiciones disponibles de contratación.

Sustenta lo anterior, la siguiente Tesis que se reproduce en lo que aquí interesa:

LICITACIÓN PÚBLICA. EL CUMPLIMIENTO DE SUS BASES ES REQUISITO INDISPENSABLE PARA ANALIZAR LAS OFERTAS Y ADJUDICAR EL CONTRATO RESPECTIVO. Las bases o pliego de condiciones constituyen un conjunto de cláusulas preparadas unilateralmente por la administración pública, destinadas tanto a la formulación del contrato a celebrar como a su ejecución, ya que detallan en forma circunstanciada el objeto del contrato, su regulación jurídica y los derechos y obligaciones de las partes, es decir, incluyen por un lado condiciones específicas de tipo jurídico, técnico y económico, las cuales se traducen en verdaderas disposiciones jurídicas reglamentarias en cuanto a que regulan el procedimiento licitatorio en sí, y por otro lado, incluyen cláusulas especiales que constituyen

disposiciones específicas, de naturaleza contractual, relativas a los derechos y obligaciones del convocante, oferentes y adjudicatarios.Asimismo, las bases obligan a los oferentes hasta el momento en que son descartadas o desechadas sus propuestas, y siguen obligando al adjudicatario, con el contrato mismo, por lo que su modificación o violación, sería una infracción al contrato que se llegue a firmar, ya que las bases de la licitación son la fuente principal del derecho y obligaciones de la administración y de sus contratistas, y por ello sus reglas deben cumplirse estrictamente, en cumplimiento al principio pacta sunt servanda... 4. Presentación de ofertas. En esta fase los interesados que satisfagan los términos de la convocatoria respectiva tendrán derecho a presentar sus proposiciones y, para ello deberán tener cuidado en su preparación, ya que de la redacción, confección y presentación de la oferta, depende que sea aceptada. Las ofertas deben reunir tres requisitos a saber: a) subjetivos, que se refieren a la capacidad jurídica para contratar de la persona que presenta la oferta; b) objetivos, que se refieren al contenido de la oferta, de acuerdo a lo que establecen las bases; y, c) formales, que se refieren a la confección de la oferta, misma que debe ser en forma escrita, firmada, clara e incondicionada, secreta y debe ser presentada en el lugar y fecha que se haya indicado en la convocatoria.. Octava Época Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA, ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIV, Octubre de 1994, Tesis: I. 3o. A. 572 A, Página: 318. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 1283/94. EMACO, S.A. de C.V. 14 de julio de 1994. Mayoría de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Jacinto Juárez Rosas.

Por lo que respecta al derecho de audiencia otorgado a la empresa **CONSTRUCCIONES Y URBANIZACIONES OCHOA, S.A. DE C.V.**, en su carácter de tercero interesado en el presente asunto al resultar adjudicada en la licitación controvertida, no es necesario emitir pronunciamiento alguno sobre el particular toda vez que sus derechos no se ven afectados con el sentido de la presente resolución.

La presente resolución se sustentó en las probanzas documentales anexadas por la empresa accionante en su escrito recibido en esta Dirección General el **veintiséis de octubre del dos mil nueve**, respecto de las cuales, con fundamento en el artículo 50 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, 197, 202 y 203 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se les otorga valor probatorio en cuanto a su contenido con las cuales no acredita que la actuación de la convocante haya contravenido la normatividad de la materia, probanzas que se desahogaron por su propia y especial naturaleza, de conformidad con el acuerdo del **dos de febrero del dos mil diez**.



SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y
SANCIONES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 432/2009

RESOLUCION No. 115.5.

-21-

También se sustentó la resolución que nos ocupa en las documentales ofrecidas por la convocante en oficio recibido en esta Dirección General el **diecinueve de noviembre del dos mil nueve**, probanzas que se desahogaron por su propia y especial naturaleza conforme al acuerdo del **dos de febrero del dos mil diez**, mismas que con fundamento en los artículos 50 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, y 197, 202, 203 y demás relativos y aplicables del Código Adjetivo invocado, se les da valor probatorio en cuanto a la existencia de su contenido.

De conformidad con lo ya expuesto, esta autoridad arriba a la conclusión que la inconformidad planteada deviene infundada, en virtud de la ineficacia jurídica de los motivos de inconformidad esgrimidos por el promovente.

Por lo tanto, con fundamento en todos y cada uno de los preceptos jurídicos invocados, es de resolverse y se:

RESUELVE

PRIMERO: Con fundamento en el artículo 92, fracción II, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, se determina infundada la inconformidad descrita en el Resultando **PRIMERO**, de conformidad con las consideraciones vertidas en el cuerpo de la presente resolución.

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 92, último párrafo, de la Ley de de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la presente resolución puede **ser impugnada por los particulares** mediante el recurso de revisión previsto por el Título Sexto, Capítulo Primero de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, o bien impugnarla ante las instancias jurisdiccionales competentes.



SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y
SANCIONES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 432/2009

RESOLUCION No. 115.5.

-23-

“En términos de lo previsto en los artículos 13, 14, 18 y demás conducentes en lo relativo a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en esta versión se suprimió la información considerada como reservada o confidencial en concordancia con el ordenamiento citado.”