**PRECIO – Concepto**

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, es decir, no es lo que se anuncia o una parte de lo que vale el bien o servicio, sino lo que el comprador efectivamente entrega o paga como contraprestación por la cosa recibida.

**PRECIO** **– Inclusión de impuestos**

Así las cosas, puede afirmarse que el precio es el total del valor que paga el comprador por un bien o servicio, y eso incluye los impuestos, por una sencilla razón, ningún comprador podrá hacerse a la propiedad de una cosa o beneficiarse de un servicio sino paga la totalidad de lo que incluye el precio.

En otros términos, si la venta de determinado bien o servicio está gravado con impuestos, estos se entienden incluidos en el precio, pues no se podrá tener acceso al bien si no se paga la totalidad de lo que vale.

**EVALUACIÓN DEL PRECIO – Principio de selección objetiva – Principio de igualdad**

Ahora bien, teniendo en cuenta que la justificación del anterior criterio se ha basado en los principios de selección objetiva y el de igualdad de trato de los oferentes por parte de la entidad contratante, se considera necesario hacer algunas precisiones en torno a estos principios, con miras a dilucidar si a partir de su interpretación puede concluirse que la entidad estatal, al momento de ponderar las ofertas económicas, debe descontar el IVA y solo comparar el valor neto de los bienes o servicios ofrecidos.

**EVALUACIÓN DEL PRECIO – Principio de selección objetiva**

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

**EVALUACIÓN DEL PRECIO – Principio de igualdad**

No puede alegarse la violación del principio de igualdad cuando una entidad compara el precio real que ofrece cada proponente, pues la jurisprudencia constitucional ha 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.

[…]

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

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

**EVALUACIÓN DEL PRECIO ‒ Costo real – Incluye IVA**

Como ya se señaló los impuestos son parte integral del precio, pues es lo que finalmente terminará pagando la entidad cuando adjudique el contrato, por lo cual 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.

[…]

Ahora bien, de acuerdo a las consideraciones desarrolladas en este concepto, indistintamente de que el oferente que se presenta al proceso de selección sea un contribuyente que está inscrito como responsables del IVA −equivale al régimen común que antes existía− o que no sea responsables de IVA −contribuyentes que antes pertenecían al régimen simplificado−, la evaluación de las propuestas económicas se realiza sobre el precio real ofrecido por cada proponente, esto es, con la inclusión de los impuestos, que se entienden parte del precio. Así las cosas, si un oferente es responsable de IVA y ello influye en el precio ofertado, la ponderación se hace sobre el valor final, sin importar que en el procedimiento existan otros oferentes que no son responsables de este impuesto.

**MIÍNIMA CUANTÍA – Factor de escogencia – Menor precio**

El procedimiento para la contratación de mínima cuantía, en el que según el literal c) del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, el único factor de escogencia es el menor valor, no es la excepción a la aplicación de la postura explicada. En ese sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estima que estos procesos, incluyendo aquellos que en los cuales se utilizan documentos tipo, la evaluación de la oferta debe realizarse respecto del precio real ofertado, el cual incluye los valores que debe pagar la entidad para adquirir el bien, obra o servicio, como los impuestos. Esto puesto que la entidad deberá pagar dichos tributos para adquirir el bien o servicio ofertado, lo cual es congruente con el numeral 5.1 de la invitación.

**CCE-DES-FM-17**





Bogotá D.C., 14 de julio de 2022

Señor

**Jaime Eduardo Gutiérrez Ocampo**

Bogotá D.C.

 **Concepto C – 440 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | PRECIO – Concepto / PRECIO – Inclusión de impuestos / EVALUACIÓN DEL PRECIO – Principio de selección objetiva – Principio de igualdad / EVALUACIÓN DEL PRECIO – Principio de selección objetiva / EVALUACIÓN DEL PRECIO – Principio de igualdad / EVALUACIÓN DEL PRECIO ‒ Costo real – Incluye IVA / MIÍNIMA CUANTÍA – Factor de escogencia – Menor precio |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220531005377 |

Estimado señor Gutiérrez:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, 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, responde su consulta del 31 de mayo de 2022.

**1. Problema planteado**

El numeral 5.1 de la invitación de los documentos tipo de mínima cuantía para obra pública de infraestructura de transporte dispone que «[…] la evaluación se hará sobre el valor total, incluyendo todos los impuestos, tasas y contribuciones […]». Al respecto, considera que:

Cuando a estos procesos se presentan personas naturales o jurídicas no responsables de IVA, claramente no deben incluir este impuesto en su ofrecimiento. Como la evaluación se hará sobre el valor total, incluyendo todos los impuestos, tasas y contribuciones y la adjudicación del proceso se realiza al proponente con menor valor en su oferta económica, en el caso en que al proceso se presenten personas naturales o jurídicas que si son responsables de IVA estas estarían en total desventaja con respecto a los proponentes que no son responsables del impuesto de IVA.

 De acuerdo con la explicación precedente, usted solicita aclarar «[…] las razones por las cuales la evaluación de las ofertas económicas se hace de esta forma para este tipo de procesos, porque claramente se está favoreciendo a las personas naturales o jurídicas que no son responsables de este impuesto».

1. **Consideraciones**

La Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) el precio, ii) el IVA en la evaluación de ofertas y iii) los principios de selección objetiva e igualdad de trato en la contratación estatal.

Vale la pena mencionar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente unificó su postura frente a la inclusión del IVA en el precio de los contratos estatales y en la evaluación de las ofertas económicas en el Concepto CU-182 del 31 de marzo de 2020. Esta tesis se ha retomado en los Conceptos C−204 del 31 de marzo de 2020, C−439 del 27 de septiembre de 2020, C−469 del 27 de septiembre de 2020, C−480 del 16 de septiembre de 2020, C-772 del 13 de enero de 2021, C-059 del 10 de marzo de 2021, C-432 del 27 de septiembre de 2021, C-469 del 6 de septiembre de 2021, C-572 del 12 de octubre de 2021 y C-678 del 18 de enero de 2022. La tesis y argumentos desarrollados en dichos conceptos se retoman a continuación:

**2.1. El precio**

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

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

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

A partir de esta definición, aunque incipiente, podría deducirse que para el ordenamiento jurídico colombiano el precio es lo que se entrega como retribución de un bien o servicio, es decir, no es lo que se anuncia o una parte de lo que vale el bien o servicio, sino lo que el comprador efectivamente entrega o paga como contraprestación por la cosa recibida. 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»[[1]](#footnote-1).

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[[2]](#footnote-2).

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

**2.2. 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 el criterio adoptado hasta ese momento, al ponderar 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[[3]](#footnote-3).

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, es decir, antes del IVA. Este criterio ha sido reiterado por la subdirección en varios conceptos[[4]](#footnote-4).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la justificación del anterior criterio se ha basado en los principios de selección objetiva y el de igualdad de trato de los oferentes por parte de la entidad contratante, se considera necesario hacer algunas precisiones en torno a estos principios, con miras a dilucidar si a partir de su interpretación puede concluirse que la entidad estatal, al momento de ponderar las ofertas económicas, debe descontar el IVA y solo comparar el valor neto de los bienes o servicios ofrecidos.

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

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo al deber de selección objetiva, el cual debe interpretarse de manera conjunta e integrada con los principios orientadores de la actividad contractual, como lo son el de transparencia, economía y responsabilidad, consagrados en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993.

El artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, mediante la cual se introdujeron algunas modificaciones a la Ley 80 de 1993[[5]](#footnote-5), se refiere a la *“selección objetiva”* y la define como oferta más favorable aquella que resulte ser más ventajosa para la entidad, después de haber sido aplicados los criterios de escogencia y su ponderación, determinados de manera precisa y detallada en el pliego de condiciones, sin que tal favorabilidad la constituyan elementos extraños a los factores contemplados en ellos. Por su parte, el artículo 2.2.1.2.2.2. del Decreto 1082 de 2015 establece que la entidad estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección, para lo cual dispone:

Artículo 2.2.1.1.2.2.2. Ofrecimiento más favorable.La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista.

En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

1.    Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

2.    Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de fun­cionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

3.    Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.

4.    El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.

La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido.

Lo anterior debe desarrollarse en los pliegos de condiciones, según lo dispone el numeral 5 del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, por lo que uno de los aspectos que debe en dicho documento es el referente a los criterios de evaluación y factores de calificación, que permita a las entidades públicas seleccionar la oferta más favorable, en tanto que dichos aspectos resultan de obligatoria observancia, dado que la oferta más favorable no podrá determinarse por factores diferentes a los contenidos en el pliego de condiciones. En ese sentido, no cabe duda de que la selección objetiva se fundamenta en aplicar rigurosamente los requisitos de selección de los oferentes y los criterios o factores de evaluación o calificación de las ofertas de forma precisa, detallada y concreta, que permitan a la entidad seleccionar una óptima propuesta o la más ventajosa para la entidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el principio de selección objetiva busca que la entidad adjudique el contrato al oferente con la propuesta más favorable, la norma define este concepto como la propuesta más ventajosa, luego de ponderar los factores técnicos y económicos. Así las cosas, para que la entidad pueda determinar cuál es la oferta que más ventaja le reporta, lo lógico es que la comparación de precios se haga sobre los que finalmente tendrá que pagar, es decir, no puede realizarse una ponderación adecuada, en el factor económico, si la entidad compara precios que no son reales, pues ello es lo que ocurre si en dicha comparación se toman precios que no serán los que finalmente pagará, porque no se encuentra incluido el IVA o cualquier otro impuesto. De esta manera, 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[[6]](#footnote-6). A la luz del artículo 209 de la Constitución Política, la igualdad es uno de los principios orientadores de la función administrativa y, en virtud, del principio de igualdad las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento, como lo ordena el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011.

En el ámbito de la contratación pública, la igualdad se materializa a través del equilibrio de todos los oferentes frente al proceso de selección, desde la exigencia de los requisitos estipulados en los pliegos de condiciones, en la calificación de sus ofertas y en su selección. La igualdad en los procesos de contratación supone que las condiciones a las que se enfrentan los proponentes sean las mismas para todos y que la oferta adjudicada sea la más favorable a la entidad. Por ello el Consejo de Estado ha determinado que la aplicación del principio de igualdad en la contratación pública materializa otros principios de similar importancia como la selección objetiva y la transparencia:

La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración. Y la sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes[[7]](#footnote-7).

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

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

No puede alegarse la violación del principio de igualdad cuando una entidad compara el precio real que ofrece cada proponente, pues la jurisprudencia constitucional ha 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 definido por el legislador, quien optó por establecer ciertas cargas a algunos sujetos y a otros no. Es decir que la distinción o discriminación fue realizada por el legislador.

Por ello, 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: De esta manera, «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»[[8]](#footnote-8).

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

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

Como ya se señaló los impuestos son parte integral del precio, pues es lo que finalmente terminará pagando la entidad cuando adjudique el contrato, por lo cual 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.

Ahora bien, es pertinente mencionar lo contenido en la Ley 1943 de 2018, «Por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones», en la que se dispuso de una serie de cambios respecto a los responsables del IVA. En ese sentido, la mencionada ley eliminó la referencia al régimen común y simplificado, para hablar de responsables y no responsables del impuesto de IVA. Así las cosas, el artículo 18[[9]](#footnote-9) de la Ley 1943 de 2018 dispone que se eliminan todas las referencias al régimen simplificado del impuesto a las ventas y que, conforme a ello, las normas que se refieran al régimen común y al régimen simplificado se entenderán referidas al régimen de responsabilidad del IVA[[10]](#footnote-10).

De acuerdo con esta norma, por regla general, se considera que una persona natural o jurídica no es responsable de IVA, si vende productos o presta un servicio que no está gravado con este impuesto; caso contrario ocurre cuando el bien o servicio se encuentra gravado con IVA, en ese sentido, la persona natural o jurídica será responsable de IVA. Sin embargo, algunas personas naturales, que se encuentran en la primera hipótesis mencionada, esto es −que venden productos o prestan servicios gravados con IVA− pueden no ser responsables de este impuesto, si no sobrepasan unos topes mínimos de ingresos y otros conceptos, que se señalan en el parágrafo 3 artículo 437 del Estatuto Tributario.

Ahora bien, de acuerdo a las consideraciones desarrolladas en este concepto, indistintamente de que el oferente que se presenta al proceso de selección sea un contribuyente que está inscrito como responsables del IVA −equivale al régimen común que antes existía− o que no sea responsables de IVA −contribuyentes que antes pertenecían al régimen simplificado−, la evaluación de las propuestas económicas se realiza sobre el precio real ofrecido por cada proponente, esto es, con la inclusión de los impuestos, que se entienden parte del precio. Así las cosas, si un oferente es responsable de IVA y ello influye en el precio ofertado, la ponderación se hace sobre el valor final, sin importar que en el procedimiento existan otros oferentes que no son responsables de este impuesto.

 El procedimiento para la contratación de mínima cuantía, en el que según el literal c) del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, el único factor de escogencia es el menor valor, no es la excepción a la aplicación de la postura explicada. En ese sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estima que estos procesos, incluyendo aquellos que en los cuales se utilizan documentos tipo, la evaluación de la oferta debe realizarse respecto del precio real ofertado, el cual incluye los valores que debe pagar la entidad para adquirir el bien, obra o servicio, como los impuestos. Esto puesto que la entidad deberá pagar dichos tributos para adquirir el bien o servicio ofertado, lo cual es congruente con el numeral 5.1 de la invitación.

**3. Respuesta**

El numeral 5.1 de la invitación de los documentos tipo de mínima cuantía para obra pública de infraestructura de transporte dispone que «[…] la evaluación se hará sobre el valor total, incluyendo todos los impuestos, tasas y contribuciones […]». Al respecto, considera que:

Cuando a estos procesos se presentan personas naturales o jurídicas no responsables de IVA, claramente no deben incluir este impuesto en su ofrecimiento. Como la evaluación se hará sobre el valor total, incluyendo todos los impuestos, tasas y contribuciones y la adjudicación del proceso se realiza al proponente con menor valor en su oferta económica, en el caso en que al proceso se presenten personas naturales o jurídicas que si son responsables de IVA estas estarían en total desventaja con respecto a los proponentes que no son responsables del impuesto de IVA.

De acuerdo con la explicación precedente, solicita aclarar «[…] las razones por las cuales la evaluación de las ofertas económicas se hace de esta forma para este tipo de procesos, porque claramente se está favoreciendo a las personas naturales o jurídicas que no son responsables de este impuesto».

Conforme a lo expuesto, la evaluación de las propuestas económicas se realiza sobre el precio real ofrecido por cada proponente, esto es, con la inclusión de los impuestos, los cuales integran el precio. Así las cosas, el hecho de que un oferente sea o no responsable de IVA influye en el precio ofertado, lo que debe reflejarse en la ponderación que se hace sobre el valor final que debe pagar la entidad estatal, comoquiera que hace parte del precio, sin importar que en el procedimiento existan otros oferentes que no son responsables de este impuesto.

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

Finalmente, el procedimiento para la contratación de mínima cuantía, en el que según el literal c) del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, el único factor de escogencia es el menor valor, no es la excepción a la aplicación de la postura explicada. En ese sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estima que estos procesos, incluyendo aquellos que en los cuales se utilizan documentos tipo, la evaluación de la oferta debe realizarse respecto del precio real ofertado, el cual incluye los valores que debe pagar la entidad para adquirir el bien, obra o servicio, como los impuestos. Esto puesto que la entidad deberá pagar dichos tributos para adquirir el bien o servicio ofertado, lo cual es congruente con el numeral 5.1 de la invitación.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra CastañedaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de octubre de 2002. Exp 13.408. C.P. Ligia López Díaz. [↑](#footnote-ref-1)
2. Marín Cortés, Fabián G. *El precio*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2012, p. 60. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Ibídem* [↑](#footnote-ref-3)
4. Agencia Nacional de Contratación Pública - 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-4)
5. El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, derogó el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, que se refería al deber de selección objetiva, por lo que la regulación del mismo quedó contenida en el artículo 5º de la Ley 1150. [↑](#footnote-ref-5)
6. «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-6)
7. 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-7)
8. Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-8)
9. «Artículo 18. <Ley INEXEQUIBLE a partir del 1o. de enero de 2020, C-481-19> Elimínense todas las referencias al régimen simplificado del impuesto a las ventas y del impuesto nacional al consumo. Las normas que se refieran al régimen común y al régimen simplificado se entenderán referidas al régimen de responsabilidad del Impuesto sobre las Ventas (IVA). [↑](#footnote-ref-9)
10. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales −DIAN− Concepto jurídico No. 000105 del 23 de enero de 2019. [↑](#footnote-ref-10)