**ADMINISTRACIÓN, IMPREVISTOS Y UTILIDADES – Noción – Elementos – Ausencia de regulación normativa**

El A.I.U. es una forma de presentar el análisis de costos o precios de la oferta y del contrato y es de la libertad de las partes utilizarlo y cuantificarlo en forma independiente al valor directo de la obra o como un porcentaje de la misma o, simplemente no discriminarlo e incorporarlo en el valor de los precios unitarios. Si bien el A.I.U. es con concepto sin definición en la legislación contractual colombiana, sus características, finalidades y componentes han sido decantados por la jurisprudencia contencioso-administrativa, así como por esta Agencia. De esta forma, al definir los elementos conformantes del A.I.U., el Consejo de Estado ha dicho que el rubro «A» corresponde a los costos indirectos por concepto de administración para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista. El rubro «I» comprende «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», y debe ser diferenciado claramente de los hechos o eventos imprevisibles que corresponden al instituto del desequilibrio económico del contrato por virtud de la teoría de la imprevisión, tal y como lo ha dicho el Consejo de Estado. […] Por su parte, el componente «U» hace referencia a una estimación de la utilidad que espera obtener el contratista por cumplir con el objeto contractual convenido. […] 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 y cumpliendo los principios de la contratación estatal, en particular, el principio de economía y planeación. 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 los 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, el cual exige la optimización de los recursos públicos.

**RECHAZO DE LA OFERTA – Causales – Límites al contenido del pliego de condiciones**

El rechazo de las ofertas y los eventos en los que proceden han sido asuntos de los que se ha ocupado la legislación nacional en materia de contratación pública, por lo que «la competencia de las entidades estales para establecer eventos de exclusión de propuestas es de carácter residual y restringido». En ese sentido, si bien las entidades estatales, en ejercicio de la discrecionalidad que les corresponde en la configuración de los pliegos de condiciones, tienen competencia para determinar los requisitos que deben cumplir los proponentes para la presentación de ofertas y regular los eventos en los que procede su rechazo, el ejercicio de tales facultades encuentra ciertos límites en la ley y el reglamento, así como en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

**SUBSANABILIDAD DE LA OFERTA – Procedencia – Límites**

[U]no de los límites a la facultad para establecer causales de rechazo, se encuentra en la regla de subsanabilidad del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, según la cual «La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos», por lo que las entidades no podrán establecer causales de rechazo referentes a meros requisitos formales o rechazar las ofertas por esa razón. […]. [L]a facultad de las entidades estatales para incluir en los pliegos de condiciones causales de rechazo de las ofertas, no es una facultad absoluta, en la medida que se encuentra limitada por lo dispuesto en ley, al igual que por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales exigen que las causales de rechazo que sean establecidas por la entidad, además de no contrariar el ordenamiento jurídico, no versen sobre aspectos meramente formales sin relevancia para el transcurso del proceso de selección o el perfeccionamiento del contrato. De otro lado, teniendo en cuenta lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 1882 de 2018, en lo relativo a la subsanabilidad de los requisitos que no asignen puntaje, previo a la aplicación de una causal de rechazo es necesario respetar la oportunidad que se le debe otorgar a los proponentes de subsanar sus ofertas, en los casos en que resulte procedente de acuerdo con lo establecido en la norma citada.

**CAUSAL DE RECHAZO – Aiu – Pliegos de condiciones tipo**

[E]sta Agencia, haciendo uso de la facultad para emitir documentos tipo conforme a lo establecido en el Decreto-Ley 4170 de 2011 y el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, modificado por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, ha incluido, dentro de diversos pliegos de condiciones tipo, causales para el rechazo de ofertas relacionadas con el tratamiento del A.I.U. Así, por ejemplo, dentro del «documento base o pliego tipo» para licitación de obra de infraestructura de transporte, se consagra como causal de rechazo de la oferta la no discriminación, dentro del componente económico, del porcentaje del A.I.U. en la forma como lo establece el mismo pliego de condiciones y el «formulario 1». En el mismo sentido, la propuesta será rechazada cuando se ofrezca «como AIU un porcentaje cuya sumatoria sea superior al establecido por la Entidad en el Formulario 1– Formulario de Presupuesto Oficial». En todo caso, como se indicó, el alcance de la causal de rechazo dependerá de la regulación establecida en cada pliego de condiciones en particular pues, se reitera una idea recurrente, en el ordenamiento jurídico, concretamente en el EGCAP, no existe una regulación fija respecto al contenido, alcance y forma de presentación de las ofertas utilizando la metodología del AIU.



**CCE-DES-FM-17**



Señor

**Hernán José Cuyares Rodríguez**

Representante Legal

JGC. GRUPO EMPRESARIAL S.A.S.

Bogotá D.C**.**

 **Concepto C - 488 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | A.I.U. (ADMINISTRACIÓN, IMPREVISTOS Y UTILIDADES) – Noción – Elementos – Ausencia de regulación normativa / RECHAZO DE LA OFERTA – Causales – Límites al contenido del pliego de condiciones / SUBSANABILIDAD DE LA OFERTA – Procedencia – Límites / CAUSAL DE RECHAZO – AIU – Pliegos de condiciones tipo |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210730006690 |

Estimado señor Cuyares:

En ejercicio de la función otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – responde la consulta de fecha 29 de julio de 2021 realizada por usted a esta Agencia, relacionada con el cálculo del valor de costos de administración, imprevistos y utilidades A.I.U. en el contexto de los contratos estatales.

1. **Problemas planteados**

En su comunicación, usted plantea la siguiente consulta:

De manera atenta solicito concepto sobre la potestad del oferente para calcular el Valor del A.I.U.

Si existe un valor mínimo establecido para el cálculo de estos valores y si es causal de rechazo el calcular el A.I.U. por debajo del valor establecido en el pliego de condiciones.

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 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 la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

 Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública[[1]](#footnote-1). Esta se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública.

Por ello, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo, a continuación, se analizará el tema referente al régimen jurídico sobre el cálculo de costos indirectos o de administración, imprevistos y utilidades A.I.U., así como lo referente a las causales para el rechazo de las ofertas dentro de los procesos para la selección de contratistas.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el concepto de administración, imprevistos y utilidades –A.I.U.–, por ejemplo, dentro del Concepto del 27 de diciembre de 2019, Radicación No. 2201913000009698, Concepto C-191 del 16 de marzo de 2020, C-211 del 08 de abril de 2020, C-225 del 14 de abril de 2020, C-605 del 13 de septiembre de 2020, C-714 del 09 de diciembre de 2020 y C-731 del 14 de diciembre de 2020. Por otra parte, esta Agencia se ha referido a las causales de rechazo de las ofertas dentro de los procesos para la selección de contratistas y a su inclusión dentro del pliego de condiciones, entre otros, en el Concepto C-675 de del 25 de noviembre de 2020. Las tesis desarrolladas en los conceptos mencionados se reiterarán y complementarán a continuación con la respuesta a la consulta objeto de análisis.

**2.1. Concepto y componentes del A.I.U. (Administración, Imprevistos y Utilidades) como metodología para calcular el precio en los contratos estatales**

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 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 o contraprestación que la entidad contratante le pagará por la ejecución del contrato.

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 entidad usará para estipular el precio. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión; por mencionar algunos ejemplos[[2]](#footnote-2). 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–.

 Así las cosas, 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 implicados 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 directos.

En ese sentido, como manifestación de la autonomía de la voluntad admitida, aunque con matices, dentro del contexto de los contratos estatales, entre otros, por los artículos 32[[3]](#footnote-3) y 40[[4]](#footnote-4) de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales y contratistas pueden hacer uso de un método para cuantificar los costos del valor de la oferta con miras a otorgar un porcentaje a sumas calculadas en el valor del objeto contractual (obra, bienes o servicios) por concepto de costos indirectos de administración, costos por imprevistos y la utilidad esperada del contratista. A este método se le conoce como costos por A.I.U. –Administración, Imprevistos y Utilidades–.

El A.I.U. es una forma de presentar el análisis de costos o precios de la oferta y del contrato y es de la libertad de las partes utilizarlo y cuantificarlo en forma independiente al valor directo de la obra o como un porcentaje de la misma o, simplemente no discriminarlo e incorporarlo en el valor de los precios unitarios[[5]](#footnote-5).

Si bien el A.I.U. es con concepto sin definición en la legislación contractual colombiana, sus características, finalidades y componentes han sido decantados por la jurisprudencia contencioso-administrativa, así como por esta Agencia. De esta forma, al definir los elementos conformantes del A.I.U., el Consejo de Estado ha dicho que el rubro «A» corresponde a los costos indirectos por concepto de administración para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista.

El rubro «I» comprende «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»[[6]](#footnote-6), y debe ser diferenciado claramente de los hechos o eventos imprevisibles que corresponden al instituto del desequilibrio económico del contrato por virtud de la teoría de la imprevisión, tal y como lo ha dicho el Consejo de Estado:

Así también vale la pena señalar, que en los contratos de obra dentro del precio pactado se suele incluir un porcentaje a costos indirectos bajo el nombre de imprevistos, pero ello es solo para los eventos en que se concretan aleas normales u ordinarias que afectan la ejecución de los contratos y que son tasados en un valor determinado pero que no se cobijan allí los que tienen el carácter de extraordinarios o anormales, que de alguna manera desbordan lo calculado por este concepto y de contera impactan el equilibrio económico del contrato y por tanto deben ser reconocidos por la entidad[[7]](#footnote-7).

Por su parte, el componente «U» hace referencia a una estimación de la utilidad que espera obtener el contratista por cumplir con el objeto contractual convenido. Para mayor claridad con respecto a la definición de los rubros comprendidos dentro del A.I.U., resulta pertinente traer a colación lo sostenido por la Sección Tercera del Consejo de Estado:

La legislación contractual no tiene una definición de lo que debe entenderse por el A.I.U que se introduce en el valor total de la oferta. Sin embargo, no hay duda que la *utilidad es* el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato y por costos de administración se han tenido como tales los que constituyen costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista; el porcentaje para *imprevistos,* como su nombre lo indica, está destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato[[8]](#footnote-8).

Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato. Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa manera “como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura,” para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios[[9]](#footnote-9).

El porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la Administración cuando se produzcan (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), son evaluados *a priori* en los presupuestos de contrata. Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podíamos llamar ordinarios... El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales (los que, efectivamente, se realicen), y ahí radica justamente el alea del contrato[[10]](#footnote-10).

En nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como A.I.U – administración imprevistos y utilidades- como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste. Existe sí una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ella.

Esto significa que, desde la celebración del contrato, al incluirse en el precio una partida que se dirigirá a cubrir los posibles gastos imprevistos que puede enfrentar el contratista, sabe que hay unos riesgos que pueden afectar su utilidad.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo en concepto del 5 de septiembre de 2018[[11]](#footnote-11) 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[[12]](#footnote-12), sin perjuicio que en otros contratos este valor no aparezca discriminado y se incorpore en el valor de los precios unitarios»[[13]](#footnote-13).

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. En tal sentido, «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, […]»[[14]](#footnote-14). 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[[15]](#footnote-15).

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 y cumpliendo los principios de la contratación estatal, en particular, el principio de economía y planeación.

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 los 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, el cual exige la optimización de los recursos públicos.

De esta manera, como lo ha dicho la doctrina especializada, el valor que se asigne a cada rubro dentro del A.I.U. es variable y dependerá de las circunstancias y costos inherentes a cada proyecto e incluso de las características de cada contratista, lo que incide en que su porcentaje sea variable, en efecto, «[…)] los porcentajes asignados a cada uno de los términos en el AIU (Administración, Imprevistos y Utilidad) son subjetividad de cada una de las empresas constructoras y no existe planteamiento técnico de su cálculo»[[16]](#footnote-16).

En similar sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado al indicar que, en la medida que no existe una 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». De otro lado, el cálculo que debe realizar el proponente y eventual contratista sobre el A.I.U. resulta de importancia, entre otras cosas, por cuanto «(…) el juez del contrato lo reconoce como factor de la propuesta en el que se incluyen dichos valores, de manera que permite calcular con base en la utilidad la indemnización de los perjuicios reclamados por el contratista u oferente, según el caso, en aquellas controversias en las que les asiste el derecho»[[17]](#footnote-17). En este sentido, sin perjuicio de las reglas que se establezcan en cada pliego de condiciones, como se analizará en el siguiente acápite, corresponde a cada proponente determinar el porcentaje del AIU de acuerdo con su estructura de costos.

**2.2. Facultad de las entidades estatales de incluir causales de rechazo de la oferta en los pliegos de condiciones**

El rechazo de las ofertas y los eventos en los que proceden han sido asuntos de los que se ha ocupado la legislación nacional en materia de contratación pública, por lo que «la competencia de las entidades estales para establecer eventos de exclusión de propuestas es de carácter residual y restringido»[[18]](#footnote-18). En ese sentido, si bien las entidades estatales, en ejercicio de la discrecionalidad que les corresponde en la configuración de los pliegos de condiciones, tienen competencia para determinar los requisitos que deben cumplir los proponentes para la presentación de ofertas[[19]](#footnote-19) y regular los eventos en los que procede su rechazo[[20]](#footnote-20), el ejercicio de tales facultades encuentra ciertos límites en la ley y el reglamento, así como en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese entendido, uno de los límites a la facultad para establecer causales de rechazo, se encuentra en la regla de subsanabilidad del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, según la cual «La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos», por lo que las entidades no podrán establecer causales de rechazo referentes a meros requisitos formales o rechazar las ofertas por esa razón.

De esta manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que las causales de rechazo pueden o no estar establecidas en el pliego de condiciones, sin perjuicio de que sean aplicables al proceso contractual las establecidas directamente en la ley. Así se estableció en la sentencia del 27 de abril de 2011, en los siguientes términos:

En efecto, la Administración puede rechazar o descalificar los ofrecimientos hechos por causales previstas en la ley; hipótesis bajo la cual, la entidad pública licitante se limita a dar por comprobado el hecho que justifica la exclusión y así lo declarará apoyada en normas legales o reglamentarias de carácter general.

En esta línea de pensamiento, resulta claro que el rechazo o la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la Administración, en la medida en que el oferente adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular, en consecuencia, para rechazar o descalificar una propuesta la entidad pública debe sujetarse a determinadas reglas consistentes en que las causales que dan lugar a ello se encuentren previamente establecidas en la ley o deriven del incumplimiento de requisitos de la propuesta o de la omisión de documentos referentes a la futura contratación que sean necesarios para la comparación de las propuestas, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, puesto que la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada, toda vez que no tendría justificación excluir una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación.

[…]

Quiere con esto destacar la Sala que las causales de rechazo de las propuestas pueden ser legales y por lo mismo generan el efecto del descarte o exclusión de la oferta ope legis, sin necesidad de que se haga referencia a las mismas en el pliego de condiciones; o también pueden las causales de rechazo de las propuestas ser establecidas expresamente por la entidad en el respectivo pliego de condiciones. Lo cierto es que, sea que las causales de rechazo de la oferta emanen directamente de la ley o del pliego de condiciones, en uno y en otro caso se refieren a defectos, omisiones o circunstancias impeditivas que permiten deducir que la misma no resulta favorable para los intereses de la entidad y los fines de la contratación y que de soslayarse se comprometería el cumplimiento de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como el deber de selección objetiva en la contratación[[21]](#footnote-21).

De acuerdo con la jurisprudencia citada, existen dos casos en los que procede el rechazo de la oferta: que se configure alguna de las causales de rechazo originadas en la ley o las establecidas en el pliego de condiciones. En tal sentido, las causales de rechazo de la oferta serán las consagradas en la ley o producto de su aplicación, así como las definidas por las entidades en el respectivo pliego de condiciones.

 En tales términos, la facultad de las entidades estatales para incluir en los pliegos de condiciones causales de rechazo de las ofertas, no es una facultad absoluta, en la medida que se encuentra limitada por lo dispuesto en ley, al igual que por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales exigen que las causales de rechazo que sean establecidas por la entidad, además de no contrariar el ordenamiento jurídico, no versen sobre aspectos meramente formales sin relevancia para el transcurso del proceso de selección o el perfeccionamiento del contrato.

De otro lado, teniendo en cuenta lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 1882 de 2018, en lo relativo a la subsanabilidad de los requisitos que no asignen puntaje, previo a la aplicación de una causal de rechazo es necesario respetar la oportunidad que se le debe otorgar a los proponentes de subsanar sus ofertas, en los casos en que resulte procedente de acuerdo con lo establecido en la norma citada.

Ahora bien, aplicando lo dicho al objeto de la consulta que ahora resuelve esta Agencia, debe decirse que la presentación de ofertas con la inclusión del método para el cálculo de costos indirectos A.I.U., es una cuestión que debe estar previamente definida dentro del respectivo pliego de condiciones. Como se dijo, es la entidad pública contratante la que, luego de realizar los estudios y análisis correspondientes y atendiendo a la naturaleza y complejidad del objeto contractual, determinará la necesidad de emplear el cálculo del A.I.U. dentro de las ofertas, así como las pautas básicas para tal cálculo, toda vez que, como se indicó no hay una regulación general en el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, debe recordarse que, como claramente lo establece el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, la oferta debe ajustarse y referirse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones, por lo cual, sin perjuicio de la posibilidad admitida por la misma norma para presentar ofertas alternativas o exceptivas, en caso que la entidad pública haya decidido exigir la presentación de una oferta en la cual se incluya el A.I.U., el interesado dentro del procedimiento de selección deberá presentar su oferta con tal componente, o presentar una oferta alternativa siempre y cuando tal cosa no constituya un condicionamiento de la misma, lo cual es una posibilidad excepcional.

Ahora bien, otra cuestión será determinar si la presentación de una oferta que de alguna manera contraríe lo establecido en el pliego de condiciones con respecto al A.I.U., pueda constituir o no una causal de rechazo de la misma. En este punto debe observarse lo dicho con anterioridad, en el sentido de que, atendiendo a las limitaciones existentes para la inclusión de causales de rechazo de la oferta, la entidad pública solo podrá incluir aquellas causales que no se reduzcan a meras formalidades y cuestiones simplemente rituales y que no tengan influencia frente a la comparación de las ofertas, ante lo cual deberá, eventualmente, permitirse la oportunidad para que el oferente subsane lo correspondiente, dentro del término y las posibilidades establecidas en la ley para ello. Sin perjuicio de que, si se trata de una desviación del pliego de condiciones que ataña a la comparación de ofertas e influya en la asignación de puntaje, podrá incluirse como causal de rechazo y será, además, insubsanable.

En ese sentido, debe recordarse que el A.I.U. es, ante todo, un componente metodológico para el cálculo del precio del contrato, por lo cual hace parte del componente económico de la oferta que resulta evaluable en aquellos procedimientos de selección en donde el precio sea un factor de asignación de puntaje. En otras palabras, el A.I.U. contiene parte del precio ofrecido por el participante dentro del proceso de selección. Por lo tanto, la modificación o subsanabilidad del A.I.U. en lo que respecta a los montos de los rubros que lo comprenden resultaría improcedente al tenor de lo dicho con anterioridad, en el sentido de que la subsanabilidad de las ofertas procede frente a aquellos requisitos que no incidan en la asignación de puntaje.

Bajo la misma lógica, la entidad estatal podría incluir en sus pliegos de condiciones que la presentación de ofertas en las que no se incluya el método A.I.U. o se incluyan valores distintos a los exigidos por la entidad, de lugar al rechazo de las mismas o que, por ejemplo, el porcentaje del AIU se encuentre dentro de determinado rango o tope. Sin embargo, ello dependerá de la regulación establecida en cada pliego de condiciones, frente a los que existe un margen de discrecionalidad en su configuración, de modo que el contenido de las causales de rechazo frente a un contenido, como el indicado, respecto a la presentación de las ofertas económicas, podrá variar de un pliego de condiciones a otro. En relación con lo anterior debe tenerse presente que la subsanabilidad de las ofertas no procede en relación con aspectos que incidan en la asignación de puntaje.

Es importante resaltar, sin embargo, que la entidad estatal deberá ser especialmente cuidadosa en diferenciar entre los elementos meramente formales del componente A.I.U. y los que correspondan a su aspecto económico y evaluable, ya que frente a los primeros, de hallarse situaciones en las que la oferta presentada contenga simples errores o imperfecciones formales, éstas podrían ser corregidos por el oferente siempre y cuando tal cosa no altere el valor económico de la oferta presentada, situación que debe analizarse en cada caso en particular.

En tal sentido, vale la pena informar que esta Agencia, haciendo uso de la facultad para emitir documentos tipo conforme a lo establecido en el Decreto-Ley 4170 de 2011 y el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, modificado por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, ha incluido, dentro de diversos pliegos de condiciones tipo, causales para el rechazo de ofertas relacionadas con el tratamiento del A.I.U. Así, por ejemplo, dentro del «documento base o pliego tipo» para licitación de obra de infraestructura de transporte, se consagra como causal de rechazo de la oferta la no discriminación, dentro del componente económico, del porcentaje del A.I.U. en la forma como lo establece el mismo pliego de condiciones y el «formulario 1». En el mismo sentido, la propuesta será rechazada cuando se ofrezca «como AIU un porcentaje cuya sumatoria sea superior al establecido por la Entidad en el Formulario 1– Formulario de Presupuesto Oficial»[[22]](#footnote-22). En todo caso, como se indicó, el alcance de la causal de rechazo dependerá de la regulación establecida en cada pliego de condiciones en particular pues, se reitera una idea recurrente, en el ordenamiento jurídico, concretamente en el EGCAP, no existe una regulación fija respecto al contenido, alcance y forma de presentación de las ofertas utilizando la metodología del AIU.

1. **Respuesta**

A partir de las anteriores consideraciones, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- procede a responder su consulta así:

1. De manera atenta solicito concepto sobre la potestad del oferente para calcular el Valor del A.I.U.

Si existe un valor mínimo establecido para el cálculo de estos valores y si es causal de rechazo el calcular el A.I.U. por debajo del valor establecido en el pliego de condiciones.

La figura del A.I.U. como método para calcular los costos indirectos del contrato que comprenden a la Administración, Imprevistos y Utilidad a favor del contratista, no encuentra regulación normativa que defina las formalidades que se deben tener en cuenta para su utilización. Por ello, corresponderá a cada entidad estatal, dentro de los pliegos de condiciones o documentos equivalentes, incluir, primero, la exigencia del uso de tal metodología dentro de las ofertas a presentar y, segundo, las condiciones y requisitos básicos que deberá contener. Dentro de tales requisitos o condiciones podría figurar, si la entidad lo considera necesario y proporcional, el establecimiento de un valor mínimo para el A.I.U., en general, o para cada uno de sus rubros, teniendo en cuenta los análisis y estudios realizados en cumplimiento de los principios de la contratación estatal, en otros, los de economía y planeación. En todo caso, una regla como la indicada tendría que incluirse en el pliego de condiciones o documento equivalente que rija el proceso de selección.

A su turno, será el oferente el encargado de calcular e incluir los correspondientes rubros dentro de su oferta, teniendo en cuenta las pautas fijadas dentro del respectivo pliego de condiciones. Por otra parte, en la medida que el A.I.U. corresponde a una metodología para el cálculo del precio que deberá insertarse en la oferta, hace parte del componente económico que constituirá objeto de evaluación y comparación de las ofertas cuando el precio, precisamente, sea factor evaluable, particularmente, factor de asignación de puntaje. En tal sentido, siendo relevante para la escogencia objetiva de la mejor oferta, la presentación del A.I.U. sin el lleno de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones o con valores o rubros distintos a los exigidos por la entidad pública, podrá constituirse como causal de rechazo de la oferta, siempre y cuando así sea establecido en el respectivo pliego de condiciones y tales falencias no obedezcan a cuestiones meramente formales que pudiesen ser corregidas o subsanadas sin alterar el componente económico de la oferta presentada, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Franco Victoria -SAS-. Representante legal Diego FrancoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |
| Anexo: | 0 |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. «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-2)
3. «Art. 32. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: […]». [↑](#footnote-ref-3)
4. «Art. 40. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

» Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales». [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Rad. 2018-00124 (2.386). C.P. Edgar González López. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sobre el A.I.U. la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de octubre de 2011, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 20.811 [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C, Sentencia del 18 de enero de 2012, Expediente 20459/12, Consejera Ponente Olga Mélida Valle de La Hoz. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cita original. Según el diccionario de la Real Academia de la lengua española, imprevisto es, “en lenguaje administrativo, gastos con los que no se contaba y para los cuales no hay crédito habilitado”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cita original. «Sin entrar directamente a formar el precio de cada unidad de obra, contribuyen conocidamente a acrecer el costo total...los gastos de imprevistos, los de dirección y administración ...y la cantidad que debe constituir el justo beneficio de los afanes del contratista». GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Ob. Cit*. P. 167. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cita original*. Ibidem,* P. 168 [↑](#footnote-ref-10)
11. 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-11)
12. «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-12)
13. «…la utilidad es el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato y por costos de administración se han tenido como tales los que constituyen costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista; el porcentaje para imprevistos, como su nombre lo indica, está destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 28 de agosto de 2003. Radicado: 17.554). [↑](#footnote-ref-13)
14. MARÍN, Op. Cit., pp. 64-65. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ibid.., p. 66. [↑](#footnote-ref-15)
16. Rojas, Miguel David y Bohórquez Natalia Andrea. Aproximación metodológica para el cálculo del AIU. Dyna año 77, Nro. 162, 2010. p. 293-302. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. 208011 Ob.Cit. [↑](#footnote-ref-17)
18. RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Evaluación y rechazo de ofertas en la Ley 80 de 1993. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2016. p. 190. [↑](#footnote-ref-18)
19. Ley 80 de 1993 «Articulo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

[…]

»5o. En los pliegos de condiciones:

[…]

» b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación […]». [↑](#footnote-ref-19)
20. Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información

[…]

»6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta […]» [↑](#footnote-ref-20)
21. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera Subsección B. Sentencia del 27 de abril de 2011. Expediente No. 18.293. C.P. Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ver, entre otros, Documento Base o Pliego Tipo licitación infraestructura de transporte, versión 3, p. 12, así como Documento Base o pliego tipo para licitación de infraestructura de agua potable y saneamiento básico p. 13. disponibles en: <https://colombiacompra.gov.co/documentos-tipo/documentos-tipo> [↑](#footnote-ref-22)