**PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS– Procedimiento para su identificación**

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 […]

El análisis de los precios de una oferta se hace en la fase de evaluación del procedimiento, que es la oportunidad para verificar, mediante el comité evaluador5 , las reglas diseñadas en la estructuración del procedimiento y plasmadas en los pliegos de condiciones, con el fin de comprobar si las cumplen o no, calificar a los oferentes o rechazarlos para establecer un orden de elegibilidad.

**FIJACIÓN DE TRM – Impacto en precio artificialmente bajo**

[…] no existe un procedimiento estandarizado que pueda aplicarse para desincentivar e identificar precios artificialmente bajos, pues ello dependerá de las particularidades de cada proceso en específico y la información que arroje el conocimiento del sector económico, así como del uso y comprensión de estas variables en los estudios y documentos previos. En todo caso, se recomienda el uso de la información contenida en la Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en los Procesos de Contratación, que contiene datos útiles y prácticos que permiten hacer una valoración más adecuada y anticipada de los aspectos a ser tenidos en cuenta para esta situación.

Bogotá D.C., 20 de Enero de 2023

Señora

**Paola Andrea Mateus Pachón** pmateus@live.com Bucaramanga

# Concepto C ‒ 952 de 2022

**Temas:** PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS– Procedimiento para su identificación– FIJACIÓN DE TRM – Impacto en precio artificialmente bajo

**Radicación:** Respuesta a consulta P20221212012173

Estimada señora:

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 19 de septiembre de 2022.

# Problema planteado

En su consulta, usted plantea los siguientes interrogantes:

«¿Cuál debe ser el procedimiento que deben emplear la entidad en relación con los precios artificialmente bajos y la fijación de la TRM, de manera que se salvaguarden los principios de transparencia y selección objetiva?

«2. ¿Resulta violatorio de los principios que rigen la contratación estatal el hecho de que la TRM que rija como criterio de ponderación se conozca antes de que se

determinen cuáles son las propuestas definitivas que van a participar en la selección de la oferta?

«3. ¿Cuál debe ser el momento en el cual se establezca la TRM que rija como criterio de ponderación cuando se presenten propuestas con precios artificialmente bajos?»

1. **Consideraciones**

Para absolver los interrogantes planteados, esta dependencia analizará el procedimiento para la evaluación de ofertas con precio artificialmente bajo. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó la noción y alcance de los precios artificialmente bajos en los conceptos 2201913000007853 del 21 de octubre de 2019; 2201913000008058 del

28 de octubre de 2019; 2201913000008288 del 7 de noviembre de 2019; 2201913000009110

del 11 de diciembre de 2019; 2201913000009489 del 20 de diciembre de 2019;

2202013000000038 del 7 de enero de 2020; C–012 del 28 de enero de 2020, C–163 del 31 de marzo de 2020, C–200 del 14 de abril de 2020, C–767 del 7 de enero de 2021, C-205 del 7 de mayo de 2021, C-299 del 14 de mayo de 2022 y C- 484 de 2022. Las tesis propuestas se reiteran y complementan en lo pertinente a continuación.

**2.1 Regulación de los «precios artificialmente bajos» en la contratación pública: aproximación al concepto**

Es importante definir el concepto de «precio artificialmente bajo», para lo cual la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado señala que es aquel que, por un lado, resulta artificioso, disimulado o falso y, por el otro, no tiene sustento o fundamento en relación con su estructuración dentro del tráfico comercial:

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 […][[1]](#footnote-2).

A partir de esta definición se expone el marco normativo del tema, cuyo origen se encuentra en la Ley 80 de 1993, que indica como una de las manifestaciones del principio de responsabilidad su relación con aquellos contratistas que cuando presentaron su oferta antes de ser adjudicatarios del contrato la estructuraron con una valoración económica del bien, obra o servicio inferior a otras ofertas, pero sin fundamento y con el fin de asegurar la adjudicación y ejecución del contrato[[2]](#footnote-3).

Por ende, para que la entidad confirme que una oferta ofrece precios ostensiblemente inferiores a otras, de forma artificiosa y sin sustento, lo cual se denomina «precios artificialmente bajos», tiene un deber, señalado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que regula el principio de selección objetiva, que busca que las entidades seleccionen la oferta más favorable a sus necesidades, comparando lo ofrecido con los precios de mercado y demás estudios que realice la entidad.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 1082 de 2015 desarrolla el deber que tienen las entidades de analizar el mercado para conocer el valor del bien, obra o servicio que requieren para satisfacer su necesidad, lo cual les permitirá identificar y analizar si el precio que ofrece determinado proponente no corresponde con la estructura de costos y gastos de todos aquellos que fabrican, comercializan y distribuyen el mismo producto en condiciones normales de operación[[3]](#footnote-4).

Sin perjuicio de lo anterior, para continuar con la presentación del marco normativo del tema, el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 establece lo que debe hacer la entidad cuando el precio de una oferta parece ser artificialmente bajo: i) debe solicitar explicación al oferente, ii) analizar las explicaciones del oferente, iii) el responsable de la evaluación de las ofertas debe recomendar rechazar o continuar la evaluación de la oferta, y iv) para los procesos en que se utilice la subasta inversa, lo anterior se debe hacer al finalizar el evento de subasta, de acuerdo con el precio ofrecido al final de la misma[[4]](#footnote-5).

El análisis de los precios de una oferta se hace en la fase de evaluación del procedimiento, que es la oportunidad para verificar, mediante el comité evaluador[[5]](#footnote-6), las reglas diseñadas en la estructuración del procedimiento y plasmadas en los pliegos de condiciones, con el fin de comprobar si las cumplen o no, calificar a los oferentes o rechazarlos para establecer un orden de elegibilidad.

En ese sentido, en la evaluación la entidad debe verificar la oferta y su componente económico, para determinar si corresponde con el resultado del análisis de la oferta en el estudio de mercado, o si los precios tienen un componente extraño que no se identificó al observar el comportamiento de los proveedores del bien, obra o servicio que se pretende contratar. En ese caso, la entidad podrá identificar las ofertas con precios que parecen artificialmente bajos, y seguir el procedimiento establecido en el Decreto 1082 de 2015.

Finalmente, concluido ese análisis, es posible que a partir de las explicaciones ofrecidas por el proponente se determine que el valor responde a circunstancias objetivas que permitirían cumplir el contrato, por lo que la entidad debe continuar con el análisis de dicha oferta en la evaluación de las mismas, al finalmente no considerarla artificialmente baja, dadas las explicaciones realizadas por el proponente. Sin embargo, si las razones no logran desvirtuar que la oferta sea artificialmente baja procede el rechazo, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015.

Recogiendo la definición consagrada en la *Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en los Procesos de Contratación* expedida por esta Agencia[[6]](#footnote-7), «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 a la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el Estudio del Sector. Las ofertas artificialmente bajas llevan a: (a) los sobrecostos en que pueden incurrir las Entidades Estatales pues deben invertir tiempo y dinero adicional para gestionar el bajo desempeño del contratista con ocasión del precio artificialmente bajo o para encontrar un nuevo proveedor que entregue los bienes o servicios requeridos; y (b) distorsiones del mercado». A lo anterior debe agregarse, también, que, de acuerdo con este documento, «Las ofertas artificialmente bajas no deben confundirse con ofertas competitivas. Los proponentes con ofertas competitivas 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. La Entidad Estatal debe identificar la posible participación de este tipo de empresas en el Estudio del Sector asociado al Proceso de Contratación específico y solicitar aclaraciones a los proponentes».

En este orden de ideas, el concepto de precio artificialmente bajo debe examinarse desde la perspectiva de lo que conviene a las entidades estatales como parte compradora de bienes y servicios en su interacción con el mercado, debiendo hacer las verificaciones que corresponden de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015, lo que implica partir de un análisis del sector económico serio y real de cara al mercado estudiado, para poder dar aplicación a la premisa establecida en esta misma norma de que 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, se recuerda que uno de los aspectos que deben ser explicados en los estudios y documentos previos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, es los criterios para seleccionar la oferta más favorable, teniendo en cuenta que, de acuerdo con la misma norma, este insumo es el soporte para la elaborar los proyectos de pliegos, el pliego de condiciones y el contrato. Por lo tanto, con base en lo que reporte el análisis del sector económico de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del mismo decreto 1082 de 2015, debe identificarse por parte de cada Entidad Estatal cuáles son los factores habilitantes y ponderables que deben establecerse para lograr la escogencia de la oferta más favorable a sus intereses y fines que persiguen, en cumplimiento del principio de selección objetiva. .

En consecuencia, para efectos de poder desincentivar los precios artificialmente bajos, y para poder identificar cuando ellos se presenten dentro del marco de procedimientos de selección, es indispensable que las Entidades Estatales identifiquen el segmento de mercado objetivo al cual deben dirigirse, de tal manera que se establezcan factores de escogencia que correspondan con el tipo de ejecutor que se espera contratar, para poder generar correspondencia con el precio que este puede cobrar, y con base en ello comparar con el presupuesto disponible para pagar el producto esperado.

Por otra parte y para el caso específico del uso de la tasa representativa del mercado como variable en la evaluación de ofertas económicas, salvo el caso de lo previamente establecido en los documentos tipo, especialmente para licitaciones públicas para obras, será únicamente el análisis del sector económico, y su uso para la estructuración de los criterios para la selección de la oferta más favorable en los estudios y documentos previos los que determinen la forma de utilizar esta variable y las desviaciones que son esperables con base en ella en los precios que sean ofrecidos por los participantes en los procedimientos de selección, de manera que, en caso de encontrarse un precio que esté por fuera de las expectativas proyectadas, pueda hacerse el análisis correspondiente. Para el efecto, se recomienda el uso de las herramientas para identificar ofertas que pueden ser artificialmente bajas que se encuentran en la *Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en los Procesos de Contratación* ya referida, y que comprende el uso de herramientas de análisis de datos con medidas de tendencia central y desviación, como herramientas económicas indispensables.

# Respuesta

«¿Cuál debe ser el procedimiento que deben (sic) emplear la entidad en relación con los precios artificialmente bajos y la fijación de la TRM, de manera que se salvaguarden los principios de transparencia y selección objetiva?

Como se ha expresado en las consideraciones, las entidades estatales deben utilizar el análisis del sector económico que debe efectuarse en la fase de planeación del Proceso de Contratación para conocer el mercado desde todas sus perspectivas, y con base en ello estructurar, entre otros aspectos, los criterios para la selección de la oferta más favorable a sus intereses y los fines que persiguen, que es, de acuerdo con la definición legal del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, lo que comprende la selección objetiva.

Por lo tanto, no existe un procedimiento estandarizado que pueda aplicarse para desincentivar e identificar precios artificialmente bajos, pues ello dependerá de las particularidades de cada proceso en específico y la información que arroje el conocimiento del sector económico, así como del uso y comprensión de estas variables en los estudios y documentos previos. En todo caso, se recomienda el uso de la información contenida en la *Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en los Procesos de Contratación*, que contiene datos útiles y prácticos que permiten hacer una valoración más adecuada y anticipada de los aspectos a ser tenidos en cuenta para esta situación.

«2. ¿Resulta violatorio de los principios que rigen la contratación estatal el hecho de que la TRM que rija como criterio de ponderación se conozca antes de que se

determinen cuáles son las propuestas definitivas que van a participar en la selección de la oferta?

En consonancia con lo anterior, la aplicación de los principios que rigen a la contratación estatal, especialmente tratándose de contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, implican la cabal aplicación de las reglas establecidas en los artículos 24 a 26 de la Ley 80 de 1993, dentro de las cuales se encuentra el deber de las entidades estatales de definir con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato y definir 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, así como la consagración de que 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.

Ello implica que, con base en el conocimiento del mercado en cada caso concreto, deba establecerse en los estudios y documentos previos el uso adecuado de los factores de ponderación que sean establecidos, así como la forma más estratégica en las que estos puedan aplicarse para lograr el objetivo de la mayor participación posible dentro del segmento de mercado identificado y la gestión del riesgo de ofertas desviadas que no puedan ser cumplidas a cabalidad en la fase de ejecución del Proceso de Contratación, en uso de las reglas establecidas en los literales a) y b) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, esto es, la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones, o la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

«3. ¿Cuál debe ser el momento en el cual se establezca la TRM que rija como criterio de ponderación cuando se presenten propuestas con precios artificialmente bajos?»

Se reitera, de acuerdo con lo expuesto, que el momento en el que sea estratégico el uso de cualquier variable que sea identificada como necesaria para la evaluación de las ofertas dependerá de lo que se haya concluido en el análisis del sector económico, y que la identificación de ofertas artificialmente bajas puede hacerse con base en los criterios de orientación propuestos por esta Agencia, y de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



Elaboró: Mónica Sofía Safar Díaz

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Diana Carolina Armenta Celis

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio

 Subdirectora de Gestión Contractual

1. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008. Exp. No. 17.783. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-2)
2. Ley 80 de 1993: «Artículo 26. Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio:

»[…]

»6. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación

artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato». [↑](#footnote-ref-3)
3. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.6.1. Deber de análisis de las Entidades Estatales. La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso». [↑](#footnote-ref-4)
4. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.2.2.4. Oferta 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». [↑](#footnote-ref-5)
5. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.2.2.3. Comité evaluador. La Entidad Estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos. El comité evaluador debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la Entidad Estatal no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, debe justificar su decisión.

» Los miembros del comité evaluador están sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de interés previstos en la Constitución y la ley.

» La verificación y la evaluación de las ofertas para la mínima cuantía será adelantada por quien sea designado por el ordenador del gasto sin que se requiera un comité plural». [↑](#footnote-ref-6)
6. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_artificialmente\_bajas.pdf [↑](#footnote-ref-7)