**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Modalidad de selección – Contratista**

[…] la selección del contratista de obra pública puede desarrollarse a través de: i) licitación pública «regla general»; ii) selección abreviada, que aplica «cuando el valor de la obra está en el rango de la menor cuantía de la entidad estatal y cuando se trata de Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional»; iii) contratación directa, que «sólo aplica cuando se trate de urgencia manifiesta o (…) la contratación del sector defensa y seguridad nacional que requiera reserva»; y iv) mínima cuantía, aplicable «cuando el valor de la obra está en el rango de la mínima cuantía de la Entidad Contratante».

**DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad**

Los «Documentos Tipo», según el artículo 2.2.1.2.6.1.2 del Decreto 1082 de 2015, «contienen parámetros obligatorios para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública que adelanten procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte», los que no pueden ser modificados por parte de las entidades estatales, en lo concerniente con «las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación», tal y como lo establece el artículo 2.2.1.2.6.1.4. *ibidem*.

**PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD – Manifestaciones – Precios artificialmente bajos**

Una de las manifestaciones del principio de responsabilidad, según el artículo 26, numeral 6º, de Ley 80 de 1993, es que los contratistas respondan cuando formulen propuestas en las que fijan condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas, con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

**RECHAZO DE LA OFERTA – Precios artificialmente bajos – Imposibilidad – Rechazo de la oferta – Sin requerir información al proponente**

[…] dentro de las causales de rechazo previstas en el «Documento Base», contenidas en la Sección 1.15, se encuentran, entre otras, la siguiente: «cuando el ordenador del gasto determine que el valor total de la oferta es artificialmente bajo, de acuerdo con lo establecido en la sección 4.1.3». De todos modos, la entidad no podrá rechazar la oferta si no ha requerido al oferente para que justifique el valor, pues, según lo establecido en el artículo 2.2.1.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, el rechazo de la oferta procede cuando las explicaciones del proponente son insuficientes o insatisfactorias.

**PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS – Noción**

Según la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el precio artificialmente bajo es aquel que, por un lado, resulta artificioso, disimulado o falso y, por el otro, no tiene sustento o fundamento en relación con su estructuración dentro del tráfico comercial. En efecto, en sentencia del 4 de junio de 2008 , la referida corporación judicial expresó: «El denominado “precio artificialmente bajo” de que trata la Ley 80, es aquel que resulta artificioso o falso, disimulado, muy reducido o disminuido, pero además, que no encuentre sustentación o fundamento alguno en su estructuración dentro del tráfico comercial en el cual se desarrolla el negocio, es decir, que dicho precio no pueda ser justificado y por lo tanto, la Administración estaría imposibilitada para admitirlo, so pena de incurrir en violación de los principios de transparencia, equilibrio e imparcialidad que gobiernan la actividad contractual y como parte de ella, el procedimiento de la licitación […]».

**PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS – Información requerida – Criterios de identificación**

Para determinar si la oferta contiene «precios artificialmente bajos», la entidad debe contar con la siguiente información: i) promedio del valor de las ofertas; ii) mediana del valor las ofertas; iii) desviación estándar del valor de las ofertas; iv) diferencia entre el costo estimado del contrato y el promedio o mediana del valor de las ofertas; v) diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el promedio del valor de las ofertas; vi) diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el costo estimado del contrato; y vii) la información histórica de ofertas y contratos del objeto del proceso de contratación.

**PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS – Criterios de comparación**

La entidad puede elegir entre la comparación absoluta y la comparación relativa, según su criterio. La primera se obtiene al contrastar el valor de cada oferta con el costo estimado de la provisión del bien o servicio, de acuerdo con en el estudio del sector. En este evento, cuando se reciben menos de cinco (5) ofertas, se debe solicitar aclaración a los proponentes cuyas ofertas sean menores en un 20%, o un mayor porcentaje en relación con el coste estimado por la entidad estatal. La segunda, corresponde a la «comparación de cada oferta con las demás presentadas».

**PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS – Metodología – Identificación – Más de cinco (5) ofertas**

Se sugiere a las entidades aplicar la siguiente metodología para identificar ofertas con «precios artificialmente bajos», en aquellos procesos en los que hay más de cinco (5) ofertas: Tomar el conjunto de ofertas a evaluar. 2. Calcular la mediana, o dependiendo de la dispersión de los datos el promedio, del valor de cada oferta o de cada ítem dentro de la oferta. 3. Calcular la desviación estándar del conjunto. 4. Determinar el valor mínimo aceptable.

**PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS – Criterios de aplicación – Metodología propuesta**

La mediana se calcula ordenando los valores de mayor a menor y tomando el valor de la oferta en la mitad de la lista. Si el número de ofertas es par, caso en el cual no habrá una oferta «en la mitad», se toman los dos valores del medio y se suman y dividen en dos. Posteriormente calcula la desviación estándar, utilizando la siguiente fórmula, en la que el valor n es el número de ofertas:



El valor mínimo aceptable será igual a la mediana menos la desviación estándar. De todos modos, dicho valor puede ser diferente al obtenido con la anterior metodología, dependiendo de la información y los datos con los que cuenten las entidades. Esto es así porque las entidades pueden o no acoger la metodología explicada, toda vez que la Guía no es de obligatorio cumplimiento para las entidades; es una orientación o lineamiento para sus procesos contractuales.

**PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS – Deber – Entidad – Identificación**

[…] identificada la oferta con «precios artificialmente bajos», en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015, la entidad debe: i) solicitar aclaración a los proponentes; ii) analizar las explicaciones obtenidas; y iii) decidir «si continúa con la evaluación de la oferta porque la explicación demuestra la habilidad del proponente para cumplir adecuadamente con el contrato con los precios ofrecidos o rechazar la oferta si la explicación no sustenta los valores ofrecidos».

**PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS – Forma – Oportunidad – Requerimiento – Información al proponente**

El reglamento determina la forma y el momento para requerir a los proponentes para que justifiquen el precio ofertado: en el momento de la evaluación del precio. La determinación de tales asuntos, en ese sentido, le corresponde a cada entidad pública, para lo cual debe tener presentes las particularidades de cada modalidad de selección de contratistas, partiendo de la base de que la entidad solo podrá pedir explicaciones al proponente cuando conozca su oferta económica. Por ejemplo, en los procesos de licitación de obra pública la entidad únicamente conoce la oferta económica cuando da apertura al «Sobre No 2».

**PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS – Deber –** **Comunicar – Requerimiento al proponente**

El requerimiento debe ser comunicado al proponente por el medio que la entidad considere más eficaz e idóneo, de acuerdo con el caso y las circunstancias particulares de la información objeto de requerimiento, pudiendo acudir a mensajes electrónicos y otros de similar informalidad. Por ejemplo, en el concepto del 7 de noviembre de 2019 –radicado No. 2201913000008288–, esta Agencia avaló en abstracto la idoneidad de una llamada telefónica para comunicar el requerimiento al oferente. Lo dicho significa que la entidad estatal no tiene la obligación de notificar dicho requerimiento al proponente, pues el mismo es un acto de trámite y no uno definitivo.

**PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS – Oportunidad – Requerimiento**

La ley y el reglamento tampoco establecen el término que se debe otorgar a los proponentes para que expliquen el precio ofertado. En consecuencia, este es un asunto que también queda a la discrecionalidad de la entidad. Sin embargo, la discrecionalidad debe ejercerse de forma sensata, con buen criterio y de manera prudente. Así lo estableció la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 10 de junio de 1992, en la que resaltó que «los (actos) denominados discrecionales […] se emiten por la autoridad administrativa en virtud de que la ley ha creído conveniente dejar a la sensatez, a la oportunidad, al buen criterio y al suficiente tacto que ha de presidir la gestión pública y enmarcar en la prudencia la toma de decisiones, con orden del buen servicio que ha de regir y de guiar sus tareas». En el mismo sentido, en la doctrina foránea se ha dicho que la discrecionalidad administrativa tiene dos limitantes, una el respeto a la finalidad jurídica que justifica, que no es nada distinto a satisfacer el interés general; y otra que el uso de la discrecionalidad sea necesaria para cumplir el interés jurídico que se tutela. En estos términos, la entidad deberá adoptar una medida que esté acorde con el interés general.

**PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS – Eventos – Rechazo de la oferta**

[…] se debe rechazar la propuesta en los siguientes eventos: i) «el proponente no presenta por escrito a la entidad estatal la aclaración de la oferta»; ii) «el proponente no envía parte o la totalidad de la información solicitada por la entidad estatal»; iii) «las aclaraciones del proponente no son satisfactorias para garantizar la sostenibilidad de la oferta durante la ejecución del contrato»; y iv) «las aclaraciones del proponente no desvirtúan la teoría de que está utilizando su oferta como parte de una estrategia colusoria o […] anticompetitiva durante el proceso de selección».

Bogotá D.C., **31/03/2020 Hora 12:27:59s**

**N° Radicado: 2202013000002324**

Señora

**Erika Dotor**

Bucaramanga, Santander

**Concepto C‒ 163 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONTRATO DE OBRA PÚBLICA ― Noción / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA ― Modalidades para seleccionar al contratista / DOCUMENTOS TIPO ― Inalterabilidad / PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD ― Manifestaciones – Precios artificialmente bajos / RECHAZO DE LA OFERTA ― Precios artificialmente bajos ― Imposibilidad de rechazar la oferta sin requerir información al proponente / PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS ― Noción / PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS ― Información requerida para identificarlos / PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS ― Criterios de comparación / PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS ― Metodología para identificarlos cuando hay más de cinco (5) ofertas / PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS ― Criterios de aplicación de la metodología propuesta / PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS ―Deber de la entidad una vez los identifica / PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS ― Imposibilidad de rechazar la oferta sin requerir información al proponente / PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS ― Forma y oportunidad para requerir información al proponente / PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS ― Deber de comunicar el requerimiento al proponente / PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS ― Oportunidad para contestar el requerimiento / PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS ― Eventos de rechazo de la propuesta |
| **Radicación:**  | Respuesta consulta # 4202012000001268 |

Estimada señora Dotor:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 20 de febrero de 2020.

1. **Problema planteado**

Usted manifiesta tener dudas en relación con los «precios artificialmente bajos». Concretamente, realiza las siguientes preguntas: i) ¿En qué momento del proceso la entidad debe establecer el criterio a utilizar; o lo debería establecer en el mismo momento de la publicación del proyecto de pliego de condiciones, pliego de condiciones o definitivamente el día de la apertura del sobre 2 […]?»; ii) «¿Qu[é] tiempo mínimo y máximo debe dar la entidad para soportar el precio artificialmente bajo? […]; y iii) «Como no esta (sic) regulado y en ninguna parte del Pliego tipo y Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación; no hay un criterio claro de justificación, […], ¿Que (sic) documentos según la norma o Colombia Compra Eficiente se deberían entregar para soportar el precio artificialmente bajo? O ¿en que (sic) documento está establecido el listado de documentos para justificar el precio artificialmente bajo? De no existir solicito que se expida una circular al respecto ya que se está presentando para que los comités evaluadores de manera acomodaticia manipulen la adjudicación de los procesos».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en el concepto C-012 del 28 de enero de 2020 –radicado No. 2202013000000496–, así como en los conceptos del 21 y 28 de octubre, 7 de noviembre, 11 y 20 de diciembre de 2019 y el 7 de enero de 2020 -radicados Nos. 2201913000007853, 2201913000008058, 2201913000008288, 2201913000009110, 2201913000009489 y 2202013000000038–, analizó la noción y alcance de los «precios artificialmente bajos» y las normas y jurisprudencia sobre la materia. La tesis propuesta se expone a continuación.

El contrato de obra pública, según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es aquel que celebran las entidades estatales «para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago». La «Guía para Procesos de Contratación de Obra Pública», elaborada por la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, establece que la selección del contratista de obra pública puede desarrollarse a través de: i) licitación Pública «regla general»; ii) selección abreviada, que aplica «cuando el valor de la obra está en el rango de la menor cuantía de la entidad estatal y cuando se trata de Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional»; iii) contratación directa, que «sólo aplica cuando se trate de urgencia manifiesta o (…) la contratación del sector defensa y seguridad nacional que requiera reserva»; y iv) mínima cuantía, aplicable «cuando el valor de la obra está en el rango de la mínima cuantía de la Entidad Contratante».

En virtud de lo dispuesto en los artículos 2.2.1.2.6.1.1 y siguientes del Decreto 1082 de 2015, corresponde a esta Agencia, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Transporte, desarrollar e implementar los «Documentos Tipo» para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte. Estos Documentos, según el artículo 2.2.1.2.6.1.2 *ibidem*,«contienen parámetros obligatorios para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública que adelanten procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte», los que no pueden ser modificados por parte de las entidades estatales, en lo concerniente con «las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación», tal y como lo establece el artículo 2.2.1.2.6.1.4. *ejusdem*.

El Capítulo III del «Documento Base» regula los requisitos habilitantes y establece los mecanismos para su verificación. Por su parte, el Capítulo IV del Documento regula los criterios de evaluación y, dentro de estos, la «oferta económica», factor a calificar según el valor total indicado en la propuesta económica o el obtenido de la corrección aritmética. Igualmente, el numeral 4.1.3. del Documento establece que «[e]n el evento en el que el precio de una oferta no parezca suficiente para garantizar una correcta ejecución del contrato, de acuerdo con la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el Estudio del Sector, la Entidad deberá aplicar el procedimiento descrito en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 y los parámetros definidos en la Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente»[[1]](#footnote-1).

Una de las manifestaciones del principio de responsabilidad, según el artículo 26, numeral 6º, de Ley 80 de 1993, es que los contratistas respondan cuando formulen propuestas en las que fijan condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas, con el propósito de obtener la adjudicación del contrato[[2]](#footnote-2). En ese sentido, dentro de las causales de rechazo previstas en el «Documento Base», contenidas en la Sección 1.15, se encuentran, entre otras, la siguiente: «cuando el ordenador del gasto determine que el valor total de la oferta es artificialmente bajo, de acuerdo con lo establecido en la sección 4.1.3». Con todo, la entidad estatal está obligada a requerir al proponente para que aclare el valor de la oferta, siempre que dude sobre si el precio es o no artificialmente bajo, ya sea porque es artificioso, falso, disimulado o muy reducido. En consecuencia, no podrá rechazar la oferta si no lo ha hecho, pues, según lo establecido en el artículo 2.2.1.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, el rechazo de la oferta procede cuando las explicaciones del proponente son insuficientes o insatisfactorias.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el precio artificialmente bajo es aquel que, por un lado, resulta artificioso, disimulado o falso y, por el otro, no tiene sustento o fundamento en relación con su estructuración dentro del tráfico comercial. En efecto, en sentencia del 4 de junio de 2008, se expresó[[3]](#footnote-3):

El denominado «precio artificialmente bajo» de que trata la Ley 80, es aquel que resulta artificioso o falso, disimulado, muy reducido o disminuido, pero además, que no encuentre sustentación o fundamento alguno en su estructuración dentro del tráfico comercial en el cual se desarrolla el negocio, es decir, que dicho precio no pueda ser justificado y por lo tanto, la Administración estaría imposibilitada para admitirlo, so pena de incurrir en violación de los principios de transparencia, equilibrio e imparcialidad que gobiernan la actividad contractual y como parte de ella, el procedimiento de la licitación […]

La «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación», por su parte, establece que una oferta es artificialmente baja cuando «a criterio de la Entidad Estatal, el precio no parece suficiente para garantizar una correcta ejecución del contrato, de acuerdo con la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el Estudio del Sector». En este punto, es importante diferenciar las «ofertas artificialmente bajas» y las «ofertas competitivas», entendiendo por estas últimas aquellas «que tienen en su estructura de costos economías de escala o economías de alcance, que permiten generar un bien o un servicio a menor costo que el [del] resto de proveedores en el mercado», según lo establece la Guía antes mencionada.

Para determinar si se trata de una «oferta artificialmente baja» la entidad puede acudir a la siguiente información: i) promedio del valor de las ofertas; ii) mediana del valor las ofertas[[4]](#footnote-4); iii) desviación estándar del valor de las ofertas; iv) diferencia entre el costo estimado del contrato y el promedio o mediana del valor de las ofertas; v) diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el promedio del valor de las ofertas; vi) diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el costo estimado del contrato; y vii) la información histórica de ofertas y contratos del objeto del proceso de contratación. Con estos datos, la entidad puede acudir a la *comparación absoluta* o a la *comparación relativa*, según su criterio. La primera se obtiene al contrastar el valor de cada oferta con el costo estimado de la provisión del bien o servicio, de acuerdo con en el estudio del sector. En este evento, cuando se reciben menos de cinco (5) ofertas, se debe solicitar aclaración a los proponentes cuyas ofertas sean menores en un 20%, o un mayor porcentaje en relación con el coste estimado por la entidad estatal. La segunda, corresponde a la «comparación de cada oferta con las demás presentadas».

Colombia Compra Eficiente ha sugerido a las entidades aplicar la siguiente metodología para identificar ofertas con «precios artificialmente bajos», en aquellos procesos en los que hay más de cinco (5) ofertas:

1. Tomar el conjunto de ofertas a evaluar.

2. Calcular la mediana, o dependiendo de la dispersión de los datos el promedio, del valor de cada oferta o de cada ítem dentro de la oferta.

3. Calcular la desviación estándar del conjunto.

4. Determinar el valor mínimo aceptable[[5]](#footnote-5).

La *mediana* se debe calcular ordenando los valores de mayor a menor y tomando el valor de la oferta en la mitad de la lista. Si el número de ofertas es par, caso en el cual no habrá una oferta «en la mitad», se tiene que tomar los dos valores del medio y se suman y dividen en dos. Posteriormente, es necesario calcular la *desviación estándar*, utilizando la siguiente fórmula, en la que el valor *n* es el número de ofertas:



El *valor mínimo aceptable*, por último, será igual a la *mediana* menos la *desviación estándar*. Con todo, dicho valor puede ser diferente al obtenido con la anterior metodología, dependiendo de la información y los datos con los que cuenten las entidades. Esto es así porque las entidades pueden o no acoger la metodología explicada, toda vez que la Guía no es de obligatorio cumplimiento para las entidades; es una orientación o lineamiento para sus procesos de contratación.

De todos modos, identificada la oferta con «precios artificialmente bajos», en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015[[6]](#footnote-6), la entidad debe: i) solicitar aclaración a los proponentes; ii) analizar las explicaciones obtenidas; y iii) decidir «si continúa con la evaluación de la oferta porque la explicación demuestra la habilidad del proponente para cumplir adecuadamente con el contrato con los precios ofrecidos o rechazar la oferta si la explicación no sustenta los valores ofrecidos»[[7]](#footnote-7).

El reglamento determinan la forma y el momento para requerir a los proponentes para que justifiquen el precio ofertado: en el momento de la evaluación del precio. La determinación de tales asuntos, en ese sentido, le corresponde a cada entidad pública, para lo cual debe tener presentes las particularidades de cada modalidad de selección de contratistas, partiendo de la base de que la entidad solo podrá pedir explicaciones al proponente cuando conozca su oferta económica. Por ejemplo, en los procesos de licitación de obra pública la entidad únicamente conoce la oferta económica cuando da apertura al «Sobre No 2».

En efecto, el numeral 2.3. del Documento Base establece que la oferta estará conformada por dos sobres, los cuales deben ser presentados por el proponente o, eventualmente, por su apoderado, con la totalidad de los requisitos formales y sustanciales. Los primeros son: i) el nombre de la entidad; ii) la dirección de radicación; iii) el objeto; iv) el número del proceso de contratación; v) el nombre y dirección comercial del proponente; vi) el nombre del representante legal del proponente; vii) los sobres contentivos de los documentos deben presentarse legajados, foliados, escritos en idioma castellano y en medio mecánico; viii) se deben numerar todas las hojas que contiene la oferta; ix) la propuesta debe contener un índice, en el que se identifique en forma clara la documentación de la oferta y el folio o folios a los que corresponde; x) toda tachadura y/o enmendadura que presente algún documento de la oferta debe estar salvado con la firma de quien suscribe el correspondiente documento al pie de la misma y nota al margen del documento donde manifieste clara y expresamente la corrección realizada.

Los segundos, principalmente, son: i) la entidad sólo recibirá una oferta por proponente; y ii) la presentación de la propuesta implica la aceptación y conocimiento de la legislación colombiana acerca de los temas objeto del presente proceso y de todas las condiciones y obligaciones contenidas en el mismo. Además, los sobres tienen que contener:

2.3.1. SOBRE No. 1

Contiene los documentos e información de los Requisitos Habilitantes y los documentos a los que se les asigne puntajes diferentes a la oferta económica. El Sobre 1 debe tener las siguientes características:

A. El Proponente debe presentar el Sobre 1 en físico. Sin perjuicio de lo anterior, el proponente podrá presentar el contenido del Sobre 1 en Medio Magnético u Óptico. [Para los procesos en SECOP II, el Sobre 1 debe presentarse en el cuestionario destinado para ello en el Módulo de “Licitación de Obra Pública” y no podrá ser entregado en físico]

B. La información en físico y en Medio Magnético debe ser idéntica. En caso de presentarse discrepancias entre la información consignada en medio físico y la información incluida en el Medio Magnético prevalecerá la información entregada físicamente.

2.3.2. SOBRE No. 2

Contiene únicamente la oferta económica del Proponente y debe tener las siguientes características:

A. El Proponente debe presentar el Sobre 2 en físico. Sin perjuicio de lo anterior, el proponente podrá presentar el contenido del sobre 2 en Medio Magnético u Óptico debidamente sellado. El Medio Magnético u Óptico que contiene la información de la oferta económica debe ser distinto al que contiene la información del Sobre 1. [Para los procesos en SECOP II, el Sobre 2 debe presentarse en el cuestionario destinado para ello en el Módulo de “Licitación de Obra Pública” y no podrá ser entregado en físico]

*B. Debe incluir la propuesta económica debidamente diligenciada, de conformidad con todos y cada uno de los ítems exigidos y relacionados en el Formulario 1– Formulario de Presupuesto Oficial.*

C. La información en físico y en Medio Magnético u Óptico debe ser idéntica. En caso de presentarse discrepancias entre la información consignada en medio físico y la información incluida en el Medio Magnético, prevalecerá la información consignada físicamente.

D. El Formulario 1– Formulario de Presupuesto Oficial debe presentarse debidamente firmado. (Cursivas propias)

Se resalta que el «Sobre No. 2» es el que contiene las ofertas económicas.

Ahora bien, según lo establecido en el numeral 2.4. de los Pliegos Tipo, el sobre No. 1 debe abrirse en la diligencia de cierre y con la presencia de los proponentes y los veedores que deseen asistir. En dicha diligencia, además, se debe suscribir un acta de cierre en la cual se deberá dejar constancia de la fecha y hora en la que se recibieron las ofertas y del nombre o razón social de los oferentes o sus representantes legales, en cumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 2.2.1.1.2.2.5 del Decreto 1082 de 2015. Igualmente, en el referido numeral del Documento Base se dice que «un funcionario de la Entidad verificará que el Sobre No. 2 esté debidamente sellado y lo depositará en un lugar idóneo para garantizar su seguridad el cual será de conocimiento de los Proponentes. La Entidad requerirá a los asistentes a la diligencia de cierre, para que firmen el Sobre No. 2 sellado de todas las propuestas, con el fin de que, al momento de su apertura […], se pueda verificar que los mismos no fueron alterados, cambiados o abiertos».

Una vez publicado el informe de evaluación de los documentos e información de los requisitos habilitantes y de los documentos a los que se les asigne puntajes diferentes a la oferta económica, y transcurrido el término para que los proponentes presenten observaciones y, de ser el caso, aporten la documentación que se les hubiere solicitado, la entidad debe publica el «informe final de evaluación». Luego de esto, en la fecha establecida en el Anexo 2 – Cronograma, se debe llevar a cabo la «audiencia efectiva de adjudicación», durante la cual la Entidad procederá a dar apertura al Sobre 2 de los Proponentes habilitados y a evaluar las ofertas económicas. Es en este momento en donde se conoce, por primera vez, la oferta económica de cada uno de los proponentes.

En el caso de la licitación de obras públicas de infraestructura de transporte, entonces, el requerimiento que la entidad haga al proponente, cuando esta tenga dudas sobre la razonabilidad del valor, no puede hacerse antes de la apertura del «Sobre No. 2», esto es, antes de la audiencia efectiva de adjudicación, pues es en esa diligencia en la que la entidad pública conoce la oferta económica del oferente; en otras palabras, porque únicamente en ese momento es que la entidad pública puede llegar a darse cuenta de la posible existencia de los «precios artificialmente bajos».

El requerimiento debe ser comunicado al proponente por el medio que la entidad considere más eficaz e idóneo, de acuerdo con el caso y las circunstancias particulares de la información objeto de requerimiento, pudiendo acudir a mensajes electrónicos y otros de similar informalidad, cuando se trata de modalidades de selección diferentes a la licitación pública, pues en esta, como se dijo, el requerimiento se lleva a cabo en la «audiencia efectiva de adjudicación». Por ejemplo, en el concepto del 7 de noviembre de 2019 –radicado No. 2201913000008288–, esta Agencia avaló en abstracto la idoneidad de una llamada telefónica para comunicar el requerimiento al oferente. La entidad estatal, entonces, no tiene la obligación de notificar dicho requerimiento al proponente, pues el mismo es un acto de trámite y no uno definitivo[[8]](#footnote-8).

La ley y el reglamento no establecen el término que se debe otorgar a los proponentes para que expliquen el precio ofertado. En consecuencia, este es un asunto que también queda a la discrecionalidad de la entidad. Sin embargo, la discrecionalidad debe ejercerse de forma sensata, con buen criterio y de manera prudente. Así lo estableció la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 10 de junio de 1992[[9]](#footnote-9), en la que resaltó que «los (actos) denominados discrecionales […] se emiten por la autoridad administrativa en virtud de que la ley ha creído conveniente dejar a la sensatez, a la oportunidad, al buen criterio y al suficiente tacto que ha de presidir la gestión pública y enmarcar en la prudencia la toma de decisiones, con orden del buen servicio que ha de regir y de guiar sus tareas». En el mismo sentido, en la doctrina foránea se ha dicho que la discrecionalidad administrativa tiene dos limitantes: una, el respeto a la finalidad jurídica que justifica, que no es nada distinto a satisfacer el interés general; y otra, que el uso de la discrecionalidad sea necesaria para cumplir el interés jurídico que se tutela. En estos términos, la entidad deberá adoptar una medida que esté acorde con el interés general[[10]](#footnote-10).

Conforme a lo anterior, si bien es cierto que la entidad tiene la facultad de definir el término mínimo que otorgará a los proponentes para aclarar el precio artificialmente bajo, también lo es que dicho término debe estar acorde, por un lado, con el interés general y, por el otro, con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, así como también con los principios del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Es del caso precisar que aunque es cierto que, tratándose de procesos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, el requerimiento que hace la entidad y la respuesta que brinda el oferente requerido, debe hacerse en la llamada «audiencia efectiva de adjudicación», también lo es que la entidad, excepcionalmente, podrá suspender la audiencia para analizar el caso y contar con mejores elementos de juicio para adoptar las decisiones que le correspondiere tomar. Esta autorización que tiene como fundamento el artículo 2.2.1.2.1.1.2., numeral 1, del Decreto 1082 de 2015, que establece que «si hay pronunciamientos que a juicio de la Entidad Estatal requiere análisis adicional y su solución puede incidir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia puede suspenderse por el término necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado».

Incluso, de considerarlo procedente, la entidad podrá suspender la diligencia de adjudicación para permitirle al proponente que recopile mejores elementos de juicio para responder al requerimiento, claro está, justificando tal determinación. En todo caso, se debe tener en cuenta que dicha decisión es facultativa de la entidad, lo que significa que no es obligatorio hacerlo en todos los casos, pese a que el proponte lo solicite expresamente.

De todos modos, el artículo 2.2.1.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015 prevé que, una vez dadas las explicaciones que tratan de justificar el precio, el comité evaluador decidirá si rechaza o no la oferta. Ahora, si el proponente no allega información, será una omisión que deberá analizar el comité evaluador y, de ser el caso, podrá rechazar la oferta, si la duda que tiene es de tal magnitud que, no tomar la decisión podría comprometer la legalidad del proceso.

En ese sentido, verificada la información remitida por el proponente, la entidad debe definir si rechaza o no la oferta. En la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación», la Agencia Nacional de Contratación Pública precisó que se debe rechazar la propuesta en los siguientes eventos: i) «el proponente no presenta por escrito a la entidad estatal la aclaración de la oferta»; ii) «el proponente no envía parte o la totalidad de la información solicitada por la entidad estatal»; iii) «las aclaraciones del proponente no son satisfactorias para garantizar la sostenibilidad de la oferta durante la ejecución del contrato»; y iv) «las aclaraciones del proponente no desvirtúan la teoría de que está utilizando su oferta como parte de una estrategia colusoria o […] anticompetitiva durante el proceso de selección».

Todo lo anterior, claro está, teniendo en cuenta que la referida Guía contiene criterios orientadores para las entidades públicas, los cuales, en consecuencia, no son de obligatorio acatamiento por partes de estas últimas. En otras palabras, las entidades están facultadas para aplicar los criterios contenidos en la Guía o acudir, si bien lo tienen, a otro tipo de criterios que consideren más apropiados para cada proceso de contratación.

1. **Respuesta**

i) ¿En qué momento del proceso la entidad debe establecer el criterio a utilizar; o lo debería establecer en el mismo momento de la publicación del proyecto de pliego de condiciones, pliego de condiciones o definitivamente el día de la apertura del sobre 2 […]?»;

El reglamento determina la forma y el momento para requerir a los proponentes para que justifiquen el precio ofertado: en el momento de la evaluación del precio. En el caso de la licitación de obras públicas de infraestructura de transporte, el requerimiento que la entidad haga al proponente no puede hacerse antes de la apertura del «Sobre No. 2», esto es, antes de la audiencia efectiva de adjudicación, pues es en esa diligencia en la que la entidad pública conoce la oferta económica del oferente; en otras palabras, porque únicamente en ese momento es que la entidad pública puede llegar a darse cuenta de la posible existencia de los «precios artificialmente bajos».

ii) «¿Qu[é] tiempo mínimo y máximo debe dar la entidad para soportar el precio artificialmente bajo? […];

La ley y el reglamento no establecen el término que se debe otorgar a los proponentes para que expliquen el precio ofertado. En consecuencia, este es un asunto que también queda a la discrecionalidad de la entidad. Sin embargo, como se dijo, la discrecionalidad debe ejercerse de forma sensata, con buen criterio y de manera prudente.

iii) «Como no esta (sic) regulado y en ninguna parte del Pliego tipo y Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación; no hay un criterio claro de justificación, […], ¿Que (sic) documentos según la norma o Colombia Compra Eficiente se deberían entregar para soportar el precio artificialmente bajo? O ¿en que (sic) documento está establecido el listado de documentos para justificar el precio artificialmente bajo? De no existir solicito que se expida una circular al respecto ya que se está presentando para que los comités evaluadores de manera acomodaticia manipulen la adjudicación de los procesos».

No es cierto que el manejo de las ofertas con «precios artificialmente bajos» no esté regulado. Por un lado, el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 y, por el otro, los numerales 1.15, literal z, y 4.1.3. del Documento Base, hacen referencia al manejo de las ofertas con «precios artificialmente bajos». Incluso, como se dijo en este concepto, Colombia Compra Eficiente expidió la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación», la cual, precisamente, se refiere al manejo de las ofertas con «precios artificialmente bajos».

 Ahora bien, en relación con las dos preguntas que plantea, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente le informa que ni la ley ni el reglamento establecen un listado taxativo de documentos a aportar ante el requerimiento de la entidad, incluso no disponen que las pruebas a aportar sean únicamente las documentales. Esta situación, a juicio de esta Agencia, se explica en que las pruebas a aportar, en caso de ser necesarias, dependerán del requerimiento efectuado por la entidad. De todos modos, al no existir una «tarifa» probatoria, el proponente requerido puede aportar cualquier medio de prueba que estime idóneo para responder el requerimiento de la entidad, esto es, para explicar por qué el precio del bien o servicio ofertado se encuentra por debajo del que la entidad estimó en el estudio del sector, según la fórmula que consideró procedente para esos fines.

Finalmente, en relación con su sugerencia de «expedir una circular al respecto», le informamos que, de resultar necesario y procedente, esta entidad procederá a emitir la correspondiente circular.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos CarreñoContratista Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisaron: | Sebastián Ramírez GrisalesCristian Andrés Díaz DíezContratistas Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. La consulta de la referencia fue radicada el 20 de febrero de 2020. Por esta razón, y teniendo en cuenta que, en los términos del artículo 3 de la Resolución 045 de 2020, la versión 2 de los Documentos Tipo entró en vigencia el 10 de marzo de 2020, este concepto obedece a la primera versión de los Documentos Tipo de licitación de obras públicas de infraestructura de transporte. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 80 de 1993: «Artículo 26º. Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio:

[…]

»6. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato». [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008. Exp. No. 17.783. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-3)
4. La mediana representa el valor de la variable en posición central para un conjunto de datos ordenados. [↑](#footnote-ref-4)
5. Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación. p. 5. [↑](#footnote-ref-5)
6. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.2.2.4. Oferta con valor artificialmente bajo. Si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal en su deber de análisis de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del presente decreto, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Analizadas las explicaciones, el comité evaluador de que trata el artículo anterior, o quien haga la evaluación de las ofertas, debe recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas.

»Cuando el valor de la oferta sobre la cual la Entidad Estatal tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo el cumplimiento del contrato si este es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación de ofertas.

»En la subasta inversa esta disposición es aplicable sobre el precio obtenido al final de la misma». [↑](#footnote-ref-6)
7. Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación. p. 7. [↑](#footnote-ref-7)
8. De acuerdo con el Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 22 de octubre de 2009, M.P. Filemón Jiménez, los actos administrativos de fondo son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos; mientras que los actos de trámite por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo, porque pone fin al procedimiento administrativo. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 10 de junio de 1992. Exp. No. 4.249. [↑](#footnote-ref-9)
10. DROMI, Roberto. Reforma del Estado y Privatizaciones. Tomo 2. Pliegos de condiciones. Buenos Aires: Astrea. 1991. p. 8. «La discrecionalidad tiene por lo menos dos límites evidentes. Uno es el respeto a la finalidad jurídica que justifica y da sustento al poder de la autoridad competente; el otro hace referencia a la necesidad de que el uso de la discrecionalidad administrativa, en nada sobrepasa lo rigurosamente necesario para el cumplimiento del interés jurídico que deba ser legítimamente tutelado. De ahí que si la finalidad que justifica cierta decisión discrecional es la de satisfacer adecuadamente el interés público, sólo él puede servir como criterio para la adopción de la medida». [↑](#footnote-ref-10)