**CCE-DES-FM-17**

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

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 el concepto que se anexa en la presente consulta– no son de obligatorio cumplimiento o de obligatoria ejecución. En otras palabras, no tienen efectos vinculantes. A raíz de esto, si bien las respuestas emitidas como concepto no son vinculantes, estas tienen importancia hermenéutica y también sirven como guía para los ciudadanos y la Administración pública.

[…] Así las cosas, los conceptos de esta Agencia 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.

**PRECIO – Noción – Inclusión – Impuesto al Valor Agregado**

Conforme con lo expuesto, podemos afirmar que el precio es el total del valor que paga el comprador por un bien o servicio, incluyendo el IVA, pues ningún comprador podrá hacerse a la propiedad de una cosa o beneficiarse de un servicio si no paga la totalidad de lo que incluye el precio. En otros términos, si la venta de determinado bien o servicio está gravada con el IVA, este se entiende incluido en el precio, pues el comprador no podría adquirir el bien si no paga el precio bruto más el IVA.

**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.

[…] 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.

**EVALUACION 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.



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 13 Enero 2021

Señor

**Juan Cruz**

Bogotá D.C.

**Concepto C-772 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | PRECIO ‒ Incluye los impuestos / EVALUACIÓN DEL PRECIO ‒ Principio de selección objetiva / Principio de igualdad / Costo real ‒ Incluye IVA |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20201128000222 |

Estimado señor Cruz,

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública―Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 27 de noviembre de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: «¿Puede la Entidad Estatal evaluar las propuestas discriminando el IVA para evaluar en igualdad de condiciones a proveedores que pertenecen al régimen común y al régimen simplificado?» «¿Es el documento anexo soporte suficiente para afirmar que los oferentes deben evaluarse en igualdad de condiciones, es decir precios antes de IVA?»

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública―Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la inclusión del IVA en la evaluación de las ofertas económicas, correspondiendo a la posición actual los conceptos del 18 de noviembre de 2019 No. Rad. [2201913000008566](http://poxta2.colombiacompra.gov.co/sites/docs/_layouts/15/listform.aspx?PageType=6&ListId=%7b41406f67-8aaf-444a-8f23-f6b9ad006b34%7d&ID=91046), CU-182 del 31 de marzo de 2020, C-204 del 31 de marzo de 2020, C-439 del 27 de julio de 2020, C-469 del 27 de julio del 2020 y C-480 del 16 de julio de 2020. La tesis propuesta se expone a continuación:

**2.1. Alcance 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 normas de la contratación estatal.

 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 el concepto que se anexa en la presente consulta– no son de obligatorio cumplimiento o de obligatoria ejecución, en otras palabras, no tienen efectos vinculantes. A raíz de esto, si bien las respuestas emitidas como concepto no son vinculantes, estas tienen un valor de importancia hermenéutica y también sirven como guía para los ciudadanos y la Administración pública.

 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»[[1]](#footnote-1). Igualmente, en concepto del año 2017[[2]](#footnote-2), 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 […]».

 De igual forma, 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»[[3]](#footnote-3). 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[[4]](#footnote-4), 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.

 Así las cosas, los conceptos de esta Agencia, 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. Por lo tanto, frente a la segunda pregunta elevada por el peticionario, es necesario aclarar que el alcance del «soporte», referido al uso de un concepto jurídico para fundamentar una afirmación, es válido para justificar una posición jurídica, pero en ninguna medida debe entenderse obligatorio para las entidades estatales ni para los particulares.

 De todos modos, el concepto que se anexa en la petición elevada no corresponde a la posición actual de Colombia Compra Eficiente, pues en el concepto No. Rad. [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, la Agencia replanteó la tesis expuesta en el concepto No. Radicado 216130001598 –documento que anexa el peticionario– para indicar que en la evaluación de las ofertas económicas, el precio se debe valorar con la inclusión del IVA, pues de lo contrario la entidad no podría elegir la oferta que resulta más favorable económicamente y estaría vulnerando los principios de selección objetiva e igualdad entre proponentes.

 Este cambio de posición fue posteriormente reiterado en el concepto CU-182 del 31 de marzo de 2020, C-204 del 31 de marzo de 2020, C-439 del 27 de julio de 2020, C-469 del 27 de julio del 2020 y C-480 del 16 de julio de 2020. Las tesis y argumentos expuestos en esos conceptos se replican a continuación:

**2.2. El precio establecido en la oferta dentro de un proceso de contratación estatal debe incluir todos los costos del bien o servicio**

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, aunque incipiente, podría deducirse que para el ordenamiento jurídico colombiano el precio es lo que se entrega como retribución de un bien o servicio. El Consejo de Estado explica que en el precio están 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»[[5]](#footnote-5).

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[[6]](#footnote-6).

Conforme con lo expuesto, podemos afirmar que el precio es el total del valor que paga el comprador por un bien o servicio, incluyendo el IVA, pues ningún comprador podrá hacerse a la propiedad de una cosa o beneficiarse de un servicio si no paga la totalidad de lo que incluye el precio. En otros términos, si la venta de determinado bien o servicio está gravada con el IVA, este se entiende incluido en el precio, pues el comprador no podría adquirir el bien si no paga el precio bruto[[7]](#footnote-7) más el IVA.

Piénsese, por ejemplo, que una persona quiere comprar una camisa cuyo precio es de 100 mil pesos más IVA, ello quiere decir que el precio real de la camisa no es 100 mil pesos, sino 119 mil pesos, pues el comprador tendrá que sufragar la totalidad de ese monto ‒que incluye el IVA‒ para poder adquirirla, de lo contrario no podrá hacerlo.

**2.3. IVA en la evaluación de las ofertas**

El impuesto al valor agregado ‒IVA‒ es un tributo que se deduce a partir de los precios que los consumidores pagan por los bienes y servicios. Este gravamen tiene carácter nacional y naturaleza indirecta. En Colombia, por regla general, el IVA se aplica en todos los momentos del ciclo económico, tales como la producción, distribución, comercialización e importación.

La Subdirección de Gestión Contractual, en anteriores ocasiones, ha tenido la oportunidad de conceptuar en relación con la incidencia del régimen tributario en la evaluación de las propuestas. Por ejemplo, en la consulta de radicado No. 2201913000003723 del 30 de mayo de 2019, sostuvo lo siguiente:

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la directriz dada por esta Entidad respecto de evaluar las ofertas sin tener en cuenta el IVA busca garantizar que los oferentes sean evaluados en igualdad de condiciones; pero la adjudicación se hará por el valor total de la oferta incluyendo los impuestos en concordancia con lo dispuesto por el Decreto 1082 de 2015 que prevé que la suscripción del contrato sea por el precio total ofrecido.

Como se observa, según la tesis adoptada previamente por esta Subdirección, al momento de la ponderación de las ofertas económicas, la entidad debe comparar los ofrecimientos sin tener en cuenta el IVA, ello para garantizar que los oferentes sean evaluados en igualdad de condiciones. Además, se sostuvo que el principio de selección objetiva implica que el contratista seleccionado es aquel que haga un mejor ofrecimiento objetivo a la entidad, sin que se pueda tener en cuenta factores de índole subjetivo, como el régimen tributario al que pertenecen los oferentes:

La Entidad Estatal no debe hacer diferencia entre los proponentes en función del régimen tributario al que pertenecen teniendo en consideración: (i) la igualdad de oportunidades entre los proponentes prevista por el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 como directriz para la selección de contratistas; (ii) el referido principio de selección objetiva y, (iii) en el caso de bienes o servicios excluidos de IVA por su origen extranjero, la igualdad de condiciones de participación para proponentes nacionales y extranjeros prevista por los parágrafos 1 y 2 del artículo 20 de la Ley 80 de 1993[[8]](#footnote-8).

En virtud de lo anterior, esta Subdirección recalcó que si en los procesos de selección se presentan oferentes que pertenecen al régimen simplificado de IVA, las entidades deben evaluar las ofertas sin tener en cuenta el impuesto, esto es, evaluar las ofertas sobre el precio neto del bien o servicio, esto es, antes del IVA. Este criterio fue reiterado por la Subdirección en varios conceptos[[9]](#footnote-9).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la justificación del anterior criterio fue la garantía de los principios de selección objetiva e igualdad de trato de los oferentes por parte de la entidad contratante, se consideró necesario modificar la tesis anteriormente expuesta y, con fundamento en estos principios, establecer que la entidad estatal debe tener en cuenta el IVA al momento de evaluar el precio ofrecido, para garantizar el cumplimiento de los principios ya mencionados. Dicha argumentación, se presenta a continuación.

**2.4. Selección objetiva e igualdad de trato en la evaluación de la oferta económica**

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 observa, el principio de selección objetiva en el Estatuto General de Contratación es complejo, por cuanto en virtud del mismo se deriva una multiplicidad de reglas, las cuales 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 alude a 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. En tal sentido, esa Corporación indicó:

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[[10]](#footnote-10).

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. Ello es lo que ocurre si en dicha comparación se toman precios que no serán los que finalmente se pagarán, por no estar incluido el IVA.

El principio de selección objetiva, antes que permitir que la entidad compare 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 terminará pagando la entidad cuando adjudique el contrato.

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[[11]](#footnote-11).

A la luz del artículo 209 de la Constitución Política, la igualdad es uno de los principios orientadores de la función administrativa. En virtud de tal principio las autoridades deben otorgar 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. Al respecto, la jurisprudencia señala:

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[[12]](#footnote-12).

 Es 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. De esta manera, se entiende que es de gran importancia la garantía de igualdad en un proceso de selección, porque dicho postulado exige el trato equivalente entre quienes presentan propuestas, lo que se refleja también en la etapa de la evaluación, pues en esta no se pueden aplicar criterios diferenciales arbitrarios entre los oferentes.

 Ahora bien, en el escenario de un procedimiento de selección en el que se presentan varios oferentes, unos que según su régimen tributario son responsables de IVA y otros que no, hay que 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 negativa.

La posición que reitera y adopta la Subdirección de Gestión Contractual en esta oportunidad 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 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 hay que 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 fijado 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, indicando que «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»[[13]](#footnote-13).

Así las cosas, no puede predicarse igualdad de trato frente a quienes no se encuentran en la misma situación. Por ello, 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 no garantizaría el principio de igualdad, sino que puede incluso vulnerarlo.

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

Por último, se reitera que la entidad estatal, al buscar la oferta más favorable desde una perspectiva económica, no estaría vulnerando los principios de selección objetiva y de igualdad entre proponentes, por elegir al proponente que realizó la oferta económica más favorable al estar exento de cobrar el IVA.

**3. Respuestas**

«¿Puede la Entidad Estatal evaluar las propuestas discriminando el IVA para evaluar en igualdad de condiciones a proveedores que pertenecen al régimen común y al régimen simplificado?

¿Es el documento anexo soporte suficiente para afirmar que los oferentes deben evaluarse en igualdad de condiciones, es decir precios antes de IVA?»

Con fundamento en las consideraciones expuestas en este documento, Colombia Compra Eficiente reitera que la evaluación de las propuestas económicas se realiza sobre el precio real ofrecido por cada proponente. Por lo tanto, la inclusión del IVA en el análisis de las ofertas económicas es esencial para que la entidad pueda determinar cuál es la oferta que más le favorece desde un punto de vista económico. Además, se considera que si se evaluaran las propuestas discriminando el IVA, no se daría cumplimiento a los principios de selección objetiva e igualdad entre proponentes, sino que por el contrario se estarían vulnerando tales principios.

 El documento que anexa el peticionario no corresponde a la posición actual de Colombia Compra Eficiente frente a la inclusión del IVA en la evaluación de las ofertas. Se aclara que los conceptos de la Agencia no son vinculantes, pero tienen una utilidad hermenéutica importante y pueden ser usados como guías para que los ciudadanos y entidades estatales puedan soportar sus posiciones jurídicas frente a un tema de contratación estatal.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Torres RojasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. Procuraduría General de la Nación. Concepto del 15 de octubre de 2014. Procuraduría Delegada para Asuntos Disciplinarios. Radicado PAD C-114-2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 80112-OJ-008 2017. [↑](#footnote-ref-2)
3. 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-3)
4. 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-4)
5. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de octubre de 2002. Exp 13.408. C.P. Ligia López Díaz. [↑](#footnote-ref-5)
6. Marín Cortés, Fabián G. *El precio*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2012, p. 60. [↑](#footnote-ref-6)
7. En términos financieros, el precio bruto se refiere al «precio sobre el que no se le han aplicado los impuestos correspondientes». Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Ibídem* [↑](#footnote-ref-8)
9. Colombia Compra Eficiente, Concepto del 5 de mayo de 2018, Rad. 2201813000004171; Concepto del 19 de agosto de 2016, Rad. 216130004025; Concepto del 15 de agosto de 2016, Rad. 216130004597, entre otros. [↑](#footnote-ref-9)
10. 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-10)
11. «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-11)
12. 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-12)
13. Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-13)