CCE-DES-FM-17

**PRECIO ARTIFICIALMENTE BAJO – Concepto**

El precio artificialmente bajo es definido como aquel que, además de ser muy reducido, no encuentre fundamento en su estructuración en el tráfico comercial. Al respecto, la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación», establece que una oferta es artificialmente baja cuando, «a criterio de la Entidad Estatal, el precio no parece suficiente para garantizar una correcta ejecución del contrato, de acuerdo con la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el Estudio del Sector».

En este punto, es importante diferenciar las «ofertas artificialmente bajas» y las «ofertas competitivas», entendiendo por estas últimas aquellas «que tienen en su estructura de costos economías de escala o economías de alcance, que permiten generar un bien o un servicio a menor costo que el [del] resto de proveedores en el mercado», según lo establece la Guía antes mencionada.

**OFERTA CON VALOR ARTIFICALMENTE BAJO – Procedimiento – Criterios de identificación**

[…] ante una propuesta, la entidad estatal deberá determinar si esta es considerada artificialmente baja, de acuerdo con la información del análisis del sector. De ser así, está obligada a realizar los siguientes pasos: i) requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido, ii) analizar las explicaciones y iii) con base en lo anterior, rechazar la oferta o continuar con el análisis de esta en la evaluación de las ofertas.

En cuanto al análisis de la oferta presentada, la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación» recomienda a las entidades estatales tener en cuenta como insumos del mencionado análisis la siguiente información: i) promedio del valor de las ofertas, ii) mediana del valor de las ofertas, iii) desviación estándar del valor de las ofertas, iv) diferencia entre el costo estimado del contrato y el promedio o mediana del valor de las ofertas, v) diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el promedio del valor de las ofertas, vi) diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el costo estimado del contrato y vii) la información histórica de ofertas y contratos del objeto del proceso de contratación.

**MÉTODO DE PONDERACIÓN ECONÓMICO – Elección aleatoria – Procedimiento – Documentos Tipo de infraestructura de transporte V3**

En relación con el método de ponderación de la oferta económica, el numeral 4.1.4 del Documento Base ya referenciado indica que la entidad deberá emplear la Tasa de Cambio Representativa del Mercado como instrumento para determinar el método de ponderación de la oferta económica.

Para tal efecto, se tomarán los centavos de la TRM certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, a partir de lo cual se determinará, de acuerdo con la tabla dispuesta en el Documento Base, si debe aplicar el método de: i) mediana con valor absoluto; ii) media geométrica; iii) media aritmética baja; iv) menor valor. Lo anterior, permite que la determinación del método para la ponderación de la oferta económica sea aleatorio, tal como lo prescribe el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018.

**OFERTA CON VALOR ARTIFICALMENTE BAJO – Oportunidad – Determinación**

**[…]** el conocimiento o no de la Tasa Representativa del Mercado por parte de la entidad estatal no tiene relación directa con su deber de solicitar justificación al proponente que presenta una oferta con precio artificialmente bajo, máxime cuando aquel se trata de un criterio para seleccionar el mecanismo de ponderación de las ofertas económicas y no hace parte del procedimiento ni de los lineamientos para determinar que una oferta se caracterice por ser artificialmente baja. En tal sentido, independientemente del método de ponderación seleccionado en función de la TRM es posible aplicar el tratamiento señalado respecto a las ofertas con posibles precios artificialmente bajos.

De esta manera, en los procesos de contratación que utilicen los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, la aplicación del proceso descrito en el artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015 puede realizarse desde la apertura de los sobres de las ofertas económicas hasta el momento en el que se determina el método de ponderación. Así, la entidad estatal podría determinar si una oferta es artificialmente baja antes o después de conocer la TRM, pues lo importante es que –de acuerdo con el numeral 4.1.3 del documento base– esta actuación se realice durante la evaluación de la oferta económica.

**DOCUMENTOS TIPO – Resolución 160 de 2020 – Observaciones extemporáneas**

**[…]** la Resolución 160 de 2020 establece el procedimiento para la implementación y modificación de los documentos tipo. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7, una vez elaborado el proyecto de documento tipo con los insumos de las entidades técnicas o especializadas y definido el procedimiento para su implementación, se procederá a publicarlo en la página web de la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente y demás medios de difusión electrónica con los que cuente la entidad, para que los ciudadanos y grupos de interés puedan presentar observaciones al proyecto de resolución.

Por su parte, el artículo 8 dispone que, una vez recibidos los comentarios, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente realizará las modificaciones que considere pertinentes. De las observaciones presentadas durante el plazo dispuesto por la entidad, en virtud de lo establecido en el artículo 9, se elaborará un informe global mediante el cual se analizará el impacto de los comentarios que fueron presentados. Este informe se publicará en la sección de transparencia y acceso a la información pública del sitio web de la entidad, y deberá permanecer allí como antecedente normativo.

Finalmente, el mismo artículo 9 de la citada resolución dispone que, si con posterioridad al cierre del plazo para recibir observaciones a los documentos tipo, se presentan comentarios y opiniones por parte de las personas o grupos de interés, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente mantendrá un repositorio de estas, como insumo para la revisión de los documentos tipo que sean implementados por la entidad.

**CCE-DES-FM-17**



Bogotá, 27 Enero 2022

Señor

**Manuel de Jesús Durango Hernández**

Montería, Córdoba

**Concepto C – 737 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | PRECIO ARTIFICIALMENTE BAJO – Concepto / OFERTA CON VALOR ARTIFICALMENTE BAJO– Procedimiento – Criterios de identificación / MÉTODO DE PONDERACIÓN ECONÓMICO – Elección aleatoria – Procedimiento – Documentos Tipo de infraestructura de transporte V3 / OFERTA CON VALOR ARTIFICALMENTE BAJO – Oportunidad – Determinación / DOCUMENTOS TIPO – Resolución 160 de 2020 – Observaciones extemporáneas  |
| **Radicación:**  | Respuesta a las consultas P20211216011561 y P20211216011560 –Acumulado–  |

Estimado señor Durango Hernández:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde las consultas radicadas el 16 de diciembre de 2021.

**1. Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente pregunta:

Ya que el pliego de condiciones no lo establece taxativamente, en el caso que las entidades contratantes a bien consideren realizar aplicar las fórmulas por ellos establecidas para verificar si una propuesta es artificialmente baja o no, ¿esta verificación se TIENE QUE HACER ANTES O DESPUES DE CONOCIDA LA TRM, tal y como sucede con la apertura de ofertas y correcciones aritméticas?

 Además, realiza observaciones a los documentos tipo solicitando: i) «Implementar REGLAS CLARAS en los documentos tipo, donde la entidad contratante que decida aplicar la fórmula (cualquiera que esta sea) para la determinación de precios artificialmente bajos, lo haga al igual que la apertura de sobres y la corrección aritmética *ANTES DE QUE LA TRM SEA CONOCIDA* […]» y ii) «Que la aplicación de fórmulas para la determinación de precios artificialmente bajos, se realice SOLO para el caso en que la fórmula para adjudicar el proceso sea EL MENOR VALOR […]».

**2. Consideraciones**

Para absolver el interrogante planteado, esta dependencia analizará, por una parte, el procedimiento para la evaluación de ofertas con precio artificialmente bajo y, por otra, los parámetros para la selección aleatoria del método de ponderación de las ofertas económicas haciendo especial énfasis en los procesos de selección en la modalidad de licitación para obras de infraestructura de transporte, de acuerdo con la versión 3 de los documentos tipo expedidos por la Agencia. Finalmente, Colombia Compra Eficiente se pronunciará sobre las observaciones del peticionario.

 Al respecto, se informa que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó la noción y alcance de los precios artificialmente bajos en los conceptos 2201913000007853 del 21 de octubre de 2019; 2201913000008058 del 28 de octubre de 2019; 2201913000008288 del 7 de noviembre de 2019; 2201913000009110 del 11 de diciembre de 2019; 2201913000009489 del 20 de diciembre de 2019; 2202013000000038 del 7 de enero de 2020; C–012 del 28 de enero de 2020, C–163 del 31 de marzo de 2020, C–200 del 14 de abril de 2020 y C–767 del 7 de enero de 2021. En cuanto al concepto y el alcance de los métodos de ponderación de las ofertas económicas, esta Agencia se ha pronunciado mediante los conceptos 2201913000005978 del 16 de agosto de 2019, 2201913000006222 del 26 de agosto de 2019, 2201913000007164 del 26 de septiembre de 2019, 2201913000007353 del 3 de octubre de 2019, 2201913000008810 del 28 de noviembre de 2019, 2201913000009534 del 23 de diciembre de 2019, C-056 del 28 de enero de 2020, C-279 del 25 de mayo de 2020, C-349 del 23 de junio de 2020, C-412 del 23 de julio de 2020, C-431 del 9 de julio de 2020, C-435 y C-472 del 30 de julio de 2020, C-793 del 20 de enero de 2021, C–042 del 3 de marzo de 2021, C–011 del 17 de febrero de 2021, C–071 del 17 de marzo de 2021, C–161 del 19 de abril de 2021 y C-205 del 7 de mayo de 2021. Las tesis propuestas se reiteran y complementan en lo pertinente a continuación:

**2.1. Definición de la expresión «precios artificialmente bajos» en el contexto de documentos tipo para obra pública de infraestructura de transporte**

La Ley 80 de 1993 determina que, en virtud del principio de responsabilidad, los contratistas que formulen propuestas artificialmente bajas con objeto de obtener la adjudicación del contrato deberán responder frente a esta circunstancia[[1]](#footnote-1).

 El precio artificialmente bajo es definido como aquel que, además de ser muy reducido, no encuentre fundamento en su estructuración en el tráfico comercial. Al respecto, la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación», establece que una oferta es artificialmente baja cuando, «a criterio de la Entidad Estatal, el precio no parece suficiente para garantizar una correcta ejecución del contrato, de acuerdo con la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el Estudio del Sector». En similar sentido, el Consejo de Estado definió los precios artificialmente bajos en los siguientes términos:

El denominado «precio artificialmente bajo» de que trata la Ley 80, es aquel que resulta artificioso o falso, disimulado, muy reducido o disminuido, pero además, que no encuentre sustentación o fundamento alguno en su estructuración dentro del tráfico comercial en el cual se desarrolla el negocio, es decir, que dicho precio no pueda ser justificado y por lo tanto, la Administración estaría imposibilitada para admitirlo, so pena de incurrir en violación de los principios de transparencia, equilibrio e imparcialidad que gobiernan la actividad contractual y como parte de ella, el procedimiento de la licitación […][[2]](#footnote-2).

 En este punto, es importante diferenciar las «ofertas artificialmente bajas» y las «ofertas competitivas», entendiendo por estas últimas aquellas «que tienen en su estructura de costos economías de escala o economías de alcance, que permiten generar un bien o un servicio a menor costo que el [del] resto de proveedores en el mercado», según lo establece la Guía antes mencionada.

En consecuencia, las ofertas artificialmente bajas para efectos del proceso de selección son aquellas que, de acuerdo con las condiciones comerciales y económicas del mercado y con la información recaudada en la etapa de planeación, tienen apariencia de insuficiencia para efectos de la ejecución adecuada del contrato. En estos casos, la entidad estaría imposibilitada para aceptar la propuesta artificialmente baja, so pena de la infracción de los principios de la contratación pública.

**2.2. Directrices y procedimiento en caso de recibir ofertas con precio artificialmente bajo**

El artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 regula el procedimiento a seguir en los eventos en que se presenten propuestas con valor artificialmente bajo, así:

Si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal en su deber de análisis de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del presente decreto, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Analizadas las explicaciones, el comité evaluador de que trata el artículo anterior, o quien haga la evaluación de las ofertas, debe recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas.

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

En la subasta inversa esta disposición es aplicable sobre el precio obtenido al final de la misma.

De lo expuesto se desprende que, ante una propuesta, la entidad estatal deberá determinar si esta es considerada artificialmente baja, de acuerdo con la información del análisis del sector. De ser así, está obligada a realizar los siguientes pasos: i) requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido, ii) analizar las explicaciones y iii) con base en lo anterior, rechazar la oferta o continuar con el análisis de esta en la evaluación de las ofertas.

En cuanto al análisis de la oferta presentada, la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación» recomienda a las entidades estatales tener en cuenta como insumos del mencionado análisis la siguiente información: i) promedio del valor de las ofertas, ii) mediana del valor de las ofertas, iii) desviación estándar del valor de las ofertas, iv) diferencia entre el costo estimado del contrato y el promedio o mediana del valor de las ofertas, v) diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el promedio del valor de las ofertas, vi) diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el costo estimado del contrato y vii) la información histórica de ofertas y contratos del objeto del proceso de contratación.

Con base en estos datos, la entidad puede emplear herramientas que ayudan a identificar ofertas que pueden ser artificialmente bajas, tales como la comparación absoluta o la comparación relativa. La comparación absoluta consiste en contrastar cada oferta con el costo estimado del bien o servicio en el estudio del sector. En este caso, si se reciben menos de cinco (5) ofertas, se debe solicitar aclaración a los proponentes cuyas ofertas sean menores en un 20%, o un mayor porcentaje en relación con el costo estimado por la entidad estatal. La comparación relativa consiste en comparar cada oferta con las demás ofertas.

En aquellos procesos en los que hay cinco (5) o más ofertas, la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación» sugiere a las entidades aplicar la siguiente metodología para identificar ofertas con «precios artificialmente bajos»:

1. Tomar el conjunto de ofertas a evaluar.

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

3. Calcular la desviación estándar del conjunto.

4. Determinar el valor mínimo aceptable.[[3]](#footnote-3)

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



Por último, el *valor mínimo aceptable*, será igual a la *mediana* menos la *desviación estándar*. De esta manera, la entidad puede identificar como ofertas artificialmente bajas las que se encuentren por debajo de ese valor mínimo. Con todo, dicho valor puede ser diferente al obtenido con la anterior metodología, dependiendo de la información y los datos con los que cuenten las entidades. Lo anterior, por cuanto las entidades pueden o no acoger la metodología explicada, toda vez que la Guía no es de obligatorio cumplimiento, sino que se constituye en un criterio de orientación o lineamiento para sus procesos de contratación.

La Guía también contempla los casos en los que el contratista se seleccione a través de *subasta inversa*, en los cuales el criterio de selección es el precio. En este evento, recomienda tener especial cuidado, pues es común que ofertas competitivas puedan parecer artificialmente bajas en el desarrollo de la subasta inversa.

Al respecto, la Guía sugiere llevar a cabo las siguientes actuaciones en caso de duda: i) comparar el valor de cada oferta con el costo estimado de la provisión del bien o servicio, de acuerdo con el estudio del sector que elaboró la entidad. De todos modos, la verificación de las ofertas artificialmente bajas se puede sustentar en información adicional, como, por ejemplo, los precios de fabricantes y otros factores económicos relevantes. ii) Solicitar explicaciones a los proponentes cuyas ofertas sean menores en un 20% o más en relación con el precio estimado por la Entidad Estatal. Para tales fines, se sugiere acudir al método de *comparación absoluta*, previamente explicado. Así mismo, iii) analizar la información remitida por el proponente requerido y, con fundamento en esta, considerar el rechazo de las ofertas por la configuración de alguno de los eventos señalados en la Sección VII de la mencionada Guía.

Una vez la entidad haya surtido el proceso de determinación de una propuesta identificada como posiblemente artificialmente baja y considerando que la oferta se encuentra inmersa en esta circunstancia, resulta necesario que se requiera al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Posteriormente, el comité evaluador analizará las explicaciones y decidirá si rechaza la oferta o continúa con el análisis de la misma en el proceso de evaluación de ofertas.

La ley y el reglamento no determinan la forma ni el momento para requerir a los proponentes para que justifiquen el precio ofertado. Por tanto, la determinación de tales asuntos es facultativa para cada entidad pública, para lo cual debe tener presentes las particularidades de cada modalidad de selección de contratistas, partiendo de la base de que la entidad solo podrá pedir explicaciones al proponente cuando conozca su oferta económica. Por su parte, el requerimiento debe ser comunicado al proponente por el medio que la entidad considere más eficaz e idóneo, de acuerdo con el caso y las circunstancias particulares de la información objeto de requerimiento.

En cuanto al término que se debe otorgar a los proponentes para que expliquen el precio ofertado, es preciso indicar que es un asunto que también se supedita a la discrecionalidad de la entidad. Sin embargo, la discrecionalidad debe ejercerse de manera sensata, con buen criterio y de forma prudente. Así lo estableció la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 10 de junio de 1992[[4]](#footnote-4), en la que resaltó que «los (actos) denominados discrecionales […] se emiten por la autoridad administrativa en virtud de que la ley ha creído conveniente dejar a la sensatez, a la oportunidad, al buen criterio y al suficiente tacto que ha de presidir la gestión pública y enmarcar en la prudencia la toma de decisiones, con orden del buen servicio que ha de regir y de guiar sus tareas».

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

**2.3. Método de ponderación económica en los Documentos Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte**

En cuanto a la forma de presentar el precio de las ofertas económicas, la tercera versión del Documento Base para obras de infraestructura de transporte en modalidad de licitación pública indica en su numeral 4.1 que:

La entidad debe indicar si la forma de pago es por precio global, llave en mano, precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos. El Anexo 1 – Anexo Técnico y el Formulario 1– Formulario de Presupuesto Oficial debe ser concordante con la modalidad de pago seleccionada.

Cuando el presupuesto del proceso de contratación es estructurado por precios unitarios, la entidad debe aplicar las notas señaladas en el Formulario 1 – Formulario de Presupuesto oficial. Cuando se estructura a través de otra modalidad de pago, la entidad debe definir las notas que debe tener en cuenta el proponente para presentar su oferta económica.

Para calificar este factor se tendrá en cuenta el valor total indicado en la propuesta económica o el obtenido de la corrección aritmética. La propuesta económica deberá ser allegada en el Sobre No. 2 y firmada.

 En relación con el método de ponderación de la oferta económica, el numeral 4.1.4 del Documento Base ya referenciado indica que la entidad deberá emplear la Tasa de Cambio Representativa del Mercado como instrumento para determinar el método de ponderación de la oferta económica.

 Para tal efecto, se tomarán los centavos de la TRM certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, a partir de lo cual se determinará, de acuerdo con la tabla dispuesta en el Documento Base, si debe aplicar el método de: i) mediana con valor absoluto; ii) media geométrica; iii) media aritmética baja; iv) menor valor[[5]](#footnote-5). Lo anterior, permite que la determinación del método para la ponderación de la oferta económica sea aleatorio, tal como lo prescribe el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018.

Vale la pena precisar que en la versión 3 de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte se estableció que el método de ponderación de las propuestas se debe fijar de acuerdo con la TRM que rija al día hábil siguiente a la apertura de las ofertas económicas, actuación que debe realizarse antes de las 3:00 pm, para evitar que la entidad conozca la TRM que rige al día hábil siguiente[[6]](#footnote-6). Al respecto, la Agencia ha indicado que esta regla fue implementada en aras de garantizar mayor transparencia en el proceso de contratación imponiendo un límite para la apertura de ofertas, por cuanto:

Garantiza que las entidades estatales no puedan, antes o durante la apertura de las ofertas, conocer la TRM que determinará el método de ponderación, comoquiera que esta sería publicada por la Superfinanciera en un momento posterior a la apertura de todas las ofertas económicas.

De acuerdo con lo anterior, al igual que en la Versión 2 del documento tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, la publicación de las ofertas económicas no es un factor que incida en la determinación del método de ponderación de la oferta económica, sino que esta determinación se realiza conforme a las reglas expuestas[[7]](#footnote-7).

De conformidad con lo expuesto, cabe concluir, que la determinación de propuestas como artificialmente bajas y la selección aleatoria del método de ponderación de las ofertas económicas son procedimientos de diferente naturaleza que deben ser agotados por la entidad estatal. El primero de ellos, se relaciona con la obligación que tiene la entidad de verificar que las ofertas presentadas y, eventualmente, la adjudicación del contrato se realice bajo condiciones idóneas y garanticen una correcta ejecución del contrato. En desarrollo de este procedimiento, la entidad deberá: i) requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido, ii) analizar las explicaciones y iii) con base en lo anterior, rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas.

En cuanto a la elección del método de ponderación de las ofertas económicas, se trata de un mecanismo diseñado para asignar, aleatoriamente, el puntaje aplicable al factor económico. Su procedimiento fue parcialmente modificado en la tercera versión de los Documentos Tipo para obra pública de infraestructura de transporte, la cual señala que la apertura de los sobres contentivos del ofrecimiento económico y la selección del método de ponderación debe realizarse en un mismo día, antes de las 3:00 P.M., aplicando la TRM certificada por la Superintendencia Financiera que rija para el día siguiente a la apertura de los sobres.

Por tal motivo, el conocimiento o no de la Tasa Representativa del Mercado por parte de la entidad estatal no tiene relación directa con su deber de solicitar justificación al proponente que presenta una oferta con precio artificialmente bajo, máxime cuando aquel se trata de un criterio para seleccionar el mecanismo de ponderación de las ofertas económicas y no hace parte del procedimiento ni de los lineamientos para determinar que una oferta se caracterice por ser artificialmente baja. En tal sentido, independientemente del método de ponderación seleccionado en función de la TRM es posible aplicar el tratamiento señalado respecto a las ofertas con posibles precios artificialmente bajos.

De esta manera, en los procesos de contratación que utilicen los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, la aplicación del proceso descrito en el artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015 puede realizarse desde la apertura de los sobres de las ofertas económicas hasta el momento en el que se determina el método de ponderación. Así, la entidad estatal podría determinar si una oferta es artificialmente baja antes o después de conocer la TRM, pues lo importante es que –de acuerdo con el numeral 4.1.3 del documento base– esta actuación se realice durante la evaluación de la oferta económica. No obstante, se considera como buena práctica contractual que el proceso para determinar si una oferta es artificialmente baja inicie desde la apertura de los sobres de las ofertas económicas, pues en este momento la entidad ya tendría conocimiento el valor de la oferta presentada y podría compararla con la información recogida durante el estudio del sector.

**2.4. Observaciones a los documentos tipo**

Respecto a las observaciones planteadas en la solicitud, es importante resaltar que la Resolución 160 de 2020 establece el procedimiento para la implementación y modificación de los documentos tipo. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7, una vez elaborado el proyecto de documento tipo con los insumos de las entidades técnicas o especializadas y definido el procedimiento para su implementación, se procederá a publicarlo en la página web de la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente y demás medios de difusión electrónica con los que cuente la entidad, para que los ciudadanos y grupos de interés puedan presentar observaciones al proyecto de resolución.

Por su parte, el artículo 8 dispone que, una vez recibidos los comentarios, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente realizará las modificaciones que considere pertinentes. De las observaciones presentadas durante el plazo dispuesto por la entidad, en virtud de lo establecido en el artículo 9, se elaborará un informe global mediante el cual se analizará el impacto de los comentarios que fueron presentados. Este informe se publicará en la sección de transparencia y acceso a la información pública del sitio web de la entidad, y deberá permanecer allí como antecedente normativo.

Finalmente, el mismo artículo 9 de la citada resolución dispone que, si con posterioridad al cierre del plazo para recibir observaciones a los documentos tipo, se presentan comentarios y opiniones por parte de las personas o grupos de interés, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente mantendrá un repositorio de estas, como insumo para la revisión de los documentos tipo que sean implementados por la entidad[[8]](#footnote-8).

En este sentido, la Agencia entiende las inquietudes planteadas en relación con la forma de abordar el análisis de los precios artificialmente bajos en los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte. Esto considerando que, a juicio del peticionario, «[…] Los pliegos establecen que la apertura de las ofertas se debe realizar antes de 3:00 pm, con el fin de que no se conozca la formula a utilizar para la evaluación sin que previamente se conozcan los valores de las ofertas, lo que fue una medida acertada por parte de la agencia. Sin embargo, se ha evidenciado una falla que está siendo aprovechada por los corruptos, esto debido a que la aplicación de las fórmulas, cualquiera que sea, para la determinación de los precios artificialmente bajos, se viene realizando posterior al conocimiento de la TRM, lo cual permite la manipulación de las fórmulas en beneficio de uno u otro proponente».

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener en cuenta que los documentos tipo se sujetan al Estatuto General de Contratación y sus decretos reglamentarios. Por ello, el pliego de condiciones hace la remisión al Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de ​​Planeación Nacional respecto a la regulación de los precios artificialmente bajos en el sistema de compras y contratación pública. Al respecto, el numeral 4.1.3 del documento base dispone que «*En el evento en el que el precio de una oferta, al momento de su evaluación, no parezca suficiente para garantizar una correcta ejecución del contrato*, de acuerdo con la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el estudio del sector, *la entidad aplicará el proceso descrito en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015*, además podrá acudir a los parámetros definidos en la Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente, como un criterio metodológico» (Énfasis fuera de texto).

De acuerdo con el alcance del artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015, el cual se explicó en el apartado 2.2 del presente oficio, la Agencia analizará si es posible o no acoger las observaciones planteadas en los documentos tipo. Lo anterior, tomando en consideración que ni la ley y ni el reglamento determinan la forma ni el momento para requerir a los proponentes para que justifiquen el precio ofertado, partiendo de la base de que la entidad solo podrá pedir explicaciones al proponente cuando conozca su oferta económica.

Por tal motivo, la observación realizada hará parte del repositorio mencionado *ut supra* y, eventualmente, podrá considerarse al momento de realizar modificaciones al documento base. Esto sin perder de vista que, conforme a la explicación del acápite precedente, el conocimiento o no de la Tasa Representativa del Mercado por parte de la entidad estatal no tiene relación directa con su deber de solicitar justificación al proponente que presenta una oferta con precio artificialmente bajo, máxime cuando aquel se trata de un criterio para seleccionar el mecanismo de ponderación de las ofertas económicas y no hace parte del procedimiento ni de los lineamientos para determinar que una oferta se caracterice por ser artificialmente baja.

**3. Respuesta**

*Consulta:* «Ya que el pliego de condiciones no lo establece taxativamente, en el caso que las entidades contratantes a bien consideren realizar aplicar las fórmulas por ellos establecidas para verificar si una propuesta es artificialmente baja o no, ¿esta verificación se TIENE QUE HACER ANTES O DESPUES DE CONOCIDA LA TRM, tal y como sucede con la apertura de ofertas y correcciones aritméticas?».

*Observaciones:* i) «Implementar REGLAS CLARAS en los documentos tipo, donde la entidad contratante que decida aplicar la fórmula (cualquiera que esta sea) para la determinación de precios artificialmente bajos, lo haga al igual que la apertura de sobres y la corrección aritmética *ANTES DE QUE LA TRM SEA CONOCIDA* […]» y ii) «Que la aplicación de fórmulas para la determinación de precios artificialmente bajos, se realice SOLO para el caso en que la fórmula para adjudicar el proceso sea EL MENOR VALOR […]».

Respecto a la consulta, la determinación de propuestas artificialmente bajas y la selección aleatoria del método de ponderación de las ofertas económicas son procedimientos de diferente naturaleza que deben ser agotados por la entidad estatal. El primero de ellos, se relaciona con la obligación que tiene la entidad de verificar que las ofertas presentadas y, eventualmente, la adjudicación del contrato se realice bajo condiciones idóneas y garanticen una correcta ejecución del contrato. En desarrollo de este procedimiento, la entidad deberá: i) requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido, ii) analizar las explicaciones y iii) con base en lo anterior, rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas.

En cuanto a la elección del método de ponderación de las ofertas económicas, se trata de un mecanismo diseñado para asignar, aleatoriamente, el puntaje aplicable al factor económico. Su procedimiento fue parcialmente modificado en la tercera versión de los Documentos Tipo para obra pública de infraestructura de transporte, la cual señala que la apertura de los sobres contentivos del ofrecimiento económico y la selección del método de ponderación debe realizarse en un mismo día, antes de las 3:00 P.M., aplicando la TRM certificada por la Superintendencia Financiera que rija para el día siguiente a la apertura de los sobres.

Por tal motivo, el conocimiento de la Tasa Representativa del Mercado por parte de la entidad no tiene relación directa con su deber de solicitar justificación al proponente que presente una oferta con precio artificialmente bajo, máxime cuando aquel se trata de un criterio para seleccionar el mecanismo de ponderación de las ofertas económicas y no hace parte del procedimiento ni de los lineamientos para determinar que una oferta se caracterice por ser artificialmente baja. En tal sentido, independientemente del método de ponderación seleccionado es posible aplicar el tratamiento señalado respecto a las ofertas con posibles precios artificialmente bajos.

De esta manera, en los procesos de contratación que utilicen los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, la aplicación del proceso descrito en el artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015 puede realizarse desde la apertura de los sobres de las ofertas económicas hasta el momento en el que se determina el método de ponderación. Así, la entidad estatal podría determinar si una oferta es artificialmente baja antes o después de conocer la TRM, pues lo importante es que –de acuerdo con el numeral 4.1.3 del documento base– esta actuación se realice durante la evaluación de la oferta económica. No obstante, se considera como buena práctica contractual que el proceso para determinar si una oferta es artificialmente baja inicie desde la apertura de los sobres de las ofertas económicas, pues en este momento la entidad ya tendría conocimiento del valor de la oferta presentada y podría compararla con la información recogida durante el estudio del sector.

Respecto a las observaciones a los documentos tipo, estas harán parte del repositorio de que trata el artículo 9 de la Resolución 160 de 2020 y, eventualmente, podrán considerarse al momento de realizar modificaciones al documento base. En este contexto, Colombia Compra Eficiente agradece los comentarios realizados a los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, teniendo en cuenta que para la Agencia es importante conocer cada una de sus observaciones en relación con la implementación de dichos documentos.

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: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Ley 80 de 1993. «Artículo 26. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio:

[…]

»6. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato». [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008. Exp. No. 17.783. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-2)
3. Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación. p. 5. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 10 de junio de 1992. Exp. No. 4.249. C.P. Álvaro Lecompte Luna. [↑](#footnote-ref-4)
5. Documento Base o Pliego Tipo, numeral 4.1.4 «La Entidad seleccionará el método de ponderación de la propuesta económica de acuerdo con las siguientes alternativas:

|  |  |
| --- | --- |
| **Concepto** | **Método** |
| 1 | Mediana con valor absoluto |
| 2 | Media geométrica |
| 3 | Media aritmética baja |
| 4 | Menor Valor |

 »Para determinar el método de ponderación, la Entidad tomará los centavos de la Tasa de Cambio Representativa del Mercado (TRM), certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia (en su sitio web: https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/60819)». [↑](#footnote-ref-5)
6. En lo pertinente el numeral 4.1.4 del documento base dispone que «El día de la audiencia efectiva de adjudicación, la entidad iniciará respondiendo y resolviendo las observaciones presentadas al informe de evaluación, de conformidad con el numeral 2.6. Acto seguido, la entidad iniciará la apertura de los sobres de las ofertas económicas y definirá el método de ponderación de las propuestas de acuerdo con la TRM que rija al día hábil siguiente; sin embargo, la entidad debe finalizar la apertura de los sobres económicos hasta antes de las 3:00 pm. De conformidad con lo anterior, la entidad no podrá abrir los sobres económicos teniendo conocimiento de la TRM que regirá al día hábil siguiente. En este sentido, atendiendo a las circunstancias anteriores y las particularidades de cada caso, la entidad podrá optar por suspender la audiencia y reiniciarla cuando lo considere conveniente, de manera que inicie y finalice la apertura de los sobres antes de las 3:00 pm del día respectivo.

»En el evento que la entidad deba suspender la audiencia por cualquier motivo, se tendrá como método de ponderación el que rija el día hábil siguiente del día en que efectivamente realice la apertura del segundo sobre.

»En cualquiera de los supuestos señalados, la entidad debe iniciar y agotar la apertura de los sobres económicos y la definición del método de ponderación en un mismo día hasta antes de las 3:00 pm. Igualmente, el método definido el día de la apertura del sobre económico seguirá rigiendo aun cuando la entidad deba suspender la audiencia.

»Para mayor claridad y, de acuerdo con lo indicado, la TRM que la entidad utilizará para determinar el método de ponderación será la que rija el día hábil siguiente del día en que efectivamente sea la apertura del segundo sobre. Esto es, la que la Superintendencia Financiera publique en horas de la tarde el día de la apertura del segundo sobre. [Por ejemplo, si la audiencia de adjudicación se realiza el 10 de febrero de 2020 y ese mismo día se abre el segundo sobre, la TRM que se usará para determinar el método de evaluación será la del 11 de febrero de 2020, que se publica en la tarde del 10 de febrero de 2020]». [↑](#footnote-ref-6)
7. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Concepto C-061 del 19 de abril de 2021. [↑](#footnote-ref-7)
8. Concretamente, el inciso 2 del artículo 9 de la Resolución 160 de 2020 dispone que «En todo caso, si con posterioridad al cierre del plazo para las observaciones a los documentos tipo se presentan comentarios y opiniones por parte de las personas y grupos de interés, la entidad mantendrá un repositorio de los mismos, el cual servirá como insumo para la revisión de los documentos tipo que sean implementados por la entidad. *Para el efecto, la Agencia acusará el recibo de los comentarios e informará al ciudadano de su recepción, manifestándole que hará parte del repositorio de observaciones, para ser tenidos en cuenta al momento de realizar la revisión de los documentos tipo*» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-8)