**COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA AGENCIA – Definición – Noción**

Como en la consulta que se resuelve en esta oportunidad se hacen algunos comentarios a partir de un caso concreto, en el presente aparte se tendrá como fundamento el concepto C-176 del 19 de abril de 2021 de esta Agencia, en el cual se analiza su función de interpretación de las normas contractuales y, con base en ello, aclarar la naturaleza de los conceptos expedidos por este organismo.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que esta Agencia solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver consultas sobre casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares, especialmente, cuando el conocimiento de estos últimos corresponde resolverlos a los partícipes del sistema de compra pública y, eventualmente, a las autoridades judiciales y a los organismos de control.

Por tanto, la competencia de esta Agencia se fija con límites claros, con el objeto de evitar que 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. Lo anterior, en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud; razón por la cual, al no ser un órgano judicial, ni una entidad de vigilancia, inspección o control en materia contractual, carece de la facultad para desempeñar estas funciones

**APERTURA DE LAS OFERTAS – Ley 1882 de 2018 – Oferta económica**

El artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual regula el procedimiento de selección de licitación pública y la presentación de ofertas en el marco de este, no obstante, esta norma fue adicionada por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, el cual estableció reglas para la presentación de ofertas en licitaciones para la selección de contratistas de obra pública, señalando que las mismas deben estar conformadas por dos sobres: i) un primer sobre que contenga los documentos mediante los que se acredita el cumplimento de los requisitos habilitantes, así como como los puntuables diferentes a la oferta económica –Sobre No. 1– y un segundo sobre en el que se deposite exclusivamente el ofrecimiento económico –Sobre No. 2–.



Bogotá, 25 Octubre de 2022

Señor

**Alexander Carreño Herrera**

Personero Municipal de Lebrija, Santander

Lebrija, Santander

 **Concepto C – 701 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
|  **Temas:**  | COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA AGENCIA – Definición – Noción APERTURA DE LAS OFERTAS – Ley 1882 de 2018 – Oferta económica |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220914009280 |

Estimado señor Carreño:

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 a su consulta del 14 de septiembre de 2022.

**1. Problema planteado**

En su petición usted solicita que: « […] La Agencia Nacional de Contratación Pública […] conceptué sí existe alguna violación al Artículo 1 de la ley 1882 de 2019, cuando una entidad territorial en el marco de un proceso de licitación pública exige a los interesados la inclusión del análisis de precios unitarios APU en el sobre No 1 de la oferta».

**2. 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 atribuciones para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos concretos de todos los partícipes de la contratación estatal.

 La competencia de esta entidad 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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

 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 se analizarán los siguientes temas: i) competencia consultiva de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente y, ii) presentación de ofertas económicas en procesos de licitación de obra pública . y iii) **el sistema de precios unitarios como mecanismo para la fijación del precio en los contratos de obra pública**

**2.1. Competencia consultiva de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente**

Como en la consulta que se resuelve en esta oportunidad se hacen algunos comentarios a partir de un caso concreto, en el presente aparte se tendrá como fundamento el concepto C-176 del 19 de abril de 2021 de esta Agencia, en el cual se analiza su función de interpretación de las normas contractuales y, con base en ello, aclarar la naturaleza de los conceptos expedidos por este organismo.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que esta Agencia solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver consultas sobre casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares, especialmente, cuando el conocimiento de estos últimos corresponde resolverlos a los partícipes del sistema de compra pública y, eventualmente, a las autoridades judiciales y a los organismos de control.

Por tanto, la competencia de esta Agencia se fija con límites claros, con el objeto de evitar que 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[[1]](#footnote-1). Lo anterior, en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud; razón por la cual, al no ser un órgano judicial, ni una entidad de vigilancia, inspección o control en materia contractual, carece de la facultad para desempeñar estas funciones.

 En ejercicio de las competencias consagradas en los artículos 3, numeral 5, 11, numeral 8, 12, numeral 6, y 13, numeral 4, del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. El alcance de la competencia consultiva encuentra fundamento normativo en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, que dispone lo siguiente:

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

 La norma citada prescribe que los conceptos emitidos por las autoridades, como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o de imperativa ejecución, es decir, no tienen efectos vinculantes. En particular, es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos; además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del organismo que elabora el concepto.

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

 En términos generales, lo que se busca con el ejercicio de la función consultiva es que la opinión jurídica de esta Agencia sea un criterio de orientación para los operadores jurídicos, sin que ello suponga resolver un problema entre partes o asumir la única posible interpretación de una disposición normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes[[4]](#footnote-4).

De este modo, las autoridades que ejercen funciones consultivas pueden expresar su interpretación de un precepto normativo, que no excluye otras interpretaciones posibles, pues el derecho, como sistema normativo, es un lenguaje que, en ocasiones, se tiñe de vaguedad, en virtud de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. Así, puede pasar, por ejemplo, que un ministerio considere que una norma debe entenderse en un sentido, pero que otra entidad, vinculada o adscrita a ese ministerio, entienda que la misma norma debe interpretarse de otra manera. Eso hace parte de la lógica deliberativa y dialéctica del funcionamiento del Estado y refleja el principio democrático.

De todos modos, esto no significa, necesariamente, que el criterio de una u otra tenga prevalencia sobre la otra, ya que se trata de opiniones emitidas a título de concepto, pese a que entre las entidades exista jerarquía, o de la naturaleza y competencias que se prediquen de una y otra. Incluso, aun cuando los jueces interpreten con autoridad el sentido de la disposición normativa, el concepto emitido por la entidad no deja de ser un concepto y no adquiere efectos vinculantes, así coincida con el de la autoridad judicial, pues, en esa hipótesis, lo que vincula es la decisión del juez, no el concepto de la entidad que ejerció la función consultiva, pues, como se viene diciendo, dicha competencia se enmarca en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. Así pues, como lo establece esta forma, los conceptos «no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución». Por lo anterior, a continuación, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente hará una interpretación *en abstracto* de los temas que se relacionan con el objeto de su consulta, con la salvedad –fundamentada en los comentarios que acaban de hacerse– de que la opinión consultiva de la Agencia no es vinculante en el procedimiento de selección particular.

**2.2. Presentación de ofertas económicas en procesos de licitación de obra pública**

El artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual regula el procedimiento de selección de licitación pública y la presentación de ofertas en el marco de este, no obstante, esta norma fue adicionada por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, el cual estableció reglas para la presentación de ofertas en licitaciones para la selección de contratistas de obra pública, señalando que las mismas deben estar conformadas por dos sobres: i) un primer sobre que contenga los documentos mediante los que se acredita el cumplimento de los requisitos habilitantes, así como como los puntuables diferentes a la oferta económica –Sobre No. 1– y un segundo sobre en el que se deposite exclusivamente el ofrecimiento económico –Sobre No. 2–[[5]](#footnote-5).

Respecto del Sobre No. 2, el parágrafo 3°del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 dispone:

En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública, las entidades estatales deberán publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

En estos procesos el informe permanecerá publicado en el Secop durante cinco (5) días hábiles, término hasta el cual los proponentes podrán hacer las observaciones que consideren y entregar los documentos y la información solicitada por la entidad estatal. Al finalizar este plazo, la entidad estatal se pronunciará sobre las observaciones y publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica.

Para estos procesos, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación, las cuales se decidirán en la misma. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones, corriendo traslado a los proponentes habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad.

Como se observa, la norma transcrita diferencia claramente dos momentos relacionados con la apertura y valoración de los distintos componentes de la oferta, los cuales están divididos, según la misma disposición, en dos sobres diferentes: por un lado, el sobre número 1 que contendrá los documentos e información relacionada con la acreditación de los requisitos habilitantes, así como los requisitos sometidos a asignación de puntaje, pero distintos a la oferta económica. El contenido de este primer sobre será valorado y evaluado mediante un informe «provisional» de evaluación que permanecerá publicado durante 5 días hábiles, término durante el cual los proponentes podrán presentar observaciones y presentar documentos e información solicitada por la entidad estatal, para que a partir de ello, esta proceda a pronunciarse sobre dichas observaciones y a publicar el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica.

En cuanto al Sobre No. 2, de conformidad con lo establecido en la disposición comentada, deberá permanecer cerrado hasta tanto se realice la audiencia pública de adjudicación. En el curso de dicha audiencia, se procederán a abrir los sobres con las ofertas económicas, y se evaluarán en la misma siguiendo el mecanismo escogido a través del método aleatorio establecido en el respectivo pliego de condiciones.

En ese sentido, resulta claro que, en los procesos de licitación para la selección de contratistas de obra pública, el Sobre No. 2, contentivo de la oferta económica debe permanecer cerrado hasta la audiencia de adjudicación. Esto además supone que la información que determina el valor ofertado por los proponentes solo puede ser revelada tras la apertura del Sobre No. 2.

**2.3. El sistema de precios unitarios como mecanismo para la fijación del precio en los contratos de obra pública**

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 que la entidad contratante le pagará por la ejecución del objeto contractual.

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

Pues bien, 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 indirectos.

De acuerdo con la Sección Tercera del Consejo de Estado, el AIU, concepto de común utilización en los contratos de tracto sucesivo –entre ellos, los contratos de obra– no cuenta con una definición normativa, pero hay elementos que permiten precisar su alcance, así:

[…] el AIU propuesto para el contrato, corresponde a:

i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, esto es: A;

ii) los imprevistos, que es 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: I;

iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: U.

Ahora, teniendo en cuenta que no existe ninguna 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[[7]](#footnote-7).

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo en concepto del 5 de septiembre de 2018[[8]](#footnote-8) 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[[9]](#footnote-9), sin perjuicio que en otros contratos este valor no aparezca discriminado y se incorpore en el valor de los precios unitarios»[[10]](#footnote-10).

Así, 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. «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, […]»[[11]](#footnote-11). 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[[12]](#footnote-12).

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. 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 el 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; postulado que exige la optimización de los recursos públicos.

Partiendo de las consideraciones anteriores, usualmente en los contratos cuyo valor se estructura bajo el sistema de precios unitarios y con el desglose del AIU, el precio se paga con base en el valor de los costos directos incrementados–APU– por el porcentaje del AIU, forma de pago que pueden incluir las entidades estatales en virtud de la autonomía de la voluntad a que remiten los artículos 13, 32 y 40 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De acuerdo con lo anterior, en principio, en los contratos de obra pública cuya contraprestación se estructure a partir del sistema de precios unitarios, el valor de la oferta económica estaría determinado por el valor resultante del APU, incrementado en el porcentaje de AIU. En ese sentido, en los procesos de licitación pública que se desarrollen para la contratación de este tipo de objetos contractuales, la información correspondiente al APU debería ser incluida en el Sobre No. 2, en el entendido de que hace parte de la oferta económica del proponente, por lo que no resultaría ajustado con lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por la Ley 1882 de 2018 solicitar la inclusión del APU en el Sobre No. 1 cuando el precio del contrato se determinó mediante el sistema de precios unitarios.

De hecho, incluir información de la oferta económica en el Sobre No. 1 podría ameritar el rechazo de la oferta, en el entendido de que ello conlleva a la revelación del ofrecimiento de manera previa a la oportunidad para ello dispuesta, lo que dificulta una selección objetiva. A manera de ejemplo, se destaca que, el numeral 1.15 del Documento Base o Pliego Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – Versión 3, consagra el listado de las causales de rechazo aplicables a estos procedimientos de selección, estableciendo como motivo para el rechazo de la oferta en el en el literal V: *«*no presentar oferta económica. *Entregar la información de la propuesta económica en el sobre que no corresponda»,* lo cual tienen sustento en el parágrafo del artículo 30 la Ley 80 de 1993, que establece que, en el Sobre No. 2 deberá incluirse *«*[…] *únicamente la propuesta económica de conformidad con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones*».

 En ese sentido, es dable concluir que en caso de que se incluya el Análisis de Precios Unitarios en un sobre que no corresponde al No 2, y por el contrario, este se incluye en el Sobre No 1, el proponente estaría revelando información de su oferta económica, por lo cual la entidad podría contemplar el rechazo de la oferta atendiendo lo previsto en las normas señaladas anteriormente.

Con todo, no está de más advertir que el estudio requerido para proceder al rechazo de la oferta en un evento determinado debe hacerse con sustento en las reglas y especificaciones incluidas en el correspondiente pliego de condiciones. En ese sentido, corresponde a las entidades estatales estudiar en cada caso concreto si el comportamiento del respectivo proponente en efecto corresponde una contravención al marco jurídico general y particular aplicable que amerite el rechazo de la oferta.

**3. Respuestas**

«[…] La Agencia Nacional de Contratación Pública […] conceptué sí existe alguna violación al Artículo 1 de la ley 1882 de 2019, cuando una entidad territorial en el marco de un proceso de licitación pública exige a los interesados la inclusión del análisis de precios unitarios APU en el sobre No 1 de la oferta».

De conformidad con lo expuesto, se concluye que el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, establece las reglas para la presentación de ofertas en licitaciones para la selección de contratistas de obra pública, señalando que las mismas deben estar conformadas por dos sobres: i) un primer sobre que contenga los documentos mediante los que se acredita el cumplimento de los requisitos habilitantes, así como como los puntuables diferentes a la oferta económica –Sobre No. 1– y un segundo sobre en el que se deposite exclusivamente el ofrecimiento económico –Sobre No. 2–.

En los contratos de obra pública cuya contraprestación se estructure a partir del sistema de precios unitarios, el valor de la oferta económica suele estar determinado por el valor resultante del APU, incrementado en el porcentaje de AIU. En ese sentido, en los procesos de licitación pública que se desarrollen para la contratación de este tipo de objetos contractuales, la información correspondiente al APU debería ser incluida en el Sobre No. 2, en el entendido de que hace parte de la oferta económica del proponente, por lo que no resultaría ajustado con lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por la Ley 1882 de 2018 solicitar la inclusión del APU en el Sobre No. 1 cuando el precio del contrato se determinó mediante el sistema de precios unitarios.

En todo caso, el estudio requerido para determinar si procede al rechazo de la oferta en un evento determinado debe hacerse con sustento en las reglas y especificaciones incluidas en el pliego de condiciones. Esto significa que, corresponde a las entidades estatales estudiar en cada caso concreto si el hecho de incluir información relacionada con el APU en el Sobre No. 1 corresponde una contravención al marco jurídico general y particular aplicable sancionable con el rechazo de la oferta.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Melissa Fernández ReinosoAnalista T2-2 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

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. Procuraduría General de la Nación. Concepto del 15 de octubre de 2014. Procuraduría Delegada para Asuntos Disciplinarios. Radicado PAD C-114-2014. [↑](#footnote-ref-2)
3. Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 80112-OJ-008 2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2ª ed.). Editorial Legis. Bogotá. 2012. p. 59 [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 1882 de 2018: «Artículo 1. Parágrafo 2. En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra, la oferta estará conformada por dos sobres, un primer sobre en el cual se deberán incluir los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los requisitos y documentos a los que se les asigne puntaje diferentes a la oferta económica.

»El segundo sobre deberá incluir únicamente la propuesta económica de conformidad con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones».

[…]». [↑](#footnote-ref-5)
6. «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-6)
7. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de octubre de 2011. Exp. 20811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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-8)
9. «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-9)
10. «…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-10)
11. MARÍN, Op. Cit., pp. 64-65. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibíd., p. 66. [↑](#footnote-ref-12)