**SELECCIÓN OBJETIVA - Carácter vinculante - Ley 80 de 1993 - Articulo 21 - Obligación - Entidades públicas - Articulo 24 - Pliego de condiciones - Reglas objetivas - No abuso - No desviación - Venta de bienes - Articulo 30 - Factores objetivos de selección - Articulo 38 - Prestación de servicios**

Además del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el deber de selección objetiva y su carácter vinculante encuentre fundamento en varios apartados de la Ley 80 de 1993, como: i) el primer inciso del artículo 21, que obliga a las entidades estatales a tener en cuenta la selección objetiva, al garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, ii) el artículo 24, numeral 5º, literal a), que manda que en los pliegos de condiciones se indiquen “[…] los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección”, iii) el artículo 24, numeral 5º, literal b), que establece que en los pliegos de condiciones se deben definir

“[…] reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación”, iv) el artículo 24, numeral 8º, según el cual “Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”, v) el segundo inciso del parágrafo 3º del artículo 24, que exige tener en cuenta la selección objetiva de la entidad veedora para el procedimiento de venta de bienes de las entidades estatales por el sistema de martillo; vi) el numeral 18 del artículo 25, el cual señala que “La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva”, vii) el numeral 2 del artículo 30, que dispone que “La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, […], en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas”,viii) el inciso final del artículo 38, que obliga a las entidades estatales que tengan como objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones a respetar el principio de selección objetiva, y ix) el segundo inciso del artículo 76, que ordena cumplir también con dicho principio a las entidades que tengan por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales renovables y no renovables.

**REQUISITOS HABILITANTES - Ley 1150 de 2007 - Articulo 5 - Propuesta - Favorable - Pliegos de condiciones - Factores - Técnicos - Económicos - Puntajes - Formulas - Costo beneficio**

[…] el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula los factores dirigidos a determinar cuál es la propuesta más favorable. En ese sentido, el inciso primero dispone los factores de escogencia y calificación que deben indicarse en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes. En concordancia con esto, el numeral 2 de esta norma establece que la oferta más favorable es aquella que resulte ser la más ventajosa para la entidad, una vez se realice la ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos de escogencia, de acuerdo con los parámetros establecidos en los pliegos de condiciones para la comparación de ofertas. Este numeral 2 se divide en dos literales, cada uno de los cuales hace referencia a los mecanismos por los que pueden optar las entidades para ponderar los elementos de calidad y precio de las ofertas. El literal a) alude a la ponderación de los referidos elementos mediante puntajes o fórmulas, mientras que el literal b) se refiere la elección de la oferta que represente la mejor relación costo-beneficio para la entidad.

**REQUISITOS PONDERABLES - Condición - Oferta - Evaluación - Exigencia objetiva - Puntaje - Ponderados - Comparación - oferta**

[…] la doctrina define los requisitos o factores ponderables como “[…] aquellas condiciones de la oferta y no de quien la presenta, que sí entrarán a ser evaluadas por la Administración y que, en consecuencia, darán lugar a la escogencia objetiva de la mejor propuesta para la entidad”. Todas estas categorías designan los “[…] factores a los cuales cabe otorgarles puntajes o que pueden ser ponderados, precisamente, pues estos son los factores que en últimas permiten una comparación de ofertas y una diferenciación entre ellas”. Sobre la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad y la evaluación de los factores exigidos […]

**DESARROLLO LEGISLATIVO - Ley 1150 de 2007 - Articulo 5 - Decreto 1082 de 2015 - Articulo 2.2.1.1.2.2.2. - Mecanismos - Ponderación - Calidad - Precio - Formulas - Costo Beneficio**

Con todo, los factores de calificación que incluyan las entidades estatales en los pliegos de condiciones deben enmarcarse en lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto hay que destacar que el artículo 5.2 de la Ley 1150 de 2007 se encuentra reglamentado por el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 20158. Este artículo desarrolla los mecanismos de ponderación previstos en la ley, estableciendo que, en los procesos de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, se 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. En tales términos, el marco jurídico legal y reglamentario brinda a las entidades estatales dos mecanismos para ponderar las ofertas en los procesos de selección mencionados.

**DECRETO 1082 DE 2015 - Numeral 3 - Articulo 2.2.1.1.2.2.2 - Ventajas - Términos - Economía - Eficiencia – Eficacia**

Debe llamarse la atención sobre lo señalado en el numeral 3 en el que se alude a las condiciones económicas adicionales, refiriéndolas como aquellas que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia que pueden ser valoradas en dinero. A título enunciativo, el numeral establece los siguientes ejemplos: “[…] 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”

**OFERTAS BAJAS - Responsabilidad - Contratista - Ley 80 de 1993 - Artículo 26.6 - Imposibilidad - Entidad - Aceptar – Propuesta**

Según el artículo 26.6 de la Ley 80 de 1993, los contratistas responderán cuando presenten ofertas que resulten artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato. El precio artificialmente bajo es definido como aquel que, además de ser muy reducido, no encuentra fundamento en el tráfico comercial. En este sentido, la entidad estaría imposibilitada para aceptar la propuesta artificialmente baja, so pena de la infracción de los principios de la contratación pública. Así lo señalo el Consejo de Estado en sentencia del 4 de junio de 2008, 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 […]

**PROPUESTA ARTIFICIALMENTE BAJA - Obligaciones - Entidad - Requerir - Oferente - Análisis - Explicaciones - Rechazo - Oferta**

De lo expuesto se desprende que, ante una propuesta artificialmente baja, la entidad estatal está obligada a: 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 su análisis en la fase de evaluación. Así, la entidad deberá, inicialmente, determinar si la propuesta es considerada artificialmente baja, de acuerdo con la información del análisis del sector y, posteriormente, agotar el procedimiento indicado.

Texto

Descripción generada automáticamenteBogotá D.C., 17 de noviembre de 2022

Señor

**Alejandra Restrepo Marulanda** [juridica@uniquindio.edu.co](mailto:juridica@uniquindio.edu.co) Armenia, Quindío

# Concepto C-751 de 2022

**Temas:** PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Noción / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Regulación / PRINCIPIO DE

SELECCIÓN OBJETIVA – Oferta más favorable / FACTORES DE EVALUACIÓN – Noción / PRINCIPIO DE SELECCIÓN

OBJETIVA – Pliego de condiciones / PRECIO ARTIFICIALMENTE BAJO – Regulación / PRECIO

ARTIFICIALMENTE BAJO – Criterios de identificación / GUÍA PARA EL MANEJO DE OFERTAS ARTIFICIALMENTE BAJAS EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN – Contenido / GUÍA PARA EL MANEJO DE OFERTAS ARTIFICIALMENTE BAJAS

EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN – Ámbito de aplicación / EVALUACIÓN DE OFERTAS – Procedencia de la Analogía

**Radicación:** Respuesta a consulta No. P20220923009595

Estimados peticionarios:

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 su consulta del 23 de septiembre de 2022.

# Problema planteado

Usted realiza la siguiente consulta:

“1. Si en un proceso de contratación se establece como criterio que otorga puntaje el termino de garantía ofertada para un producto (entre mayor termino ofrecido, mayor puntaje), sin establecerse un límite máximo para este y un proponente ofrece un término de garantía muy superior a la dinámica del mercado, es posible aplicar el proceso sugerido por Colombia Compra Eficiente en la “GUÍA PARA EL MANEJO DE OFERTAS ARTIFICIALMENTE BAJAS EN PROCESOS

DE CONTRATACIÓN”, haciendo una analogía con la garantía ofrecida, en donde podría considerarse artificialmente alta, si en el cálculo de la mediana más una vez la desviación estándar supera el límite del resultado obtenido.

1. Si en un proceso de contratación se establece como criterio que otorga puntaje la garantía de un producto (mobiliario), en el cual no se estable un límite máximo para este y un proponente ofrece un tiempo de garantía muy superior a la dinámica del mercado (ejemplo 55 años para mobiliario de oficina), en el caso de que ello conlleve a que el proponente haya subestimado todos los costos asociados, o estableció un margen de utilidad excepcionalmente reducido ¿Podría la entidad considerar la propuesta como artificialmente baja, teniendo en cuenta el margen de utilidad estimado por el proponente?
2. Teniendo en cuenta la pregunta anterior, podría considerarse presuntamente como ficticia y/o fraudulenta, con fines de obtener una mayor ventaja en la asignación de puntajes para la adjudicación del contrato a celebrar teniendo en cuenta los pronunciamiento del Consejo de Estado que en sentencia emitida de fecha primero (1°) de julio de dos mil quince (2015), con Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00091-01(29434), el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, señaló entre sus apartes, respecto a las propuestas allegadas a los procesos de selección de contratistas, lo siguiente:

“En consecuencia, para la Sala sería inadmisible sostener que la entidad estatal contratante tuviere el deber de adjudicar el procedimiento administrativo de selección a una determinada oferta a sabiendas de que, aunque en apariencia tendría las mejores condiciones, en realidad sería, por su contenido, total o parcialmente, una propuesta mentirosa, fraudulenta, engañosa o proveniente de un proponente que pretende sacar provecho o ventaja, frente a la entidad contratante y/o ante sus competidores, de la manipulación de información errónea, inexacta o falaz, tal como no resultaría válida, de ninguna manera, la adjudicación que se quisiera hacer recaer en un oferente que se encuentre incurso en una causal de inhabilidad o de incompatibilidad, por lo cual resulta plausible que en estos casos la entidad decida rechazar o excluir esa clase de ofertas, independientemente de que así lo haya previsto, o no, el correspondiente pliego de condiciones, decisión que, de todos modos, la entidad estatal contratante está en el deber de motivar de manera clara, precisa, completa y detallada,”“.

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a esta Agencia como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares 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[[1]](#footnote-1). 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.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal., para lo cual se estudiarán los siguientes temas: i) Regulación del deber de selección objetiva en la contratación estatal. Importancia del pliego de condiciones para la determinación de la oferta más favorable; y ii) Regulación de los precios artificialmente bajos en la contratación pública. Procedencia de la aplicación analógica.

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente analizó la noción y alcance de la regulación 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−163 del 31 de marzo de 2020, C–012 del 28 de enero de 2020, C–200 del 14 de abril de 2020, C−473 del 13 de julio de 2020, C−496 del 27 de julio de 2020, C−506 del 29 de julio de 2020, C-679 del 23 de noviembre de 2020, C–767 del 7 de enero de 2021, C-205 del 7 de mayo de 2021, C-737 del 27 de enero de 2022, C-287 del 4 de mayo de 2022, C-205 del 7 de mayo de 2022, C-299 del 15 de mayo de 2022, C-403 del 22 de junio de 2022, C-484 del 28 de julio de 2022, C-546 del 30 de agosto de 2022 y C-756 del 11 de noviembre de 2022[[2]](#footnote-2). Algunos de los argumentos expuestos en estos conceptos se retoman y complementan a continuación.

# Regulación del deber de selección objetiva en la contratación estatal. Importancia del pliego de condiciones para la determinación de la oferta más favorable.

Uno de los principios transversales de los procedimientos contractuales es el de selección objetiva. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda o el interés personal.

Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia se vislumbran antecedentes normativos que consagraban dicho principio[[3]](#footnote-3), en la actualidad la disposición legal que lo regula es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. De acuerdo con esta norma, y conforme ha explicado esta Agencia, propósito del deber de selección objetiva es que las entidades escojan en los procesos de selección el “[…] ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca […]”. Tal favorabilidad debe determinarse a partir de criterios que pueden variar, de acuerdo con el objeto contractual o la modalidad de selección aplicable, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben estar señalados en el pliego de condiciones o documento equivalente.

Además del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el deber de selección objetiva y su carácter vinculante encuentre fundamento en varios apartados de la Ley 80 de 1993, como: i) el primer inciso del artículo 21, que obliga a las entidades estatales a tener en cuenta la selección objetiva, al garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, ii) el artículo 24, numeral 5º, literal a), que manda que en los pliegos de condiciones se indiquen “[…] los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección”, iii) el artículo 24, numeral 5º, literal b), que establece que en los pliegos de condiciones se deben definir

“[…] reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación”, iv) el artículo 24, numeral 8º, según el cual “Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”, v) el segundo inciso del parágrafo 3º del artículo 24, que exige tener en cuenta la selección objetiva de la entidad veedora para el procedimiento de venta de bienes de las entidades estatales por el sistema de martillo; vi) el numeral 18 del artículo 25, el cual señala que “La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva”, vii) el numeral 2 del artículo 30, que dispone que “La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, […], en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas”,

viii) el inciso final del artículo 38, que obliga a las entidades estatales que tengan como objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones a respetar el principio de selección objetiva, y ix) el segundo inciso del artículo 76, que ordena cumplir también con dicho principio a las entidades que tengan por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales renovables y no renovables.

De una parte, el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a algunos requisitos exigibles en la generalidad de los procesos de selección adelantados conforme al EGCAP, tales como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización, denominados requisitos habilitantes, los cuales –en principio, salvo expresa disposición legal– no otorgan puntaje. Tales requisitos no se refieren a la oferta misma sino a la idoneidad del oferente para asumir adecuadamente la ejecución del contrato[[4]](#footnote-4). Los oferentes que cumplan estos requisitos habilitantes son considerados idóneos para ejecutar el objeto contractual, de manera que sus ofertas pueden ser consideradas en la evaluación dirigida a determinar cuál es la más favorable para la entidad y a los fines de la contratación. En este sentido, los requisitos *habilitantes* son aquellos que deben acreditar los proponentes para demostrar que cumplen con las condiciones requeridas para ejecutar el contrato, de tal manera que pueden participar de la fase competitiva del procedimiento de selección y optar a la adjudicación del contrato.

En contraposición a los requisitos habilitantes, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula los factores dirigidos a determinar cuál es la propuesta más favorable. En ese sentido, el inciso primero dispone los factores de escogencia y calificación que deben indicarse en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes. En concordancia con esto, el numeral 2 de esta norma establece que la oferta más favorable es aquella que resulte ser la más ventajosa para la entidad, una vez se realice la ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos de escogencia, de acuerdo con los parámetros establecidos en los pliegos de condiciones para la comparación de ofertas. Este numeral 2 se divide en dos literales, cada uno de los cuales hace referencia a los mecanismos por los que pueden optar las entidades para ponderar los elementos de calidad y precio de las ofertas. El literal a) alude a la ponderación de los referidos elementos mediante puntajes o fórmulas, mientras que el literal b) se refiere la elección de la oferta que represente la mejor relación costo-beneficio para la entidad.

Por su parte, el numeral 3 establece que en los procesos de selección de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización el único factor de evaluación consiste en el menor precio. Por último, el numeral 4, referente a los procedimientos para la selección de consultores, señala que deben usarse factores de calificación, para valorar los aspectos técnicos de la oferta, permitiendo que entre ellos se pondere la experiencia.

Conforme a lo anterior, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece una regulación general de los factores que inciden en la selección de ofertas en los procesos de contratación pública, refiriéndose a unos factores que determinan la participación en el proceso que no otorgan puntaje, denominados requisitos habilitantes, así como a otros criterios técnicos y económicos que permiten la ponderación y comparación de las ofertas, denominados factores ponderables o de calificación. Por ello, la doctrina define los requisitos o factores ponderables como “[…] aquellas condiciones de la oferta y no de quien la presenta, que sí entrarán a ser evaluadas por la Administración y que en consecuencia, darán lugar a la escogencia objetiva de la mejor propuesta para la entidad”[[5]](#footnote-5). Todas estas categorías designan los “[…] factores a los cuales cabe otorgarles puntajes o que pueden ser ponderados, precisamente, pues estos son los factores que en últimas permiten una comparación de ofertas y una diferenciación entre ellas”[[6]](#footnote-6). Sobre la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad y la evaluación de los factores exigidos en un caso concreto para el efecto, la doctrina explica que:

De acuerdo con ese entendimiento, el numeral 2 del artículo 5.° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, comienza por señalar que "la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos". Es decir que los factores de ponderación o de evaluación son los que en realidad determinan la propuesta que mejor satisface las necesidades de la Administración y no simplemente cuál de los proponentes es el más idóneo en la ejecución del contrato, pues, se insiste, todo oferente que supere los requisitos mínimos habilitantes se entiende que es suficientemente idóneo para la ejecución del objeto contractual. De nuevo, aquí es preciso señalar que es el pliego de condiciones el que debe determinar cuáles son esos factores que en cada caso concreto permiten hacer una comparación entre las ofertas presentadas y, con base en ello, determinar cuál es la más favorable para la Administración Pública.

[…]

Una siguiente conclusión que se deriva de la norma parcialmente transcrita consiste en que los pliegos de condiciones deben determinar dos situaciones por separado: 1. cuáles serán los factores o requisitos que serán evaluados por la Administración y 2. cuáles son los criterios para asignar puntaje a cada uno de los factores de evaluación y, con base en ello, poder hacer la comparación entre las ofertas y concluir cuál de ellas es la más ventajosa para la entidad estatal[[7]](#footnote-7).

De acuerdo con lo anterior, es posible asimilar las diferentes categorías a las que hace referencia el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, cuando alude a los factores que, a diferencia de los requisitos habilitantes, determinan la oferta más favorable para la entidad, y que, por lo tanto, hacen que una oferta sea mejor que otra, pese a tener que cumplir todas ellas los requisitos habilitantes. A efectos de lograr la comparación entre las ofertas, la entidad debe establecer en el pliego de condiciones las reglas y criterios que se aplicarán para discernir cuál es la oferta más favorable, para lo cual puede de valerse de mecanismos como la aplicación de fórmulas o el otorgamiento de puntajes.

Con todo, los factores de calificación que incluyan las entidades estatales en los pliegos de condiciones deben enmarcarse en lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto hay que destacar que el artículo 5.2 de la Ley 1150 de 2007 se encuentra reglamentado por el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015[[8]](#footnote-8). Este artículo desarrolla los mecanismos de ponderación previstos en la ley, estableciendo que, en los procesos de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, se 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. En tales términos, el marco jurídico legal y reglamentario brinda a las entidades estatales dos mecanismos para ponderar las ofertas en los procesos de selección mencionados.

Adicionalmente, este artículo desarrolla cuatro numerales en los que se establece una regulación específica para los procesos en los que se opte por ponderar los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación costo-beneficio. En concreto, lo que establece este artículo es que en estos procedimientos las entidades estatales deben incluir en los pliegos de condiciones: i) las condiciones técnicas y económicas mínimas; ii) las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento; iii) las condiciones económicas adicionales; y iv) el valor en dinero que la entidad estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional.

Debe llamarse la atención sobre lo señalado en el numeral 3 en el que se alude a las condiciones económicas adicionales, refiriéndolas como aquellas que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia que pueden ser valoradas en dinero. A título enunciativo, el numeral establece los siguientes ejemplos: “[…] 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” (Énfasis fuera de texto).

En aplicación de esto, 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 […]”. De esta manera, cuando se opte por aplicar la opción b) establecida en el artículo

5.2 de la Ley 1150 de 2007, la entidad debe establecer en el pliego de condiciones las condicione técnicas y económicas adicionales que se usaran para comparar las ofertas, para lo que debe asignarles un valor en dinero asociado con las ventajas que en términos de calidad, funcionamiento, economía, eficiencia o eficacia representan para la entidad, de tal manera que su ponderación en la forma indicada por el reglamento permita la escogencia de la oferta favorable para la entidad y el fin del contrato.

Por otro lado, en lo que compete a la ponderación de ofertas en aplicación de lo dispuesto en el literal a) del artículo 5.2 de la Ley 1150 de 2007 el Decreto 1082 de 2015 no establece una regulación detallada–a diferencia de lo que sucede con lo señalado en el literal b)–. Sin embargo, conforme se desprende del primer inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en estos casos, la ponderación de los elementos calidad y precio con base en puntajes o formulas debe basarse en lo establecido al respecto en respectivo pliego de condiciones. Esto implica que la entidad establezca en el pliego los factores que serán objeto de calificación, indicando unos asociados al precio y otros la calidad, así como los puntajes, fórmulas y reglas que se utilizarán para la evaluación.

De acuerdo con lo explicado, la aplicación de las reglas de ponderación de las ofertas que derivan del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 requiere que las entidades estatales establezcan en los pliegos de condiciones unas reglas claras que orientaran la evaluación de las ofertas, de tal manera que las mismas puedan ser conocidas todos los oferentes e interesados en el proceso, lo que se instituye en una garantía de la objetividad de la selección. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que los criterios para la selección de la oferta más favorable son unos de los componentes de los estudios y documentos previos, tal como se desprende del numeral 5 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015[[9]](#footnote-9). En ese orden, el deber de selección objetiva exige que las entidades estatales sean claras a la hora de establecer cuál es la forma en la cual se realizara la comparación de las ofertas, determinando como se asignarán los respectivos puntajes y como se calculará la relación costo beneficio respecto a los ofrecimientos realizados por los proponentes, procurando establecer criterios objetivos que proporcionen claridad tanto a los posibles oferentes para realizar sus ofrecimientos, como a las entidades para garantizar una evaluación de ofertas que evidencie con claridad cuál es la opción más beneficiosa para la entidad.

Con sustento en lo expuesto, es posible afirma que la escogencia de la oferta más favorable en los procesos de contratación, si bien está regulada por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, se encuentra en gran parte determinada por los factores de escogencia establecidos por la entidad desde los estudios y documentos previos, y, especialmente, por las reglas establecidas en el pliego de condiciones para su aplicación, siendo los criterios de selección, las condiciones de costo o calidad y las reglas de evaluación unos de sus componentes mínimos del pliego de condiciones indicados por el artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, que desarrolla el principio de transparencia en la contratación pública[[10]](#footnote-10)y el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015[[11]](#footnote-11).

Sobre la aplicación de las reglas del pliego de condiciones como manifestación del principio de transparencia y la selección objetiva en la evaluación de ofertas, se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, indicando que:

Los pliegos de condiciones son clara manifestación de los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y de igualdad, ya que en ellos es obligación de la administración establecer reglas y procedimientos claros y justos, que permitan la mejor escogencia del contratista con arreglo a las necesidades públicas y el interés general. De igual forma, en relación con las herramientas, instrumentos o criterios hermenéuticos aplicables en materia contractual, el artículo 23 de la ley 80 de 1993, consagra (…) En esa perspectiva, con arreglo a la ley 80 de 1993 se estableció un sistema de contratación estructurado en una nomoárquica que garantiza la aplicación de los postulados de la función administrativa del artículo 209 constitucional, los relativos a la contratación privada –civil o comercial–, los generales del derecho y los del derecho administrativo.

Como se advierte, toda la actividad contractual de la administración pública se rige por un plexo jurídico bastante amplio que permite la integración de principios de derecho público con aquellos predicables del derecho privado, de conformidad con la norma de integración del inciso primero del artículo 13 de la ley 80 de 1993, según el cual: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.” […]

[E*]l pliego de condiciones diseñado por la Administración, con la naturaleza anotada, debe ser aplicado estrictamente, en la selección del contratista, e igualmente, corresponde a los proponentes acatar totalmente dichas regulaciones al presentar sus ofrecimientos*. […] En esa perspectiva, *el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes[[12]](#footnote-12).* (Énfasis fuera de texto).

Así mismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado la importancia del pliego de condiciones como garantía el principio de selección objetiva, indicando que en la etapa de evaluación la Administración tan solo tiene permitido aplicar las reglas establecidas de manera objetiva en la ley y el pliego de condiciones. En los siguientes términos lo ha mencionado la alta corporación:

De conformidad con el deber legal que le asiste a las entidades del Estado, en acatamiento del principio de selección objetiva contenido en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, gravita sobre ellas la obligatoriedad de escoger el ofrecimiento que le sea más favorable y ajustado a los fines que persigue sin tener en consideración, factores de afecto o de interés o cualquier motivación de índole subjetiva, pues tan solo los fines que persigue la Administración, los requisitos y factores de escogencia claramente determinados en el pliego de condiciones y su ponderación precisa y detallada, serán los que determinen la selección de la oferta.

Así mismo, el pliego de condiciones como ley de la licitación y ley del contrato, impone a la Administración su cabal y estricta aplicación sin que le sea posible desconocer sus regulaciones, modificarlas o establecer nuevas condiciones, de manera subjetiva, después de haberse efectuado, como máximo, el cierre de la licitación o del concurso y durante la fase de evaluación y calificación de las ofertas.

Es precisamente *en la fase de evaluación y calificación de las ofertas cuando el principio de inmutabilidad del pliego, adquiere mayor significado, en la medida en que para este momento la Administración tan solo está facultada para aplicar la ley y aquellas regulaciones que ella misma diseñó con las características de claridad, precisión y objetividad, en orden a seleccionar la propuesta más conveniente al interés público; de tal suerte que la Administración no se encuentra facultada para excluir a su leal saber y entender alguna o algunas propuestas participantes en la convocatoria, si previamente este supuesto no se encuentra regulado en disposiciones legales[[13]](#footnote-13).* (Énfasis fuera de texto).

De acuerdo con lo explicado, la evaluación de ofertas debe estar dirigida por unas reglas y criterios incluidos por las entidades estatales en los pliegos de condiciones, de acuerdo con lo establecido en el marco legal y reglamentario sobre el deber de selección objetiva y la escogencia de la oferta más favorable. En lo que respecta a los criterios de ponderación o calificación, esto supone que la entidad establezca unas reglas que permitan la comparación de ofertas de manera objetiva, que, en virtud de su inclusión en el pliego de condiciones, sean conocidas por todos los interesados. Esto, además de la selección objetiva, garantiza la transparencia de la evaluación, en la medida en que esta se debe hacerse en aplicación de unas reglas que ya se han dado a conocer por lo que, una vez consolidadas en el pliego definitivo no pueden ser modificadas.

Con todo, si existe cierto margen de discrecionalidad por parte de las entidades estatales para establecer cuales serán los criterios de evaluación que se integrarán en el pliego y su forma de ponderación, aspectos que deben ser considerados en relación con el objeto contractual, y procurando la inclusión de unas reglas adecuadas y proporcionales para que la escogencia de la oferta ganadora se haga en procura de obtener la mejor relación entre calidad y precio en el bien, servicio u obra que se contrata. En todo caso, dicha direccionalidad no puede ser ejercida en contra de lo exigido por el deber de selección objetiva, el cual implica que la etapa de evaluación se adelante con sujeción las reglas establecidas de manera *ex ante*, las cuales deben ser formuladas de manera tal que no presenten vacíos que impidan la comparación de ofertas.

En consideración a lo anterior, se estima que aplicar en la evaluación de ofertas mecanismos o reglas de ponderación que no deriven de lo expresamente señalado en el pliego de condiciones contraviene el deber de selección objetiva, así como el principio de transparencia. Conforme a esto, las reglas del pliego de condiciones deben ser aplicadas de manera estricta, por lo que, en principio, no resultaría valido ponderar las ofertas aplicando por vía de la analogía reglas o mecanismos que no tengan sustento en las reglas contenidas en el pliego.

# Regulación de los precios artificialmente bajos en la contratación pública. Improcedencia de la aplicación analógica.

Según el artículo 26.6 de la Ley 80 de 1993, los contratistas responderán cuando presenten ofertas que resulten artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato[[14]](#footnote-14). El precio artificialmente bajo es definido como aquel que, además de ser muy reducido, no encuentra fundamento en el tráfico comercial. En este sentido, la entidad estaría imposibilitada para aceptar la propuesta artificialmente baja, so pena de la infracción de los principios de la contratación pública. Así lo señalo el Consejo de Estado en sentencia del 4 de junio de 2008, 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 […][[15]](#footnote-15)

En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en providencia del 14 de marzo de 2013–citada en la en la sentencia de 1 de julio de 2015 mencionada en la petición[[16]](#footnote-16)–, indicando lo siguiente:

través de su oferta, cada interesado en contratar con las entidades estatales, en cuanto considere que reúne los requisitos y las condiciones exigidas para cada caso, por lo general atiende la convocatoria o la invitación que formulan dichas entidades para participar en los respectivos procedimientos administrativos de selección contractual, propósito para cuyo efecto a cada uno de tales interesados le corresponde estudiar previamente el sentido, alcance y características del contrato que se pretende celebrar, así como debe estructurar su propuesta con arreglo a las formalidades y exigencias que determinen las normas vigentes y el pliego de condiciones, de tal manera que se satisfagan plenamente las tres (3) categorías en las cuales suelen clasificarse o agruparse los requisitos de orden jurídico, a saber: a).- subjetivos**,** relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad**;** b).- objetivos**,** concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance, y **c).- formales,** relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta.

En consecuencia, para la Sala sería inadmisible sostener que la entidad estatal contratante *tuviere el deber de adjudicar el procedimiento administrativo de selección a una determinada oferta a sabiendas de que, aunque en apariencia tendría las mejores condiciones, en realidad sería, por su contenido, total o parcialmente, una propuesta mentirosa, fraudulenta, engañosa o proveniente de un proponente que pretende sacar provecho o ventaja, frente a la entidad contratante y/o ante sus competidores, de la manipulación de información errónea, inexacta o falaz, tal como no resultaría válida, de ninguna manera, la adjudicación que se quisiera hacer recaer en un oferente que se encuentre incurso en una causal de inhabilidad o de incompatibilidad, por lo cual resulta plausible que en estos casos la entidad decida rechazar o excluir esa clase de ofertas, independientemente de que así lo haya previsto, o no, el correspondiente pliego de condiciones, decisión que, de todos modos, la entidad estatal contratante está en el deber de motivar de manera clara, precisa, completa y detallada[[17]](#footnote-17)* (Énfasis fuera de texto).

Por su parte, 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 resto de los proveedores en el mercado”, según lo establece la guía antes mencionada.

De otro lado, 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:

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 artificialmente baja, la entidad estatal está obligada a: 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 su análisis en la fase de evaluación. Así, la entidad deberá, inicialmente, determinar si la propuesta es considerada artificialmente baja, de acuerdo con la información del análisis del sector y, posteriormente, agotar el procedimiento indicado.

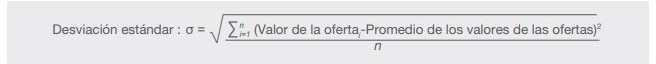
Por su parte, la *Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación* recomienda a las entidades estatales tener en cuenta la siguiente información: i) promedio del valor de las ofertas; ii) mediana del valor las ofertas; iii) desviación estándar del valor de las ofertas; 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 estos datos, la entidad puede emplear herramientas para identificar ofertas que pueden ser artíficamente 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, de acuerdo con 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 presentadas.

Esta Agencia ha sugerido a las entidades aplicar la siguiente metodología para identificar ofertas con “precios artificialmente bajos”, en aquellos procesos en los que hay cinco (5) o más ofertas: i) Tomar el conjunto de ofertas a evaluar, ii) 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,

iii) calcular la desviación estándar del conjunto y iv) determinar el valor mínimo aceptable.[[18]](#footnote-18)

La *mediana* se debe calcular 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”, debe tomarse los dos valores del medio, 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. Esto es así porque las entidades pueden o no acoger la metodología explicada, toda vez que la Guía no es de obligatorio cumplimiento para las entidades, pues sólo constituye una orientación o lineamiento para sus procesos de contratación.

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

En todo caso, la guía sugiere llevar a cabo las siguientes actuaciones: 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. Por último, 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. Este documento se refiere a los eventos en los que el proponente omitió diligenciar algún ítem o componente de la oferta; cometió un error aritmético en la determinación del valor total de la oferta; ofreció por una unidad de medida diferente a la solicitada por la Entidad Estatal; u ofreció condiciones técnicas o de ejecución del contrato que no se ajustan a las especificaciones requeridas por la Entidad.

Una vez que la entidad haya surtido su proceso de determinación de una propuesta como artificialmente baja y considerando que la oferta se encuentra inmersa en esta circunstancia, es necesario requerir 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.

Ahora bien, ciertamente, no existen normas que determinen de manera específica la forma y 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. En el evento en que el proponente no allegue información una vez se haya requerido, se tratará de una omisión que el comité evaluador deberá analizar. De ser el caso, podrá rechazar la oferta si la duda que tiene es de tal magnitud que no tomar la decisión podría eventualmente comprometer la legalidad del proceso.

El requerimiento debe comunicarse 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. Puede acudir a mensajes electrónicos y otros de similar informalidad. En relación con este aspecto, en el concepto del 7 de noviembre de 2019 –radicado No. 2201913000008288–, esta Agencia avaló en abstracto la idoneidad de una llamada telefónica para comunicar el requerimiento al oferente. La entidad estatal, entonces, no tiene la obligación de notificar dicho requerimiento al proponente, pues el mismo es un acto de trámite y no uno definitivo[[19]](#footnote-19).

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 queda a la discrecionalidad de la entidad. Sin embargo, la discrecionalidad debe ejercerse de manera sensata, con buen criterio y de forma prudente. Así lo explicó la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 10 de junio de 1992, 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”[[20]](#footnote-20).

La doctrina foránea se ha pronunciado en similar sentido, al argumentar que la discrecionalidad administrativa tiene dos limitantes: una, el respeto a la finalidad jurídica que justifica, que no es nada distinto a satisfacer el interés general; y otra, que el uso de la discrecionalidad sea necesario para cumplir el interés jurídico que se tutela. En estos términos, la entidad deberá adoptar una medida que esté acorde con el interés general[[21]](#footnote-21).

La entidad tiene entonces la facultad de definir el término mínimo que otorgará a los proponentes para aclarar el precio artificialmente bajo. No obstante, 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.

Por otro lado, respecto a la solicitud de aclaración prevista en el artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015, esta Agencia a recomendado –a través de la Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación– incluir en la solicitud de aclaración de la oferta la siguiente desagregación de su precio:

*Oferta = Costo del bien, servicio u obra (insumos, equipos, personal) + gastos generales + imprevistos + utilidad*

La guía recomienda a las entidades estatales “indagar por el costo marginal de las unidades ofrecidas por el proponente” y “[…] analizar la desagregación de precio con base en el Estudio del Sector y la información del mercado disponible”. La Entidad Estatal, de ser necesario, debe pedir los mismos datos a los otros proponentes para poder contrastarlos, de igual forma puede solicitar aclaraciones tantas veces como lo considere necesario y debe dejar tiempo suficiente a los proponentes para responder. Ese tiempo debe ser proporcional a la complejidad del objeto contratado en términos de administración del riesgo y las características de especificidad del objeto.

Verificada la información remitida por el proponente, la entidad debe definir si rechaza o no la oferta. En la *Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación*, la Agencia Nacional de Contratación Pública precisó que se debe rechazar la propuesta en los siguientes eventos: i) “el proponente no presenta por escrito a la entidad estatal la aclaración de la oferta”, ii) “el proponente no envía parte o la totalidad de la información solicitada por la entidad estatal”, iii) “las aclaraciones del proponente no son satisfactorias para garantizar la sostenibilidad de la oferta durante la ejecución del contrato” y iv) “las aclaraciones del proponente no desvirtúan la teoría de que está utilizando su oferta como parte de una estrategia colusoria o […] anticompetitiva durante el proceso de selección”. Lo anterior, sin perjuicio de los eventos señalados en la Sección VII de la “Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente”, los cuales, debe advertirse, son criterios orientadores para las entidades públicas y no “causales de rechazo” en estricto sentido.

Conforme a lo explicado, el carácter artificialmente bajo de las propuestas en materia de contratación pública se determina en consideración su valor o precio, el cual es un factor económico de la oferta al le que aplica lo dispuesto en el artículo 26.6 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015. En virtud de esto, las metodologías para determinar los precios artificialmente bajos establecidas en la guía expedida por esta Agencia están concebidas para ser aplicadas respecto del valor de la oferta, más no respecto de componentes de estas como los factores de evaluación relacionados con la calidad, ni las condiciones técnicas y económicas adicionales.

De acuerdo con lo explicado en el numeral 2.1 del presente concepto, debe advertirse que los métodos establecidos en la mencionada guía no resultan en principio aplicables por la vía de la analogía a los ofrecimientos relativos a factores de ponderación distintos del precio, los cuales deben ser ponderados en estricta aplicación de las reglas, puntajes, formulas y valores asignados a los factores adicionales establecidos en el pliego de condiciones. Lo anterior además considerando que la analogía en los términos previstos en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887[[22]](#footnote-22) solo procede cuando hay un asunto por resolver para el que no exista una norma exactamente aplicable, existiendo disposiciones concebidas para situaciones similares, lo cual difícilmente podría suceder en la evaluación de ofertas de un proceso de selección, toda vez que las mismas han debido ser presentadas en atención a unas reglas prestablecidas cuya aplicación irradia la etapa de evaluación.

Adicionalmente, se advierte si bien la ley en mención autoriza a acudir a la analogía para suplir los vacíos normativos que tiene el ordenamiento, la Corte Constitucional ha explicado que:

“La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual”[[23]](#footnote-23). Por su parte, el Consejo de Estado ha establecido que si bien la analogía se encuentra permitida de manera general por la ley, su aplicación por parte de autoridades administrativas debe realizarse con sujeción al principio de legalidad, respetando las garantías al debido proceso y los derechos fundamentales de los ciudadanos[[24]](#footnote-24), sin perjuicio de las restricciones a su aplicación en materia tributaria[[25]](#footnote-25), sancionatoria[[26]](#footnote-26), de inhabilidades e incompatibilidades[[27]](#footnote-27) y, en general cuando se utiliza para extender el ámbito de aplicación de normas exceptivas[[28]](#footnote-28) o prohibitivas[[29]](#footnote-29).

En conclusión, la utilización de la analogía implica como primera medida que el supuesto de hecho a analizar y el supuesto de hecho tipificado en la norma solo difieran en aspectos jurídicamente irrelevantes, lo cual no corresponde con la situación puesta de presente en la consulta, toda vez que de acuerdo con lo explicado *supra*, existen diferencias materiales y sustanciales entre los factores de calidad, técnicos y económicos adicionales, respecto del valor de lo oferta económica el cual es un factor de calificación asociado al precio. Dado lo anterior, antes que aplicar el contenido de la *Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación* a los mencionados factores de evaluación distintos de la oferta económica, lo que corresponde es aplicar las reglas que se hayan establecido en el pliego de condiciones para su ponderación, sin perjuicio de que, de manera general, se aplique lo dispuesto en el referido instrumento para determinar si ofrecimiento económico es o no artificialmente bajo.

Con todo, si una entidad estatal estima que las metodologías establecidas en la guía podrían resultar adecuadas para ponderar los factores de calificación distintos del precio, lo ideal sería que autorizará la aplicación del referido instrumento dentro del contenido del pliego de condiciones, estableciendo las circunstancias específicas en las que sería posible realizar tal aplicación. De esta manera, al momento de evaluar las ofertas la entidad estatal estaría autorizada para aplicar el contenido de la guía sin que ello *per se* comporte un menoscabo al deber de selección objetiva, en la medida en que la aplicación del instrumento en comento no provendría de la analogía en estricto sentido, sino del propio pliego de condiciones.

Por último, no sobra agregar que, si bien la aplicación de la *Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación* procede en los términos antes explicados, ello no obsta para que las entidades estatales soliciten aclaraciones, en consideración al derecho que les asiste a los proponentes de aclarar cualquier aspecto de su oferta, conforme a lo señalado en el artículo 30.7 de la Ley 80 de 1993[[30]](#footnote-30) . Esto teniendo en cuenta que la falta de claridad de la propuesta no conlleva en sí misma una pretensión de subsanabilidad[[31]](#footnote-31). Esto resulta particularmente relevante considerando que la solicitud de aclaración por parte de la entidad procede incluso sobre requisitos referidos a la comparación de ofertas cuando se presente falta de claridad o inconsistencias en la oferta, aclaraciones que una vez suministradas podrán ser tenidas en cuenta por la entidad en la evaluación, salvo que comporten una subsanación[[32]](#footnote-32).

# Respuesta:

“1. Si en un proceso de contratación se establece como criterio que otorga puntaje el termino de garantía ofertada para un producto (entre mayor termino ofrecido, mayor puntaje), sin establecerse un límite máximo para este y un proponente ofrece un término de garantía muy superior a la dinámica del mercado, es posible aplicar el proceso sugerido por Colombia Compra Eficiente en la “GUÍA PARA EL MANEJO DE OFERTAS ARTIFICIALMENTE BAJAS EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN”,

haciendo una analogía con la garantía ofrecida, en donde podría considerarse artificialmente alta, si en el cálculo de la mediana más una vez la desviación estándar supera el límite del resultado obtenido.

1. Si en un proceso de contratación se establece como criterio que otorga puntaje la garantía de un producto (mobiliario), en el cual no se estable un límite máximo para este y un proponente ofrece un tiempo de garantía muy superior a la dinámica del mercado (ejemplo 55 años para mobiliario de oficina), en el caso de que ello conlleve a que el proponente haya subestimado todos los costos asociados, o estableció un margen de utilidad excepcionalmente reducido ¿Podría la entidad considerar la propuesta como artificialmente baja, teniendo en cuenta el margen de utilidad estimado por el proponente?
2. Teniendo en cuenta la pregunta anterior, podría considerarse presuntamente como ficticia y/o fraudulenta, con fines de obtener una mayor ventaja en la asignación de puntajes para la adjudicación del contrato a celebrar teniendo en cuenta los pronunciamiento del Consejo de Estado que en sentencia emitida de fecha primero (1°) de julio de dos mil quince (2015), con Radicación número: 25000-23-26-000-2003- 00091-01(29434), el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, señaló entre sus apartes, respecto a las propuestas allegadas a los procesos se selección de contratistas, lo siguiente:

*“En consecuencia, para la Sala sería inadmisible sostener que la entidad estatal contratante tuviere el deber de adjudicar el procedimiento administrativo de selección a una determinada oferta a sabiendas de que, aunque en apariencia tendría las mejores condiciones, en realidad sería, por su contenido, total o parcialmente, una propuesta mentirosa, fraudulenta, engañosa o proveniente de un proponente que pretende sacar provecho o ventaja, frente a la entidad contratante y/o ante sus competidores, de la manipulación de información errónea, inexacta o falaz, tal como no resultaría válida, de ninguna manera, la adjudicación que se quisiera hacer recaer en un oferente que se encuentre incurso en una causal de inhabilidad o de incompatibilidad, por lo cual resulta plausible que en estos casos la entidad decida rechazar o excluir esa clase de ofertas, independientemente de que así lo haya previsto, o no, el correspondiente pliego de condiciones, decisión que, de todos modos, la entidad estatal contratante está en el deber de motivar de manera clara, precisa, completa y detallada,”“.*

De las preguntas en concreto, se precisa que la Agencia Nacional de Contratación Pública tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general. Por ello, resolver casos particulares, brindar asesorías o validar actuaciones de entidades estatales son asuntos que desbordan las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

A partir de la precisión anterior, de acuerdo con las consideraciones expuestas en este concepto, para garantizar el principio de selección objetiva, es necesario que las entidades estatales sean claras a la hora de establecer cuál es la forma en la cual se realizara la comparación de las ofertas, determinando cuáles serán los elementos asociados a la calidad y precio que serán objeto de ponderación en aras de establecer cuál es la oferta más favorable, en los términos de los artículos 5 de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.1.2.2.2. del Decreto 1082 de 2015. Para estos efectos, se deben establecer en el pliego de condiciones unas reglas y criterios objetivos que proporcionen claridad a los posibles oferentes para realizar sus ofrecimientos conociendo las reglas que se aplicarán en evaluación de ofertas.

De acuerdo con esto, la discrecionalidad atribuida a las entidades estatales para establecer los criterios de evaluación que se incluirán en el pliego de condiciones y su mecanismo de ponderación debe ser ejercida de tal manera que se establezcan unas reglas claras, adecuadas y proporcionales para que la oferta del eventual adjudicatario sea la que represente mejor relación entre calidad y precio. De ninguna manera dicha direccionalidad puede ser ejercida en contra de lo exigido por el deber de selección objetiva, el cual implica que la etapa de evaluación se adelante conforme una reglas establecidas de manera *ex ante*, las cuales deben ser formuladas de manera tal que no presenten vacíos que impidan la comparación de ofertas en la etapa de evaluación.

Dado lo anterior, se estima que aplicar en la etapa de evaluación de ofertas mecanismos o reglas de ponderación que no deriven de la ley ni de lo expresamente señalado en el pliego de condiciones podría significar una contravención al deber de selección objetiva, así como al principio de transparencia. Esto máxime aun considerando que, conforme a lo ha señalado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, las reglas del pliego de condiciones deben ser aplicadas de manera estricta, por lo que, en principio, no resultaría valido ponderar las ofertas aplicando por vía de la analogía reglas o mecanismos que no deriven de lo establecido en el pliego de condiciones.

En línea con lo anterior, debe señalarse que la *Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación* expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, en función de lo establecido en los artículos

26.6 de la Ley 80 de 1993 y 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015, los cuales se refieren al carácter artificialmente bajo de las oferta en consideración a su valor. Es por esto que la guía propone dos (2) “herramientas” y una (1) “metodología”, cuya aplicación está enfocada a esclarecer las condiciones que determinan el precio de la oferta, independientemente de los ofrecimientos que esta involucre en materia de otros factores de calificación.

Dado esto, lo establecido en la mencionada guía no resultan en principio aplicable por la vía de la analogía a los ofrecimientos relativos a factores de ponderación distintos del precio, los cuales deben ser ponderados en estricta aplicación de las reglas, puntajes, formulas y valores asignados a los factores adicionales establecidos en el pliego de condiciones. Esto considerando que, la analogía solo resulta procedente cuando hay un asunto por resolver no regulado por normas exactamente aplicables, existiendo disposiciones concebidas para situaciones similares, lo cual difícilmente podría presentarse en la evaluación de ofertas de un proceso de contratación, en el que las propuestas son presentadas en teniendo en cuenta unas reglas prestablecidas para su evaluación.

En virtud de lo explicado, antes que aplicar el contenido de la *Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación* para ponderar factores de evaluación distintos de la oferta económica, lo que corresponde a las entidades estatales es aplicar las reglas que se hayan establecido en el pliego de condiciones, sin perjuicio de que, de manera general, se aplique lo dispuesto en el referido instrumento para determinar si ofrecimiento económico es o no artificialmente bajo en consideración a su precio. No obstante, si una entidad estatal estima que la aplicación de la guía podría resultar adecuada para evaluar factores de calificación distintos del precio, lo ideal sería que autorizará la aplicación del referido instrumento dentro del contenido del pliego de condiciones, estableciendo las circunstancias específicas en las que sería posible realizar tal aplicación. De esta manera, al momento de evaluar las ofertas la entidad estatal estaría autorizada para aplicar el contenido de la guía sin que ello *per se* comporte un menoscabo al deber de selección objetiva, toda vez que la aplicación de la guía no se haría en estricto sentido por la analogía.

Lo anterior no obsta para que las entidades estatales soliciten aclaraciones, conforme a lo señalado en el artículo 30.7 de la Ley 80 de 1993. Esto teniendo en cuenta que la solicitud de aclaración por parte de la entidad procede incluso sobre requisitos referidos a la comparación de ofertas cuando se presente falta de claridad o inconsistencias, aclaraciones que una vez suministradas podrán ser tenidas en cuenta por la entidad en la evaluación, salvo que comporten una subsanación.

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

Texto, Carta

Descripción generada automáticamenteAtentamente,

Elaboró: Daniela Zapata Arboleda

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo

Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Noelia del Carmen Zawady Palacio

Subdirectora de Gestión Contractual

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]absolver 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]absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Estos conceptos pueden ser consultados en: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos) [↑](#footnote-ref-2)
3. Al respecto, conviene recordar el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que establecía: “La selección de contratistas será objetiva.” Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. “Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos no será objeto de evaluación”.” El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.” En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización”. [↑](#footnote-ref-3)
4. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición, Bogotá: Legis, 2016. p. 355. [↑](#footnote-ref-4)
5. RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio F. Evaluación y rechazo de ofertas en la Ley 80 de 1993. Primera edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2016. pp. 110-111. [↑](#footnote-ref-5)
6. XPÓSITO VÉLEZ, Juan C., El deber de selección objetiva, en: Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas, por COVILLA MARTÍNEZ Juan C. y LOZANO VILLEGAS Germán (Eds.). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019. págs. 118-184. [↑](#footnote-ref-6)
7. *ibidem.* [↑](#footnote-ref-7)
8. decreto 1082 de 2015: “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”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Estos deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:”1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.”2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.”3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.”4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.”5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.”6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.”7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el proceso de contratación.”8. La indicación de si el proceso de contratación está cobijado por un acuerdo comercial.”El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía”. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ley 80 de 1993: “Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

    […]“5o. En los pliegos de condiciones:”a) Se indicaran los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

    “b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.”c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del

    contrato.”d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes

    y documentos que se suministren.”e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.”f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.”Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados […]”. [↑](#footnote-ref-10)
11. Decreto 1082 de 2015: “**Artículo 2.2.1.1.2.1.3.** *Pliegos de condiciones****.*** Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

    “1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.”2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.”3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.”4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.”5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.”6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.”7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.”8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.”9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.”10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.”11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.”12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.”13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas.”14. El Cronograma”. [↑](#footnote-ref-11)
12. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de julio de 2013, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. No. 25642. Al respecto también versan la Sentencia del 28 de abril de 2005, Exp. No. 12025, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia del 3 de mayo de 1999, Exp. No. 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.: Sentencia del 24 de enero de 2004, Exp. No. 13146, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; entre otras. [↑](#footnote-ref-12)
13. . [↑](#footnote-ref-13)
14. Ley 80 de 1993: “**Artículo 26. Del principio de responsabilidad.** En virtud de este principio:

    […]”6o. 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-14)
15. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, Exp. No. 17.783. [↑](#footnote-ref-15)
16. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1 de julio de 2015, C.P. Olga Mélida Valle De La Hoz, Exp. No.

    29434. [↑](#footnote-ref-16)
17. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia 14 de marzo de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. No. 24059. [↑](#footnote-ref-17)
18. Agencia Nacional de Contratación Pública–Colombia Compra Eficiente–. Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación. p. 5. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_artificialmente_bajas.pdf> [↑](#footnote-ref-18)
19. De acuerdo con el Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 22 de octubre de 2009. C.P. Filemón Jiménez, los actos administrativos de fondo son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos; mientras que los actos de trámite por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo, porque pone fin al procedimiento administrativo. [↑](#footnote-ref-19)
20. CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 10 de junio de 1992. Exp. No. 4.249. C.P. Álvaro Lecompte Luna. [↑](#footnote-ref-20)
21. DROMI, Roberto. Reforma del Estado y Privatizaciones. Tomo 2. Pliegos de condiciones. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 8. “La discrecionalidad tiene por lo menos dos límites evidentes. Uno es el respeto a la finalidad jurídica que justifica y da sustento al poder de la autoridad competente; el otro hace referencia a la necesidad de que el uso de la discrecionalidad administrativa, en nada sobrepasa lo rigurosamente necesario para el cumplimiento del interés jurídico que deba ser legítimamente tutelado. De ahí que si la finalidad que justifica cierta decisión discrecional es la de satisfacer adecuadamente el interés público, sólo él puede servir como criterio para la adopción de la medida”. [↑](#footnote-ref-21)
22. La Ley 153 de 1887: “Artículo 8. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”. [↑](#footnote-ref-22)
23. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-23)
24. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 11 de diciembre de 2018. C.P. Édgar González López. Exp. No.2406. [↑](#footnote-ref-24)
25. CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta, Sentencia del 3 de noviembre de 2007, Exp. No. 2000-0718. [↑](#footnote-ref-25)
26. CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Sentencia del 18 de noviembre de 2007, Exp. No. 2006-02007. [↑](#footnote-ref-26)
27. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia del 16 de febrero de 2012, Exp. No. 2009-00103 [↑](#footnote-ref-27)
28. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 22 de enero de 1998, Exp No. 1998-120 AC. [↑](#footnote-ref-28)
29. Al respecto se ha explicado: “En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Exp. 1993-1895. [↑](#footnote-ref-29)
30. Ley 80 de 1993: “Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas: […]”7º. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes [↑](#footnote-ref-30)
31. Al respecto ha explicado la jurisprudencia contencioso administrativa lo siguiente: “ Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de evaluación de las ofertas -que se diferencia de la subsanabilidad -, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta –los que hay que subsanar-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así.”De esta manera, aclarar o explicar es diferente a subsanar, pues aquellas acciones no presumen agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene”. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 3 de junio de 2015. C.P. Olga Melida Valle De De La Hoz (E). Exp. No. 31.211. [↑](#footnote-ref-31)
32. Al respecto el CONSEJO DE ESTADO: “En todo caso, se insiste en que subsanar no es lo mismo que aclarar o explicar, aunque en ocasiones aquél se use como consecuencia de las explicaciones dadas. La importancia de diferenciarlos radica en que la aclaración o explicación se admite, incluso, sobre requisitos que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la asignación del puntaje; se repite, siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad, porque allí no se modifica el ofrecimiento, simplemente se aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe –sólo que es contradictorio o confuso-, se busca sacar a la luz lo que parece oscuro, no de subsanar algo, pues el requisito que admite ser aclarado tiene que estar incluido en la oferta, solo que la entidad tiene dudas sobre su alcance, contenido o acreditación, porque de la oferta se pueden inferir entendimientos diferentes”. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de noviembre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 27.986. [↑](#footnote-ref-32)