**CCE-DES-FM-17**

**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Definición**

Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por ende sus procedimientos contractuales tienen su propia normativa para su desarrollo, esto es, el derecho privado, lo cual está determinado en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Reglas aplicables**

No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y el control fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son trasversales a todas las entidades, sin importar su régimen legal. Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado, que destaca las reglas que sigue la contratación de las entidades de régimen especial.

**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Manual de Contratación – Contenido**

Toda vez que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben ceñirse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Dentro de estas reglas mínimas deben: indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general.

**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Obligaciones trasversales – Entidades estatales**

Así mismo, estas entidades deben cumplir con unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP —en la sección Régimen Especial—, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar las sanciones, multas, inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector económico de los oferentes, entre otras.

**PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS – Concepto – Regulación – Aplicación – Entidades con régimen especial**

[…] la regulación del precio artificialmente bajo se encuentra en el artículo 26, numeral 6º de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015, cuerpos normativos que no aplican en este tema a las entidades exceptuadas o con régimen especial, pues el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 solo las obliga a cumplir, del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las disposiciones que consagran el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. No existe, entonces, un procedimiento previsto en leyes o en reglamentos emanados del gobierno nacional, para la verificación del precio artificialmente bajo por parte de entidades con un régimen especial. Sin embargo, de esto no podría concluirse que tales entidades no deban verificar la razonabilidad del precio ofertado en los procedimientos de selección que adelanten, pues también están obligadas a garantizar el principio de economía, enunciado en los artículos 209 y 267 de la Constitución. Pero en su caso la observación de cuándo el precio no se compadece con los estándares del mercado depende de la pericia financiera con la que configuren el negocio. La Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en los procesos de contratación, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, puede servirles a las entidades exceptuadas como un documento ilustrativo o fuente auxiliar, para observar algunos criterios que les permitan verificar el precio artificialmente bajo; con la salvedad de que dicha Guía se refiere a esta figura en el contexto del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Una cuestión adicional consiste en preguntarse por el procedimiento a seguir por parta de una entidad de régimen especial para determinar la existencia de un precio artificialmente bajo. Al respecto, esta Subdirección recomienda que este tema se regule, bien sea en el reglamento interno de contratación de la entidad o en el documento que haga las veces del pliego de condiciones, como una garantía para los oferentes, de tal manera que la indagación por la razonabilidad del precio no sea un asunto que obedezca al arbitrio de la Administración, sino a un trámite que salvaguarde los principios del debido proceso.

**AIU – Administración** **– Imprevistos – Utilidad – Ausencia – Definición normativa**

[…], en los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que separe en su propuesta los costos directos –es decir, los que están directamente implicaos en la ejecución del objeto–, de los costos indirectos –que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia–. En tal sentido, mientras que los costos directos se evidencian en el análisis de precios unitarios –APU–, como la sumatoria de los valores de los ítems según su unidad de medida, los costos indirectos se suelen abreviar en las variables que integran el acrónimo AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–, que se calcula como un porcentaje aplicado a los costos indirectos.

[…]

En consecuencia, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las excluidas de este –es decir, las que cuentan con un régimen especial– gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. En tal perspectiva, cuentan con discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato, el sistema de precios unitarios y la figura del AIU; modelo que, como se indicó, es más pertinente para los contratos de tracto sucesivo, como el de obra. Por ende, la decisión de incluir el AIU, al igual que la metodología de delimitación de sus variables –ítems y porcentajes– debe obedecer a un juicioso análisis de oportunidad y conveniencia, que consulte las reglas de la experiencia, así como los aspectos particulares de cada negocio, y que se armonice con la garantía de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, dentro de los cuales se halla el principio de economía; postulado que exige la optimización de los recursos públicos.

Bogotá D.C., **16/03/2020 Hora 15:5:23s**

**N° Radicado: 2202013000001913**

Señor

**Erik Mark Camargo**

Ciudad

**Concepto C ─ 191 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL ― Definición / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL ― Reglas aplicables / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL ― Manual de Contratación ― Contenido / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL ― Obligaciones trasversales a las entidades / PRECIO ARTIFICIALMENTE BAJO ― Concepto ― Regulación ― Aplicación a entidades con régimen especial / AIU ― Administración ― Imprevistos ― Utilidad ― Ausencia de definición normativa |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000001522 |

Estimado señor Camargo,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 28 de febrero de 2020, 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.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿Qué normativa o bajo qué leyes y decretos, se reglamentan los procesos de contratación por la modalidad de régimen especial?»; ii) «¿En los procesos por la modalidad de Régimen especial, se puede solicitar la revisión de ofertas que presentan precios artificialmente bajos?», iii) «¿Me podrían aclarar en qué casos es aplicable en los procesos de contratación la utilización del AIU (ADMINISTRACIÓN, IMPREVISTOS, UTILIDAD)?», iv) «¿[…] los procesos cuyo objeto es mantenimiento y/o reparación y/o adecuación y/o remodelación y/o ampliación, llevan AIU (ADMINISTRACIÓN , IMPREVISTOS UTILIDAD) o estos objetos van con IVA plano?».

**2. Consideraciones**

Para resolver esta consulta se hará un análisis de los siguientes temas: i) los regímenes especiales en la contratación estatal, como ámbitos de regulación que se constituyen como una mixtura entre las disposiciones del derecho privado, de los manuales o reglamentos internos de contratación de las entidades estatales, de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, y del régimen de inhabilidades e incompatibilidades; ii) la obligación de todas las entidades estatales de verificar la razonabilidad del precio, independientemente del régimen contractual que les resulte aplicable; y iii) autonomía para incluir el AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–, como metodología para el cálculo del precio, entre otras modalidades posibles.

En el Concepto C-032 de 2020, emitido en respuesta a las consultas con radicado No. 4202012000000089 y 4202012000000090, esta Subdirección analizó las disposiciones normativas aplicables a las entidades con régimen especial de contratación, señalando las ideas que se reiteran a continuación:

**2.1. Regímenes especiales en la contratación estatal. Excepciones al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: derecho privado matizado por las reglas y principios del derecho administrativo**

Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por ende sus procedimientos contractuales tienen su normativa para su desarrollo, esto es, el derecho privado, lo cual está determinado en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

 Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, ello estará definido en la noma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación, con el fin de que se puedan identificar las reglas que aplican en la contratación. La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación, que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007[[1]](#footnote-1).

 No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y el control fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son trasversales a todas las entidades, sin importar su régimen legal. Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado, que destaca las reglas que sigue la contratación de las entidades de régimen especial:

[...] en la contratación de las entidades excluidas de la Ley 80 se distinguen perfectamente dos ordenamientos jurídicos: uno prevalente, el derecho privado, que aporta todas sus instituciones, reglas y principios y las pone al servicio de los contratos de dichas entidades; y otro, secundario, referido a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal —pero no a la Ley 80 de 1993, con sus reglas particulares—, que inspiran al régimen anterior con valores propios del derecho público.

La Sala entiende que el régimen preponderante domina y aporta el gran volumen de normas contractuales y que el régimen inspirador influye y ayuda a interpretar pero también transforma parte de esas instituciones, porque se suma a ellas, lo que no siempre se logra conservando intacta la institución privada sino introduciéndole modificaciones.

La función que cumplen los principios públicos también se representa en la necesidad práctica —normalmente no por orden de una norma— de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la trasparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público[[2]](#footnote-2).

Toda vez que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben ceñirse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Dentro de estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general.

Así mismo, estas entidades deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP —en la sección Régimen Especial—, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar las sanciones, multas, inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector económico de los oferentes, entre otras.

Además, se debe tener en cuenta que las cláusulas excepcionales no se encuentran contempladas en el derecho común. Estas se encuentran limitadas no solo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si su norma de creación lo establece. De modo que si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar o dar por terminado el contrato, debe acudir al juez competente[[3]](#footnote-3).

**2.2. Razonabilidad del precio como criterio de salvaguarda del principio de economía, independientemente del régimen contractual aplicable a la entidad estatal**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el concepto y la regulación del precio artificialmente bajo. Así lo hizo en los conceptos emitidos en respuesta a las consultas con radicado No. 4201814000000883 del 31 de enero de 2018, 4201814000002984 del 3 de abril de 2018, 42019112000004913 del 23 de julio de 2019, 4201912000006617 del 25 de septiembre de 2019, 4201913000007830 del 19 de noviembre de 2019 y 4201912000008464 del 20 de diciembre de 2019. Las ideas expuestas en dichos pronunciamientos se reiteran a continuación:

La Ley 80 de 1993, en el artículo 26, numeral 6, indica como una de las manifestaciones del principio de responsabilidad que los contratistas respondan cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato[[4]](#footnote-4). Ahora, ¿cuándo un proponente presenta propuestas artificialmente bajas?

El Consejo de Estado, Sección Tercera, en la sentencia del 4 de junio de 2008, radicado No. 17.783, Magistrada Ponente Myriam Guerrero de Escobar, definió el precio artificialmente bajo como aquel que no tiene sustento o fundamento en su estructuración dentro del tráfico comercial:

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 (…)

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 establece que cuando el valor de una oferta parezca artificialmente bajo, la entidad debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Frente a estas explicaciones le corresponde al comité evaluador analizarlas y recomendar si debe rechazar la oferta o continuar con el análisis durante la evaluación[[5]](#footnote-5).

El artículo citado también dispone que «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».

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación», en la cual se incluyen recomendaciones y pautas para el manejo de aquellas que cumplen las características para ser consideradas artificialmente bajas.

La guía define 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». Para determinar que una propuesta es artificialmente baja se puede acudir a la comparación absoluta o a la comparación relativa. La primera, se refiere a 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 elaborado por la Entidad Estatal. En este evento se recomienda que cuando la entidad reciba menos de 5 ofertas debe solicitar aclaración a los proponentes cuyas ofertas sean menores en un 20%, o un mayor porcentaje, al coste estimado por la entidad estatal. La segunda, esto es, en la comparación relativa, la entidad debe contrastar cada oferta con las demás ofertas presentadas.

Determinado el concepto del precio artificialmente bajo, la Agencia Nacional de Contratación Pública, en la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en procesos de contratación», presenta una sugerencia de metodología para que las entidades identifiquen la posibilidad de precios artificialmente bajos cuando hay más de cinco (5) ofertas en un proceso de contratación. La entidad estatal puede: i) tomar el conjunto de ofertas a evaluar, ii) 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, iii) calcular la desviación estándar del conjunto y, finalmente iv) determinar el valor mínimo aceptable para la entidad de acuerdo con la metodología explicada a continuación.

Por su parte, la Guía explica que para calcular la mediana la entidad debe ordenar los valores, de mayor o menor, y tomar el valor de la oferta en la mitad de la lista. Si el número de ofertas es par debe tomar los dos valores de la mitad, sumarlos y dividirlos en dos.

La desviación estándar es el resultado de aplicar la siguiente fórmula:



El valor *n* es el número de ofertas.

Finalmente, el valor mínimo aceptable es igual a la mediana menos una (1) desviación estándar:



Por su parte, de acuerdo con lo previsto en la Guía, la entidad puede fijar un valor mínimo aceptable distinto, de acuerdo con la información que tenga disponible y dependiendo de los datos que esté analizando. La entidad estatal puede identificar como posibles ofertas artificialmente bajas a todas las que cuenten con valores por debajo del valor mínimo aceptable.

Conforme a lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública plantea una metodología que las entidades pueden o no acoger, para determinar si las ofertas tienen precios artificialmente bajos. En este sentido, quedan bajo criterio de la entidad los casos en los cuales utilizará la desviación estándar para determinar si existe una oferta con un precio artificialmente bajo; lo anterior porque la guía no es de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades, sino que indica orientaciones o lineamientos.

Ahora bien, como se aprecia, la regulación del precio artificialmente bajo se encuentra en el artículo 26, numeral 6º de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015, cuerpos normativos que no aplican en este tema a las entidades exceptuadas o con régimen especial, pues el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 solo las obliga a cumplir, del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las disposiciones que consagran el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. No existe, entonces, un procedimiento previsto en leyes o en reglamentos emanados del gobierno nacional, para la verificación del precio artificialmente bajo por parte de entidades con un régimen especial. Sin embargo, de esto no podría concluirse que tales entidades no deban verificar la razonabilidad del precio ofertado en los procedimientos de selección que adelanten, pues también están obligadas a garantizar el principio de economía, enunciado en los artículos 209 y 267 de la Constitución. Pero en su caso la observación de cuándo el precio no se compadece con los estándares del mercado depende de la pericia financiera con la que configuren el negocio. La Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en los procesos de contratación, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, puede servirles a las entidades exceptuadas como un documento ilustrativo o fuente auxiliar, para observar algunos criterios que les permitan verificar el precio artificialmente bajo; con la salvedad de que dicha Guía se refiere a esta figura en el contexto del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Una cuestión adicional consiste en preguntarse por el procedimiento a seguir por parta de una entidad de régimen especial para determinar la existencia de un precio artificialmente bajo. Al respecto, esta Subdirección recomienda que este tema se regule bien sea en el reglamento interno de contratación de la entidad o en el documento que haga las veces del pliego de condiciones, como una garantía para los oferentes, de tal manera que la indagación por la razonabilidad del precio no sea un asunto que obedezca al arbitrio de la Administración, sino a un trámite que salvaguarde los principios del debido proceso.

**2.3. Autonomía para incluir el AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–, como metodología para el cálculo del precio, entre otras modalidades posibles**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el AIU; entre ellas, en respuesta a las consultas con radicado No. 4201714000006401 del 23 de noviembre de 2017, 4201813000004155 del 9 de mayo de 2018, 4201814000008069 del 27 de septiembre de 2018, 4201912000006455 y 4201912000006463 del 19 de septiembre de 2019, 4201912000007375 del 28 de octubre de 2019; 4202012000000105 y 4202012000000093 del 8 de enero de 2020; y 4202012000000664 del 30 de enero de 2020. En estos conceptos la Agencia ha precisado que el AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad– no está definido normativamente, sino que ha sido una figura desarrollada en la práctica de los negocios. Tal idea se reitera en el presente concepto.

Como es sabido, uno de los elementos más comunes en los contratos estatales es el precio, también conocido como valor. Aunque no todo contrato lo incluye –pues también existen negocios gratuitos–, lo más usual es que los contratos estatales se perfeccionen como onerosos y, la mayoría de las veces, como conmutativos. Adicionalmente, el precio suele ser el elemento más importante para el contratista, porque equivale a la remuneración que la entidad contratante le pagará por la ejecución del objeto contractual.

Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular el presupuesto oficial, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la Administración usará para estipular el precio. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los contratos de obra pública; otras más utilizadas en los contratos de prestación de servicios y otras más indicadas para los contratos de concesión; por mencionar algunos ejemplos[[6]](#footnote-6). No hay, pues, una sola metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal. Dentro de tales esquemas de establecimiento del precio pueden citarse, entre otros: i) los precios unitarios –calculados de acuerdo con las unidades que componen el objeto del contrato–, ii) el precio global –que equivale al monto total, sin discriminar unidades– y iii) la administración delegada de recursos –en la que se distinguen los costos de inversión de los honorarios del administrador–.

Pues bien, en los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que separe en su propuesta los costos directos –es decir, los que están directamente implicaos en la ejecución del objeto–, de los costos indirectos –que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia–. En tal sentido, mientras que los costos directos se evidencian en el análisis de precios unitarios –APU–, como la sumatoria de los valores de los *ítems* según su unidad de medida, los costos indirectos se suelen abreviar en las variables que integran el acrónimo AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–, que se calcula como un porcentaje aplicado a los costos indirectos.

De acuerdo con la Sección Tercera del Consejo de Estado, el AIU, concepto de común utilización en los contratos de tracto sucesiva –entre ellos, los contratos de obra– no cuenta con una definición normativa, pero hay elementos que permiten precisar su alcance, así:

[…] el AIU propuesto para el contrato, corresponde a:

i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, esto es: A;

ii) los imprevistos, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato, esto es, el álea normal del contrato: I;

iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: U.

Ahora, teniendo en cuenta que no existe ninguna reglamentación que establezca porcentajes mínimos o máximos para determinar el A.I.U., cada empresa o comerciante de acuerdo con su infraestructura, experiencia, las condiciones del mercado, la naturaleza del contrato a celebrar, entre otros factores, establece su estructura de costos conforme a la cual se compromete a ejecutar cabalmente un contrato en el caso de que le sea adjudicado[[7]](#footnote-7).

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo en concepto del 5 de septiembre de 2018[[8]](#footnote-8) que «el concepto del A.I.U. comprende la Administración (costos indirectos) imprevistos y utilidades, y en algunos contratos este valor aparece cuantificado en forma independiente al valor de la obra y como un porcentaje de la misma[[9]](#footnote-9), sin perjuicio que en otros contratos este valor no aparezca discriminado y se incorpore en el valor de los precios unitarios».

Así pues, ni el sistema de precios unitarios –como metodología de estipulación del valor contractual–, ni el concepto de AIU, ni mucho menos la forma de calcularlo –es decir, su porcentaje–, son aspectos regulados en el conjunto de las disposiciones legales y reglamentarias que integran la normativa contractual del Estado. «La justificación de esta manera de cotizar el precio procede, incluso, de la formación universitaria que reciben los ingenieros, a quienes les enseñan esta metodología para elaborar las ofertas. En fin, lo que se quiere indicar con estos comentarios es que la necesidad de presentar una propuesta desglosando en forma intensa su precio no procede de la ley, ni del reglamento, sino de la costumbre, […]»[[10]](#footnote-10). De otro lado, quien define el valor de cada *letra* –AIU– es el proponente, pues goza de libertad empresarial para hacerlo en la elaboración de su oferta[[11]](#footnote-11).

En consecuencia, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las excluidas de este –es decir, las que tienen un régimen especial– gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. En tal perspectiva, cuentan con discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato, el sistema de precios unitarios y la figura del AIU; modelo que, como se indicó, es más pertinente para los contratos de tracto sucesivo, como el de obra. Por ende, la decisión de incluir el AIU, al igual que la metodología de delimitación de sus variables –ítems y porcentajes– debe obedecer a un juicioso análisis de oportunidad y conveniencia, que consulte las reglas de la experiencia, así como los aspectos particulares de cada negocio, y que se armonice con la garantía de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, dentro de los cuales se halla el principio de economía; postulado que exige la optimización de los recursos públicos.

**3. Respuestas**

i) «¿Qué normativa o bajo qué leyes y decretos, se reglamentan los procesos de contratación por la modalidad de régimen especial?».

Las entidades con régimen especial, al estar exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se rigen en su actividad contractual por las normas del derecho privado –civil y comercial–, por su reglamento o manual interno de contratación y por el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que las obliga a garantizar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, consagrados respectivamente en los artículos 209 y 267 de la Constitución, así como a respetar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal. Además, deben observar las disposiciones presupuestales, tributarias y demás normas de orden público aplicables a las entidades estatales, independientemente de su régimen contractual.

ii) «¿En los procesos por la modalidad de Régimen especial, se puede solicitar la revisión de ofertas que presentan precios artificialmente bajos?».

La regulación del precio artificialmente bajo prevista en el artículo 26, numeral 6º, de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015, aplica a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, para proteger el principio de economía, las entidades estatales que cuentan con un régimen especial pueden reglamentar en sus manuales internos de contratación o en el documento equivalente al pliego de condiciones el procedimiento que efectuarán para garantizar la razonabilidad del precio en los trámites contractuales que adelanten, respetando el debido proceso de los oferentes.

iii) «¿Me podrían aclarar en qué casos es aplicable en los procesos de contratación la utilización del AIU (ADMINISTRACIÓN, IMPREVISTOS, UTILIDAD)?».

El sistema de precios unitarios y el cálculo de los costos indirectos a través de las variables que conforman el AIU no cuenta con una regulación normativa que disponga en qué casos es aplicable, sino que obedece a la práctica de los negocios; es decir, a la costumbre mercantil, así como a criterios técnicos y financieros; los cuales se pueden adoptar, según la valoración de oportunidad y conveniencia de las entidades estatales, buscando la metodología del precio que en mayor medida satisfaga los fines del Estado, al igual que los principios de la gestión administrativa y de la gestión fiscal.

iv) «¿[…] los procesos cuyo objeto es mantenimiento y/o reparación y/o adecuación y/o remodelación y/o ampliación, llevan AIU (ADMINISTRACIÓN , IMPREVISTOS UTILIDAD) o estos objetos van con IVA plano?».

Según se indicó anteriormente, no hay disposiciones normativas de rango legal, ni contenidas en reglamentos del gobierno nacional, que establezcan en qué contratos se debe o puede estipular el AIU; ni para las entidades sometidas, ni para las exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El pacto de esta forma de establecimiento del precio depende de la valoración que se haga del negocio por parte de la entidad, respetando las normas de orden público, entre las que se encuentran las disposiciones tributarias.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz Díez |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación: «Entidad Estatal de régimen especial: Entidad Estatal que realiza sus Procesos de Contratación con un régimen distinto al previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007». [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sobre las entidades de régimen especial, se puede consultar su definición y un listado aproximado de este tipo de entidades en: BARRETO MORENO, Antonio A. El derecho de la compra pública. Legis - Universidad de la Sabana, primera edición, Bogotá, 2019.

 [↑](#footnote-ref-3)
4. 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-4)
5. 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-5)
6. «La manera como las ofertas presentan el precio varía demasiado, incluso por razón de la costumbre que se impone en determinados negocios. Por ejemplo, tratándose de la compraventa, del suministro o la prestación de servicios profesionales –entre otros contratos, que de hecho son la mayoría– el valor que se ofrece no se desglosa para revelar al destinatario su estructura de costos. El proponente se limita a establecer una cifra por la que está dispuesto a asumir ciertas obligaciones, pero el comprador desconoce cómo se compone internamente, es decir, no sabe –ni usualmente le interesa conocerlo– qué parte del valor corresponde a gastos de mano de obra, de transporte, de energía, cuál es la utilidad esperada, entre otros conceptos. En estos casos se limita a conocer con claridad absoluta cuánto le costará el bien o el servicio, porque es lo que pagará.

»Sin embargo, en otros negocios, como la obra pública, la concesión y la consultoría, el Estado está acostumbrado a que se desglosen intensamente los costos, exigiendo no sólo el precio total sino una distinción entre los *costos directos* y los *costos indirectos*. Los primeros son los gastos imprescindibles para ejecutar la obra, entre los que se encuentra: la adquisición de materiales, insumos y suministros, la inversión en equipos, el pago de la mano de obra de las cuadrillas de trabajadores obreros y otros gastos afines –representados en los *ítems* que componen el contrato– Los costos *indirectos* aluden a los gastos que también son necesarios para la obra, pero que no hacen parte de los elementos mismos con los que se construye, es decir, se trata de los costos de administración de la obra, los imprevistos que se presentan durante su ejecución y la utilidad esperada» (MARÍN CORTÉS, Fabián. El precio. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2012. pp. 63-64). [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de octubre de 2011, exp. 20811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de septiembre de 2018, radicado No 11001-03-06-000-2018-00124-00 C.P. Édgar González López. [↑](#footnote-ref-8)
9. «Los costos indirectos incorporados en el A, corresponden como regla general a gastos de la oficina central, honorarios del director de obra, y de personal especializado. Generalmente estos costos pueden estar compartidos con los diversos contratos de obra que en forma simultánea esté ejecutando el contratista. Un ejemplo corresponde a los costos de la oficina central, y de los asesores de proyectos». [↑](#footnote-ref-9)
10. MARÍN, Op.cit., pp. 64-65. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ibíd., p. 66. [↑](#footnote-ref-11)