**CCE-DES-FM-17**

**CONCEPTOS DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Obligatoriedad**

La ley es clara cuando establece que los conceptos emitidos por las autoridades al responder peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas –como fue el caso del concepto de la solicitud de queja– no son de obligatorio cumplimiento o de obligatoria ejecución, en otras palabras, no tienen efectos vinculantes. Las respuestas emitidas como concepto, entonces, consisten en la posición hermenéutica que las entidades tienen respecto del ordenamiento jurídico. Esto explica por qué esta Agencia no resuelve controversias concretas ni brinda asesoría a los partícipes de la contratación estatal.

**FUNCIÓN CONSULTIVA – Alcance**

A las autoridades que ejercen funciones consultivas no les corresponde darle un alcance o preferir un sentido frente a otro, ya que estas se limitan a expresar su posición hermenéutica respecto a las disposiciones normativas. En tal sentido, no pueden, pues, sobreponer su opinión sobre otras posibles. Así, puede pasar, por ejemplo, que un ministerio considere que una norma debe entenderse en un sentido, pero que otra entidad, vinculada o adscrita a ese ministerio, entienda que la misma norma debe interpretarse de otra manera. Eso hace parte de la lógica deliberativa y dialéctica del funcionamiento del Estado y, en cierta medida, refleja el principio democrático. De todos modos, esto no significa que el criterio de una u otra tenga validez o prevalencia sobre la otra, ya que se trata de opiniones emitidas a título de concepto, pese a que entre las entidades exista una jerarquía o de la naturaleza y competencias que se prediquen de una y otra. Incluso, aun cuando los jueces interpreten con autoridad el sentido de la disposición normativa, el concepto emitido por la entidad no deja de ser tal y no adquiere efectos vinculantes, por más que coincida con el de la autoridad judicial, pues, en esa hipótesis, lo que vincula es la decisión del juez, no el criterio de la entidad que ejerció la función consultiva, pues, como se viene diciendo, dicha competencia se enmarca en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, en otras palabras, los conceptos «no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución».

**CONCEPTOS DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – No son vinculantes**

Así las cosas, los conceptos de esta Agencia no son actos administrativos, no tienen efectos vinculantes en relación con una situación jurídica particular y concreta, y exponen un criterio que, aunque jurídicamente fundamentado, no representan la única interpretación válida del ordenamiento jurídico. En esta medida, la queja propuesta por el peticionario no da lugar a modificar el criterio jurídico de la entidad sobre el tema consultado.

Lo anterior no implica que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considere inalterables sus posturas, pues, de ser necesario, podría replantear una tesis previamente expuesta, bajo estrictos estándares argumentativos, al emitir otro concepto, ya que, dada su falta de vinculatoriedad, la legitimación de sus posturas proviene de la fuerza de los argumentos. De esta manera se reiteran las razones por las cuales esta Agencia mantiene su postura emitida en conceptos anteriormente citados.

**PRECIO** **– Inclusión – Impuestos**

Conforme con lo expuesto, podemos afirmar que el precio es el total del valor que paga el comprador por un bien o servicio, y eso incluye los impuestos, por una sencilla razón, ningún comprador podrá hacerse a la propiedad de una cosa o beneficiarse de un servicio sino paga la totalidad de lo que incluye el precio. En otros términos, si la venta de determinado bien o servicio está gravado con impuestos, estos se entienden incluidos en el precio, pues no se podrá tener acceso al bien si no se paga la totalidad de lo que vale.

**EVALUACIÓN DEL PRECIO – Principio – Selección objetiva**

Teniendo en cuenta que el principio de selección objetiva busca que la entidad adjudique el contrato al oferente con la propuesta más favorable, la norma define este concepto como la propuesta más ventajosa, luego de ponderar los factores técnicos y económicos. Así las cosas, para que la entidad pueda determinar cuál es la oferta que más ventaja le reporta, lo lógico es que la comparación de precios se haga sobre los que finalmente tendrá que pagar, es decir, no puede realizarse una ponderación adecuada, en el factor económico, si la entidad compara precios que no son reales, pues ello es lo que ocurre si en dicha comparación se toman precios que no serán los que finalmente pagará, porque no se encuentra incluido el IVA o cualquier otro impuesto.

El principio de selección objetiva, antes que avalar que la entidad deba comparar las ofertas económicas sin tener en cuenta el IVA, busca que la comparación se haga sobre la realidad de lo ofrecido por cada proponente, es decir, el valor total de lo que deberá pagar la entidad cuando adjudique el contrato y una vez este sea ejecutado.

**EVALUACIÓN DEL PRECIO – Principio – Igualdad**

No puede alegarse que se viola el principio de igualdad cuando una entidad compara el precio real que ofrece cada proponente, pues la jurisprudencia constitucional tiene bien determinado que la igualdad de trato se predica entre iguales. En otras palabras, para que se pueda exigir el respeto de la igualdad se debe demostrar que se está en la misma situación de hecho y de derecho.

**EVALUACIÓN DEL PRECIO – Costo real – Inclusión IVA**

La posición que adopta la Subdirección de Gestión Contractual es que el IVA hace parte del precio que ofrece cada proponente, y así debe ser ponderado al momento de la evaluación de las ofertas. Si un proponente está en capacidad de ofrecer un precio menor porque, según su régimen tributario, no es responsable de IVA, entonces eso hace parte de las condiciones de su oferta, y evidentemente podría estar en ventaja, en lo que respecta al precio, frente a otro proponente que sea responsable del pago del impuesto, pero ello no representa un trato desigual que imponga la entidad, pues es el precio que puede ofrecer cada proponente.

Bogotá D.C., **27/07/2020 Hora 12:32:6s**

**N° Radicado: 2202013000006644**

Señor

**Juan David Aldana Colmenares**

Ciudad

 **Concepto C – 439 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CONCEPTOS DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Obligatoriedad / FUNCIÓN CONSULTIVA – Alcance / CONCEPTOS DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – No son vinculantes / EVALUACIÓN DEL PRECIO ‒ Principio de selección objetiva / Principio de igualdad / Costo real ‒ Incluye IVA |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000005139 |

Estimado señor Colmenares,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 18 de junio 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 presenta una queja en contra del Concepto CU-182 del 31 de marzo de 2020, pues considera que resulta incoherente evaluar el valor total de la propuesta sin tener en cuenta que algunos oferentes deben cargar el IVA, mientras que otros no deben hacerlo. Por tanto, solicita revisar nuevamente el concepto y hacer los cambios pertinentes para permitir la evaluación en igualdad de condiciones.

1. **Consideraciones**

Para el desarrollo de la solicitud planteada se explicarán, inicialmente, los efectos jurídicos de los conceptos emitidos por Colombia Compra Eficiente, para analizar los argumentos relacionados con el tema de la consulta, esto es, si se debe o no tener en cuenta el IVA para comparar los precios de los diferentes oferentes en un proceso de contratación.

 La Agencia Nacional de Contratación Pública, en los Conceptos [2201913000008566](http://poxta2.colombiacompra.gov.co/sites/docs/_layouts/15/listform.aspx?PageType=6&ListId=%7b41406f67-8aaf-444a-8f23-f6b9ad006b34%7d&ID=91046) del 18 de noviembre de 2019 y CU-182 del 31 de marzo de 2020, estudió el tema objeto de la consulta. En Concepto C-337 del 26 de junio de 2020 se estudió la naturaleza jurídica de los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública. Las tesis desarrolladas en dichos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1. Efectos de los conceptos emitidos por Colombia Compra Eficiente**

En ejercicio de las competencias consagradas en los artículos 3, numeral 5, 11, numeral 8, 12, numeral 6, y 13, numeral 4, del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de contratación estatal relacionadas en los artículos antes referidos. Esta competencia consultiva se relaciona con el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755, que dispone lo siguiente:

Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

 La ley es clara cuando establece que los conceptos emitidos por las autoridades al responder peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas –como fue el caso del concepto de la solicitud de queja– no son de obligatorio cumplimiento o de obligatoria ejecución, en otras palabras, no tienen efectos vinculantes. Las respuestas emitidas como concepto, entonces, consisten en la posición hermenéutica que las entidades tienen respecto del ordenamiento jurídico. Esto explica por qué esta Agencia no resuelve controversias concretas ni brinda asesoría a los partícipes de la contratación estatal[[1]](#footnote-1).

 Esta posición es compartida por varias entidades públicas que ejercen la misma función. Por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación aclaró que el concepto «sólo constituye un criterio auxiliar de interpretación y que no tiene carácter vinculante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 5° de la Ley 153 de 1887 y 28 de la ley 1437 de 2011»[[2]](#footnote-2). Igualmente, en concepto del año 2017[[3]](#footnote-3), la Contraloría General de la República precisó que los «[…] conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que […] no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes […]».

 En términos generales, lo que se busca es que la opinión jurídica de la entidad sirva a los ciudadanos y a la administración pública para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, y como criterio de orientación para el cumplimiento de sus competencias legales, sin que tome partida por uno u otro, pues a la autoridad que emite el concepto no le compete resolver una controversia o prevenir una problemática, esto es, no le corresponde determinar quién tienen la razón en su interpretación normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes y, mucho menos, valida la del peticionario, ya que las competencias consultivas no lo permiten. Al respecto, el profesor Enrique José Arboleda Perdomo[[4]](#footnote-4), al interpretar el artículo transcrito, expuso lo siguiente:

El artículo 28 regula los efectos jurídicos de los conceptos que emita la entidad como respuesta a las consultas que le formulen los particulares, ordenando que *no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución*. De este mandato surgen las siguientes consideraciones:

La primera, que un concepto no es un acto administrativo de contenido particular pues en sí mismo no contiene una manifestación de la voluntad de la administración que tenga la virtualidad de producir efectos jurídicos vinculantes, en relación con el peticionario, con la autoridad que conceptúa y aún frente a terceros que pudieran estar interesados en la respuesta.

La segunda, que la forma como la administración actúa de manera vinculante para sí misma y para la Generalidad de las personas es el reglamento, no sólo a través de la potestad reglamentaria propia del presidente de la República, sino a través de los demás reglamentos de la administración en el preciso marco de las competencias de cada organismo o entidad, por lo cual los conceptos emitidos no pueden suplir ni menos aún competir con los reglamentos.

La tercera, que los conceptos no pueden interpretar la ley en el sentido de darle un alcance o proferir un sentido frente a otro posible, se limitan a explicar las competencias a cargo de la entidad y la forma de ejercerlas, con el fin de orientar a los particulares en el cumplimiento de sus deberes o el ejercicio de sus derechos.

 A las autoridades que ejercen funciones consultivas no les corresponde darle un alcance o preferir un sentido frente a otro, ya que estas se limitan a expresar su posición hermenéutica respecto a las disposiciones normativas. En tal sentido, no pueden, pues, sobreponer su opinión sobre otras posibles. Así, puede pasar, por ejemplo, que un ministerio considere que una norma debe entenderse en un sentido, pero que otra entidad, vinculada o adscrita a ese ministerio, entienda que la misma norma debe interpretarse de otra manera. Eso hace parte de la lógica deliberativa y dialéctica del funcionamiento del Estado y, en cierta medida, refleja el principio democrático. De todos modos, esto no significa que el criterio de una u otra tenga validez o prevalencia sobre la otra, ya que se trata de opiniones emitidas a título de concepto, pese a que entre las entidades exista una jerarquía o de la naturaleza y competencias que se prediquen de una y otra. Incluso, aun cuando los jueces interpreten con autoridad el sentido de la disposición normativa, el concepto emitido por la entidad no deja de ser tal y no adquiere efectos vinculantes, por más que coincida con el de la autoridad judicial, pues, en esa hipótesis, lo que vincula es la decisión del juez, no el criterio de la entidad que ejerció la función consultiva, pues, como se viene diciendo, dicha competencia se enmarca en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, en otras palabras, los conceptos «no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución».

 En similares términos, el artículo 112 de la Ley 1437 de 2011 establece, en relación con la Sala de Consulta y Servicio Civil, que «los conceptos de la Sala no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario»[[5]](#footnote-5). Se trata, *mutatis mutandi*,del ejercicio de una función consultiva, cuyos efectos, por ende, serán los mismos: no vinculantes ni de obligatorio cumplimiento. En relación con el tema objeto de controversia, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[6]](#footnote-6), se pronunció en los siguientes términos:

De otra parte, recuerda la Sala que la función consultiva no constituye un trámite controversial de tipo judicial; se encuentra establecida como un mecanismo constitucional dirigido a asegurar que la actuación de la Administración se adecue al ordenamiento jurídico y al interés general por el que le corresponde velar en el ejercicio de sus funciones. La defensa del ordenamiento jurídico por esta vía se realiza a través de un órgano independiente y autónomo del poder judicial, que actúa por tanto con independencia de criterios, dentro de una lógica de colaboración armónica de poderes (art.113 C.P).

No se trata entonces de dar la razón a una u otra posición en temas controvertibles, sino de rendir un concepto jurídico que sirva a la Administración en la búsqueda del cumplimiento de las finalidades esenciales del Estado.

 El ejercicio de la función consultiva del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 descarta la resolución de controversias en curso o de problemas cuyos efectos se concreten. Lo primero, debe manejarlo la propia entidad ante la que se presenta el problema, y lo segundo el juez competente. En últimas, siempre que no exista una decisión judicial vinculante, los destinatarios de la norma serán los que interpreten el ordenamiento jurídico. Así las cosas, a título de ejemplo, si una entidad considera que un término vence en un momento específico, habida cuenta de su lectura exegética de la norma respectiva, pero otra entiende que el término vence en otro momento, amparada en una lectura teleológica del ordenamiento jurídico, serán los destinatarios de dicha norma los que decidirán cuál es la interpretación por la que optan, claro está, sin perjuicio del posterior control judicial que podrá hacerse a solicitud de alguno de los interesados. No se trata, entonces, de jerarquías interpretativas sino de opiniones diferentes. El peso de la interpretación depende de la razonabilidad de los argumentos y de la inteligibilidad de la opinión, pero nunca de la autoridad de quien opina.

 Otro asunto es que la entidad que lee la norma exegéticamente, luego de la decisión judicial, ejerza sus competencias desconociendo la interpretación del juez, como podría pasar, en el ejemplo propuesto, si la entidad rechaza por extemporáneo un recurso, omitiendo la lectura que los jueces hicieron con criterio de autoridad. Con todo, por la naturaleza de la función consultiva, es perfectamente válido que la misma entidad, a título de concepto, mantenga la opinión que no coincide con la judicial, porque la misma no es vinculante.

 Así las cosas, los conceptos de esta Agencia no son actos administrativos, no tienen efectos vinculantes en relación con una situación jurídica particular y concreta, y exponen un criterio que, aunque jurídicamente fundamentado, no representan la única interpretación válida del ordenamiento jurídico. En esta medida, la queja propuesta por el peticionario no da lugar a modificar el criterio jurídico de la entidad sobre el tema consultado.

 Lo anterior no implica que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considere inalterables sus posturas, pues, de ser necesario, podría replantear una tesis previamente expuesta, bajo estrictos estándares argumentativos, al emitir otro concepto, ya que, dada su falta de vinculatoriedad, la legitimación de sus posturas proviene de la fuerza de los argumentos. De esta manera se reiteran las razones por las cuales esta Agencia mantiene su postura emitida en conceptos anteriormente citados.

**2.2. El precio**

Para el Diccionario de la Lengua Española el precio es el «valor pecuniario en que se estima algo». En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos una definición de precio en el Código Civil y en el Código de Comercio. Ambas codificaciones, al regular el contrato de compraventa, definen el precio como el dinero que el comprador suministra por la cosa vendida:

[Artículo 1849 del Código Civil]: La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y esta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.

[Artículo 905 del Código de Comercio]: La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a trasmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.

A partir de esta definición podría deducirse que para el ordenamiento jurídico colombiano el precio es lo que se entrega como retribución de un bien o servicio, es decir, no es lo que se anuncia como valor, o una parte de lo que cuesta el bien o servicio, sino lo que el comprador efectivamente entrega o paga como contraprestación por la cosa recibida.

El Consejo de Estado ha señalado que en el precio se entienden incluidos todos los costos en que se incurre para vender un bien o prestar un servicio: “El precio cubre los costos en que incurre la entidad para prestar el servicio, incluyendo los gastos de funcionamiento y las previsiones para amortización y crecimiento de la inversión”[[7]](#footnote-7).

La doctrina también ha teorizado en torno a lo que se debe entender incluido en el precio en la contratación estatal. Así, se ha sostenido que dentro del precio se incluyen todos los costos en que incurre el contratista para cumplir con las obligaciones que va a adquirir y satisfacer su derecho a obtener utilidad:

En primer lugar, el precio debe incluir los costos en que incurrirá el contratista para cumplir sus obligaciones y obtener la utilidad que espera del negocio. Esto significa que hacen parte del precio las inversiones y gastos que deba hacer, más la utilidad que espera. Entre los costos se encuentran los impuestos que afectarán el contrato, por ejemplo, el IVA, la contribución especial, las estampillas, y otros. Esta precisión resulta importante porque el valor, que incluye el impuesto, determina el precio final. Basta hacer una pregunta para entender la idea: ¿un bien gravado puede venderse sin el impuesto, sin violar las normas tributarias? Como no es posible, entonces es inevitable incorporarlo al costo, porque el oferente -futuro contratista- inevitablemente debe incurrir en él, so pena de no poder cobrarlo luego. En otras palabras, es absurdo presentar una oferta que no incluya los impuestos que gravan la actividad o los productos, guardando la esperanza de que se adjudique el contrato por ese precio -que será bajo-, y confiando en que posteriormente se podrá facturar el impuesto, so pretexto de que al fin y al cabo la ley grava la actividad. Por el contrario, el oferente tiene la obligación de incluir todos los gastos en que incurrirá para vender sus bienes o servicios, so pena de que la entidad entienda que el precio ofrecido los incluye, y luego sólo pagará el precio ofertado, pues allí se debieron incluir -es lo lógico y así debe entenderse- todos los gastos en que incurrirá el proponente[[8]](#footnote-8).

 Conforme con lo expuesto, podemos afirmar que el precio es el total del valor que paga el comprador por un bien o servicio, y eso incluye los impuestos, por una sencilla razón, ningún comprador podrá hacerse a la propiedad de una cosa o beneficiarse de un servicio sino paga la totalidad de lo que incluye el precio. En otros términos, si la venta de determinado bien o servicio está gravado con impuestos, estos se entienden incluidos en el precio, pues no se podrá tener acceso al bien si no se paga la totalidad de lo que vale.

**2.2. Selección objetiva e igualdad de trato**

El principio de selección objetiva se encontraba regulado, en un primer momento, en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, el cual fue derogado y sustituido por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 5°. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios […] 2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello […].

Como se puede observar, el principio de selección objetiva en el Estatuto General de Contratación es complejo, por cuanto del mismo se derivan una multiplicidad de reglas que están dirigidas a que el oferente escogido sea aquel que realice el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que persigue con la contratación. Es objetiva porque esta optimización de la favorabilidad está basada en criterios técnicos y económicos propios de la oferta y no en factores subjetivos, como afectos o intereses particulares hacia el oferente. En otras palabras, la objetividad de la selección se centra en los factores de la oferta y no en criterios subjetivos del proponente.

Ahora bien, cuando la norma habla de motivaciones subjetivas no deben entenderse los factores que cualifican al proponente, y que sin duda son subjetivos porque pertenecen al sujeto, como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera o de organización, o inclusive, su régimen tributario, cuando ello sea un factor que incida en su oferta. La prohibición de selección subjetiva lo que busca es que la adjudicación de los contratos estatales no se realice con base en consideraciones de tipo personal, ajenas a la calidad de la oferta presentada.

El Consejo de Estado, al interpretar el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993, señaló que el ofrecimiento más favorable es el resultante de la ponderación de los factores contenidos en el pliego de condiciones, tales como experiencia, organización, equipos, plazos, precio, entre otros:

La misma norma se ocupa de definir que se entiende por ofrecimiento más favorable, aquel que resulte ser el mejor a la luz de los factores o criterios de selección contenidos en los pliegos de condiciones que sirven de fundamento para la comparación de ofertas y la selección del contratista; entre ellos se enuncian, el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos ofrecidos, los plazos propuestos, el precio y la ponderación detallada y concreta de los mismos, sin que la favorabilidad pueda resultar de factores no previstos en los pliegos. Estos aspectos, al tenor de la citada norma, deberán tenerse en cuenta no solo cuando la selección se hace mediante el procedimiento de la licitación o el concurso públicos, sino también cuando ésta se adelanta mediante contratación directa.

Resulta entonces claro que, en aplicación de este principio, la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa; en consecuencia, la escogencia de un ofrecimiento que no haya logrado la máxima puntuación, obedecería a criterios diferentes a los plasmados en los documentos que rigieron la selección, lo cual viciaría de nulidad tanto el acto de adjudicación como el contrato celebrado bajo estas condiciones, en razón de haberse desconocido el principio de selección objetiva[[9]](#footnote-9).

Teniendo en cuenta que el principio de selección objetiva busca que la entidad adjudique el contrato al oferente con la propuesta más favorable, la norma define este concepto como la propuesta más ventajosa, luego de ponderar los factores técnicos y económicos. Así las cosas, para que la entidad pueda determinar cuál es la oferta que más ventaja le reporta, lo lógico es que la comparación de precios se haga sobre los que finalmente tendrá que pagar, es decir, no puede realizarse una ponderación adecuada, en el factor económico, si la entidad compara precios que no son reales, pues ello es lo que ocurre si en dicha comparación se toman precios que no serán los que finalmente pagará, porque no se encuentra incluido el IVA o cualquier otro impuesto.

El principio de selección objetiva, antes que avalar que la entidad deba comparar las ofertas económicas sin tener en cuenta el IVA, busca que la comparación se haga sobre la realidad de lo ofrecido por cada proponente, es decir, el valor total de lo que deberá pagar la entidad cuando adjudique el contrato y una vez este sea ejecutado.

De otro lado, el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política es un pilar fundamental, no solo de la contratación estatal sino del ordenamiento jurídico. La igualdad, según la Corte Constitucional, tiene la connotación de principio, valor y derecho, por lo que representa un criterio de obligatoria observancia tanto para la producción, como para la aplicación e interpretación del derecho[[10]](#footnote-10).

A la luz del artículo 209 de la Constitución Política, la igualdad es uno de los principios orientadores de la función administrativa y en virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento, como lo ordena el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011.

En el ámbito de la contratación pública, la igualdad se materializa a través del equilibrio de todos los oferentes frente al proceso de selección, desde la exigencia de los requisitos estipulados en los pliegos de condiciones, en la calificación de sus ofertas y en su selección. La igualdad en los procesos de contratación supone que las condiciones a las que se enfrentan los proponentes sean las mismas para todos y que la oferta adjudicada sea la más favorable a la entidad.

Por ello el Consejo de Estado ha determinado que la aplicación del principio de igualdad en la contratación pública materializa otros principios de similar importancia como la selección objetiva y la transparencia:

La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración. Y la sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes[[11]](#footnote-11).

Ahora bien, en el escenario de un proceso de selección en el que se presentan varios oferentes, algunos de ellos en un régimen tributario en el cual son responsables de IVA y otros en un régimen que no los hace responsables de tal impuesta, resulta necesario preguntarse, ¿el principio de igualdad obliga a que la entidad evalúe las ofertas económicas sin tener en cuenta el mencionado impuesto en el precio ofertado? La respuesta es no.

La posición que adopta la Subdirección de Gestión Contractual es que el IVA hace parte del precio que ofrece cada proponente, y así debe ser ponderado al momento de la evaluación de las ofertas. Si un proponente está en capacidad de ofrecer un precio menor porque, según su régimen tributario, no es responsable de IVA, entonces eso hace parte de las condiciones de su oferta, y evidentemente podría estar en ventaja, en lo que respecta al precio, frente a otro proponente que sea responsable del pago del impuesto, pero ello no representa un trato desigual que imponga la entidad, pues es el precio que puede ofrecer cada proponente.

La misma reflexión cabría, por ejemplo, si un proponente es capaz de ofertar a unos precios significativamente inferiores que el resto de los competidores porque su estructura de costos se lo permite, o porque tiene acceso a créditos a una tasa de interés más baja que el resto o porque es propietario de la maquinaria y no debe pagar alquiler. Todas estas situaciones, incluida la del IVA, son aspectos que inciden en el precio neto que puede ofrecer cada proponente y en la calidad de su oferta.

No puede alegarse que se viola el principio de igualdad cuando una entidad compara el precio real que ofrece cada proponente, pues la jurisprudencia constitucional tiene bien determinado que la igualdad de trato se predica entre iguales. En otras palabras, para que se pueda exigir el respeto de la igualdad se debe demostrar que se está en la misma situación de hecho y de derecho.

Además, debe tenerse presente que la definición del régimen tributario aplicable a los proponentes que se presentan al procedimiento de selección no es realizada por la entidad estatal, sino que es un tema definido por el legislador, quien optó por establecer ciertas cargas a algunos sujetos y a otros no. Es decir que la distinción o discriminación fue realizada por el legislador.

La Corte Constitucional ha señalado que un correcto entendimiento del derecho a la igualdad parte de la consideración de tratar igual a quienes estén en situaciones esencialmente similares y desigual a quienes estén en situaciones diferentes:

La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles[[12]](#footnote-12).

Así las cosas, no puede predicarse igualdad de trato frente a quienes no se encuentran en la misma situación. Entonces, no podría justificarse que en un proceso de selección donde existen oferentes que proponen un precio con IVA, por ser responsables de este, y otros que no, la ponderación de propuestas se haga descontando el IVA para todos, pues ello, antes que realizar el principio de igualdad, lo violenta.

En efecto, no se encuentran en la misma situación quienes ofrecen un precio con IVA y quienes son capaces de ofrecerle a la entidad ese precio sin el impuesto, porque no tienen que pagarlo. Frente al criterio de comparación, en este caso, el precio, los oferentes estarían en situaciones diferentes, y no por un criterio que hubiere adoptado la entidad, sino por un aspecto que le es propio a cada oferente, como es su régimen tributario.

Como ya se señaló los impuestos son parte integral del precio, pues es lo que finalmente terminará pagando la entidad cuando adjudique el contrato y es por esto por lo que, en aplicación de los principios de selección objetiva y de igualdad, la entidad contratante debe evaluar las ofertas con base en el precio neto, final o real, que ofrezca cada proponente, toda vez que de esa comparación surgirá la oferta más favorable o ventajosa para el Estado.

Finalmente, se reitera que la entidad debe buscar en el mercado la oferta más favorable desde una perspectiva económica. En ese contexto, los compradores públicos se pueden beneficiar, como lo harían los privados, de obtener productos pagados a precios netos menores, como consecuencia de que el oferente no está en la obligación de cobrar el IVA como consecuencia de su régimen tributario.

1. **Respuesta**

Usted presenta una queja en contra del Concepto CU-182 del 31 de marzo de 2020, pues considera que resulta incoherente evaluar el valor total de la propuesta sin tener en cuenta que algunos oferentes deben cargar el IVA, mientras que otros no deben hacerlo. Por tanto, solicita revisar nuevamente el concepto y hacer los cambios pertinentes para permitir la evaluación en igualdad de condiciones.

Dada la naturaleza del concepto, de acuerdo con las consideraciones expuestas anteriormente, no es posible acceder a la solicitud. Por el contrario, en esta ocasión se reitera que las entidades estatales como otros compradores en el mercado pueden beneficiarse de las diferencias entre precios netos causadas por diferencias en el régimen tributario de los oferentes. La inclusión o no del IVA en el precio final es una situación de origen legal, por lo que, si un oferente es responsable de IVA y ello influye en el precio ofertado, la ponderación debe hacerse sobre el precio final, sin importar si en el procedimiento de selección participan otros oferentes que no son responsables de dicho impuesto.

Este concepto, al igual que el que se reitera, tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Barreto CifuentesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Cfr. Respuestas emitidas dentro de los radicados Nos.: 4202013000002250, 4202013000002249, 202013000002232, 4202013000002225, 4202013000002227, 4202013000002220, 4202013000002221, 4202013000002217, 4202013000002215, 4202013000002230, 4202013000002223, 4202013000002219, 4202013000002237, 4202013000002210, 4202013000002278, 4202013000002277, 4202013000002272, 4202013000002696, 4202013000002699, 4202012000002681, 4202012000002683, 4202012000002676, 4202012000002682, 4202012000002689, 4202013000002697, 4202013000002723, 4202012000002688, 4202013000002813, 4202013000002808, 4202013000002798, 4202013000002793, 4202013000002792, 4202013000002791, 4202013000002790 y 4202020000002788, entre muchos otros similares. [↑](#footnote-ref-1)
2. Procuraduría General de la Nación. Concepto del 15 de octubre de 2014. Procuraduría Delegada para Asuntos Disciplinarios. Radicado PAD C-114-2014. [↑](#footnote-ref-2)
3. Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 80112-OJ-008 2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. ARBOLEDA PERDONO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2ª ed.). Editorial Legis. Bogotá. 2012. p.59. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cfr. HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. Función Consultiva y Consejo de Estado en Colombia. Ponencia presentada en las III Jornadas Internacionales de la Función Consultiva, organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y el programa de Postgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM. México. 2012. Pág. 9. Texto disponible para ser consultado en el siguiente hipervínculo: https://issuu.com/estudiolegalhernandez/docs/ahb.\_funci\_\_n\_consultiva\_y\_consejo\_. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de octubre de 2009. Expediente 11001-03-06-000-2009-00049-00(1966). C.P. William Zambrano Cetina. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de octubre de 2002. Exp 13.408. C.P. Ligia López Díaz. [↑](#footnote-ref-7)
8. Marín Cortés, Fabián G. *El precio*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2012, p. 60. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Rad. 1996-00309-01 (15.324). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-9)
10. «La igualdad tiene un triple rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho. En tanto valor, la igualdad es una norma que establece fines, dirigidos a todas las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; en tanto principio, la igualdad es una norma que establece un deber ser específico y, por tanto, se trata de una norma de mayor eficacia que debe ser aplicada de manera directa e inmediata por el legislador o por el juez; en tanto derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que “se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para los grupos que se encuentran en debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles». Corte Constitucional. Sentencia C-811 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2001. Rad. 1996-3771-01 (12.037). C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-12)